

Université de France.  
Faculté de droit de  
Paris. Droit romain : du  
Bénéfice de  
compétence, ou  
Exception quod facere  
[...]

Fièvre, Zénon. Université de France. Faculté de droit de Paris. Droit romain : du Bénéfice de compétence, ou Exception quod facere potest. Droit français : des Preuves de la paternité naturelle. Thèse pour le doctorat... par Zénon Fièvre.... 1881.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

\*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

\*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

\*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

\*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter [reutilisation@bnf.fr](mailto:reutilisation@bnf.fr).











*Cousin-la Cousine*

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTE DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE

OU

EXCEPTION QUOD FACERE POTEST

DROIT FRANÇAIS

DES PREUVES DE LA PATERNITÉ NATURELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRESENTÉE ET SOUTENUE

*Le vendredi 29 juillet 1881, à midi*

PAR

ZÉNON FIÈRE

*President* M. ACCARIAS, *professeur*

|                      |   |             |                       |
|----------------------|---|-------------|-----------------------|
| <i>Suffragants</i> . | { | MM BOISTEL, | } <i>professeurs.</i> |
|                      |   | DUVERGER,   |                       |
|                      |   | RENAULT,    | } <i>agreges.</i>     |
|                      |   | ESMEIN,     |                       |

Le Candidat repondra, en outre, aux questions qui lui seront faites  
sur les autres matieres de l'enseignement

PARIS

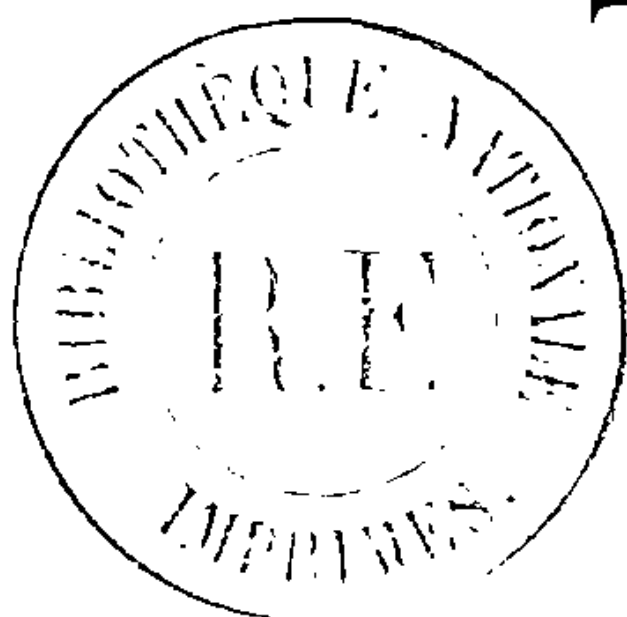
ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1881







THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

06 F



UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE

OU

EXCEPTION QUOD FACERE POTEST

DROIT FRANÇAIS



DES PREUVES DE LA PATERNITÉ NATURELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le vendredi 29 juillet 1881, à midi*

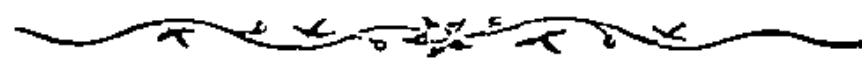
PAR

**ZÉNON FIÈRE**

*Président : M. ACCARIAS, professeur.*

*Suffragants :* { MM. BOISTEL, } professeurs.  
DUVERGER, }  
RENAULT, } agrégés.  
ESMEIN, }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1881







# DROIT ROMAIN

---

## DU BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE

OU

**Exception quod facere potest.**

---

### CHAPITRE PREMIER

#### I. — *Preamble.*

Au début de cette étude, nous croyons devoir exposer, en manière de préface, les motifs qui nous ont déterminé à traiter un sujet auquel on pourra peut-être reprocher d'être un peu étroit et de ne présenter qu'un côté assez anormal de la procédure romaine. Nous l'avouons en toute franchise, c'est précisément ce caractère anormal et bizarre qui a excité notre curiosité. Dès le commencement de nos études nous nous sommes intéressé à ce bénéfice dont les législations modernes ne gardent aucun vestige et qui dans la législation romaine tranche, non-seulement sur l'ensemble du droit, mais sur le cadre même des exceptions. Malheureusement le nombre fort restreint des auteurs qui ont écrit



sur ce sujet et, chose plus regrettable encore, l'extrême rareté de leurs ouvrages n'étaient pas de nature à encourager les recherches des jeunes romanistes. Aussi étions-nous sur le point d'abandonner le bénéfice de compétence lorsqu'en 1878, M. Accarias en fit l'objet de quatre leçons pleines d'intérêt et d'érudition. Grâce au sillon tracé par notre savant maître, il devenait facile de s'orienter au milieu des textes qui ont trait à notre exception. C'est ce que nous avons essayé de faire dans la dissertation qu'on va lire.

## II. — *Définition.*

Le premier devoir qui s'impose à nous consiste à définir notre *moyen de défense* et à préciser le nom scientifique qui lui convient.

Ainsi que nous l'enseignent les Institutes de Justinien, ce moyen a pour but de soustraire le défendeur à une condamnation intégrale en lui conférant l'avantage de n'être condamné que jusqu'à concurrence de son avoir : *in quantum facere potest*. Étant donné, par exemple, un débiteur qui vous doit 1,000 sesterces et qui jouit du bénéfice de compétence, le juge ne devra le condamner qu'à payer la moitié de cette somme, si ses ressources se réduisent à ce chiffre, lors de la *res judicata*.

Mais, dira-t-on, à quoi bon accorder à un débiteur obéré la faveur de n'encourir qu'une condamnation partielle puisqu'alors même qu'il subirait une condamnation

totale, il ne serait pas moins hors d'état d'acquitter la dette au-delà de son actif ?

Il est facile de répondre à cette objection. La prérogative dont jouit ici le défendeur a pour but final, non point de le dégager d'une quote-part de son obligation, mais de le soustraire à la *bonorum vindictio* et aux moyens de contrainte, jadis fort rigoureux, qui résulteraient d'une condamnation *in solidum*.

On sait, en effet, qu'après le délai de trente jours accordé au débiteur condamné pour se procurer l'argent nécessaire à sa libération, une *manus injectio* l'amenait devant le magistrat et fournissait à ses proches et à ses amis l'occasion d'intervenir en sa faveur. Faute d'intervention, le créancier conduisait le débiteur chez lui et avait le droit de l'y tenir captif et enchaîné. Alors commençait un nouveau délai de soixante jours, à l'expiration duquel, le créancier pouvait, à défaut de paiement, tuer son prisonnier ou le vendre comme esclave au-delà du Tibre. Néanmoins, ce droit de vie et de mort fut aboli de bonne heure par la loi Pætilia, qui ne laissa subsister que le droit de détention (1). C'en était assez toutefois pour donner une grande valeur à l'exception *quod facere potest*. Aussi la loi n'admettait pas de renonciation en pareille matière, car tout ce qui touche à la liberté des citoyens est d'ordre public.

1. Aulu-Gelle, XX, I. Keller. De la Procédure civile, p. 393.

### III. — *Le bénéfice de compétence est-il une exception ?*

Nous avons maintenant à exprimer un avis, sur la dénomination qui caractérise le plus exactement notre moyen de défense.

Les anciens commentateurs s'accordent à lui donner le nom impropre et barbare de *bénéfice de compétence*. Pour justifier l'emploi de ces deux termes, ils allèguent que le premier est la reproduction littérale du mot *beneficium* adopté en l'espèce par plusieurs textes, et que le second se dégage assez naturellement de ce membre de phrase contenu dans un autre texte : « *quatenus competunt facultates.* » Nous ne nous arrêterions pas à critiquer cette dénomination qui, somme toute, est d'un emploi facile, si les auteurs dont elle émane n'argumentaient du mot *beneficium* pour soutenir qu'ils ne sont point en présence d'une exception. Leur théorie repose sur quatre arguments que nous allons énumérer en les réfutant.

1° La plupart des textes, dit-on, désignent ce moyen sous le nom de bénéfice. C'est ce qu'on remarque par exemple dans la loi 63, § 1. *Pro socio*. XVII, 2.

« *Videndum est, an fidejussori socii id præstari debeat (quod facere potest condemnari) an vero personale beneficium sit.* » On invoque encore dans ce sens un texte de Paul : L. 13. *Soluta matrimonio*, XIV, 3. « *Quia tale beneficium personale est et cum persona extinguitur.* »



A notre avis, on ne peut tirer aucun argument du mot *bénéfice* employé par ces deux lois. Il suffit, en effet, de remarquer que les textes donnent souvent le nom de bénéfice à des moyens qui, de l'avis de tous, sont de véritables exceptions. Ainsi, notamment, est désigné le *beneficium cedendorum actionum* qui doit cependant être invoqué par voie d'exception. De même, les jurisconsultes appellent *bénéfice* de division, le moyen à l'aide duquel le fidéjusseur poursuivi oppose au créancier la solvabilité de ses cofidéjusseurs, à l'effet de mettre à leur charge une quote-part de la dette.

Au surplus, l'opinion adverse est mal venue de s'appuyer sur la loi 63, *Pro socio*, puisque d'un paragraphe à l'autre, cette loi traite indifféremment le *quod facere potest* de bénéfice ou d'exception. Si l'on oppose le § 1<sup>er</sup>, il est facile de riposter par le § 2 qui est ainsi conçu : « *Patri autem vel domino socii, si jussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam convenimus.* »

De plus, un texte de Paul (L. 7, *Pr. De exceptionibus*. L. XLIV, 1), qui a pour objet le classement des exceptions en *rei cohærentes* et *personæ cohærentes*, place dans cette dernière catégorie le bénéfice de compétence. Or, est-il possible d'admettre que, dans un texte établissant une classification d'exceptions, un jurisconsulte tel que Paul ait fait figurer un bénéfice qui ne soit pas une exception véritable ? Les termes dont il se sert ne laissent subsister aucun doute : « *Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius*

*habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori.* »

Enfin, le bénéfice de compétence est encore qualifié d'exception dans les deux textes suivants : L. 33. *De novationibus*. L. XLVI, 2, et L. 41, *Pr. De re judicata*. L. XLII, 1.

2° Nos adversaires trouvent un autre argument dans ce fait que le bénéfice de compétence, au lieu d'occuper la place ordinaire des exceptions à la suite de l'*intentio* de la formule, ne figure que dans la *condemnatio*. Ce n'est donc pas une exception, disent-ils.

Ce système s'appuie sur la loi 2, *Pr. De exceptionibus*. L. 44, T. 1. « *Exceptio dicta est quasi quadam exclusio quæ inter opponi actioni cujusque rei solet ad eludendum quod in intentionem condemnationemve deductum est.* » C'est-à-dire, « l'exception est pour le demandeur une clause exclusive qui est opposée à l'action, pour éluder ce qui est déduit dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*. »

Comme on va le voir, l'argumentation tirée de ce texte est des plus subtiles. L'exception, dit-on, est une clause qui tend à exclure ce qui est déduit dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*. Si le texte réunit ces deux mots par la conjonction *ve*, c'est parce que la *condemnatio* est identique à l'*intentio*. Ce que l'exception vise directement, c'est l'*intentio* ; si elle atteint la *condemnatio*, ce n'est que par voie de conséquence et parce qu'il y a identité entre ces deux parties de la formule. L'exception doit donc figurer après l'*intentio* et si le bénéfice de compétence

n'apparaît que dans la *condemnatio*, c'est qu'il n'est point une exception.

Le texte qui vient de servir à cette argumentation ne nous paraît pas concluant. Il est susceptible de deux sens différents et peut servir à étayer chaque système. La particule *ve* a ici un effet disjonctif et non conjonctif ; elle signifie que la clause exclusive contenue dans l'exception peut atteindre séparément soit l'*intentio*, soit la *condemnatio*. Or, tel est précisément le cas de l'exception *quod facere potest* qui, loin de contredire l'*intentio*, ne tend qu'à modifier la *condemnatio* et ne figure par suite que dans cette partie de la formule : « *Judex condemna in quod facere potest.* »

Cette place toute particulière assignée à notre exception constitue une anomalie qu'on peut expliquer de la manière suivante. Le bénéfice de compétence n'a pas été, dès l'origine, rangé parmi les exceptions. Il ne fut tout d'abord qu'une limitation au pouvoir de condamner, limitation analogue à celle que l'on remarque dans les actions *de peculio* et *de in rem verso*. Plus tard, ce bénéfice devint une exception, mais en changeant de nom il ne changea point de forme et continua de figurer dans la *condemnatio*.

Peu importe, dès lors, la place que l'exception occupe dans la formule. Les changements de place, pas plus que les variétés de rédaction, ne modifient la nature de l'exception.

3° On invoque, en outre, pour nier au *quod facere potest* la qualité d'exception une particularité de procédure.



En général, c'est au début de l'instance ou pour employer le terme technique, c'est au moment de la *litis contestatio* que le juge se place pour apprécier l'exactitude de l'*intentio* et le bien fondé de l'exception. Or, rien de tel dans la procédure du bénéfice de compétence ! Ce moyen est apprécié, non plus lors de la *litis contestatio*, mais au moment de la *res judicanda*, parce que la solvabilité du débiteur auquel il est accordé peut varier pendant le laps de temps, quelquefois assez long, qui s'écoule entre ces deux phases du procès. Insolvable à l'ouverture de l'instance, le défendeur peut, lors du jugement, avoir en mains un patrimoine suffisant pour désintéresser ses créanciers. Voyez la loi 63, § 6, *Pro socio*, L. XVII, 2. « *Tempus autem spectamus, quantum facere socius possit, rei judicandæ.* »

Cette objection ne nous paraît pas décisive puisque la particularité qu'elle signale n'est point spéciale au bénéfice de compétence et peut se présenter dans d'autres exceptions. L'exception *doli mali*, par exemple, peut très bien produire son effet lors de la *res judicanda* puisque son insertion dans la formule donne au juge le pouvoir de tenir compte, non seulement du dol antérieur à l'instance, mais encore du dol commis depuis la *litis contestatio*. Ainsi, lorsque le juge se trouve en présence d'un demandeur qui n'a commis aucune fraude avant le procès, mais qui se rend coupable d'un dol *inter moras litis*, il n'a pas évidemment à apprécier l'exception *doli mali*, lors de la *litis contestatio*, mais il doit la prendre en considération

au moment de la *res judicanda*. Cette particularité ne modifiant pas la nature de l'exception de dol, nous ne voyons pas pour quels motifs elle enleverait au bénéfice de compétence son caractère d'exception.

4° Les partisans de l'opinion adverse allèguent enfin que le bénéfice de compétence est privé du principal caractère des exceptions puisqu'il n'affecte pas le droit lui-même qui subsiste en entier au profit du demandeur.

Notre réponse sera simple. Il nous suffira de rappeler que toutes les exceptions n'ont pas pour effet de détruire le droit. Cette vertu n'appartient qu'aux exceptions perpétuelles et péremptoires. Quant aux exceptions dilatoires *ex tempore* ou *ex persona* elles laissent au droit toute sa vigueur et ne tendent qu'à l'obtention d'un délai. Tel est le cas des exceptions procuratoires, des exceptions *litis dividuæ* et *rei residuæ*, des exceptions qui naissent d'un pacte *de non petendo intra diem*. « Je ne repousse pas votre prétention, répond alors le défendeur, mais je prétends que vous n'aviez pas le droit de me poursuivre avant telle époque ou que vous ne deviez pas constituer telle personne comme *procurator*. »

Du reste, on sait que certaines exceptions n'ont pas un caractère bien nettement déterminé. Pour en citer un exemple, rien n'est plus variable que l'exception *si non et illi solvendo sint*. Quand un fidéjusseur oppose ainsi au créancier le bénéfice de division, il réussit ou échoue selon que ses cofidéjusseurs sont, ou ne sont pas solvables. Tout dépend de l'actif de ces derniers ; l'exception qui eût triom-



phé aujourd'hui pourra échouer demain et réciproquement.

L'exception *quod facere potest* fonctionne dans les mêmes conditions. Ainsi, lorsqu'un associé poursuivi par son coassocié se retranche derrière le bénéfice de compétence, le juge donne à ce moyen une puissance plus ou moins grande suivant le chiffre plus ou moins élevé de la fortune du défendeur.

On ne saurait donc argumenter de ce que le bénéfice de compétence laisse subsister le droit pour prétendre qu'il n'est pas une exception puisque l'exception *si non et illi solvendo sint* et les autres exceptions dilatoires ont un caractère analogue.

Est-ce à dire que les quatre arguments que nous venons de réfuter s'appuient sur des observations dénuées de tout fondement? Telle n'est pas notre pensée. De tous les faits signalés par nos adversaires, on peut conclure (et nous l'avons déjà fait), que le bénéfice de compétence n'était peut-être pas à l'origine une exception véritable, mais qu'il l'est devenu par la suite.

#### IV. — *Différences entre le bénéfice de compétence et les limitations de condamnation qui résultent de la TAXATIO et des actions DE PECULIO et DE IN REM VERSO.*

1° Il ne faut pas confondre le bénéfice de compétence avec la *taxatio* que le magistrat insérait parfois (1) dans

1. Notamment dans l'action *ex stipulatu propter damnum infectum* et dans le cas d'injure atroce.

la *condemnatio* de la formule : « *Judex Numerium Negidium, Aulo Agerio duntaxat decem millia condemna.* »

Le juge était alors limité par un maximum, en deça duquel il pouvait demeurer, mais qu'il ne devait jamais franchir.

Au contraire, lorsque le bénéfice de compétence était invoqué, la formule donnait plus de carrière à l'appréciation du juge : « *Judex condemna in quod facere potest* », il n'était pas arrêté par le chiffre rigoureux d'un maximum et son pouvoir de condamner n'avait d'autres limites que l'actif du débiteur lors de la sentence.

2° Le bénéfice de compétence présente également certains rapports avec l'action *de Peculio* dans laquelle le père ou le maître n'est condamné que jusqu'à concurrence du pécule du fils ou de l'esclave. Toutefois, entre ces deux restrictions au pouvoir de condamner, il y a analogie et non similitude. Dans l'un et l'autre cas, une mesure est prescrite au juge, mais avec un caractère tout différent.

Dans l'action *de Peculio*, le droit du créancier avec lequel le fils ou l'esclave a traité est limité au chiffre du pécule qui détermine strictement l'étendue de l'obligation du père ou du maître. En refusant de payer le créancier au delà des forces du pécule, le père et le maître n'invoquent pas une *faveur* compatible avec le maintien du surplus de la dette, mais un *droit* véritable qui anéantit totalement l'obligation.

L'exception *quod facere potest*, au contraire, est une faveur qui laisse à l'obligation tout ou partie de sa force.

Par suite, le débiteur qui a fait valoir ce moyen reste

tenu d'une obligation naturelle pour la portion non soldée de la créance, tandis que le père ou le *dominus* qui a payé jusqu'à concurrence du pécule ne doit pas un sou de plus et n'est tenu, quant au surplus, d'aucune obligation naturelle ou civile.

V. — *Du classement de l'exception* QUOD FACERE POTEST.

Le caractère anomal de l'exception *quod facere potest* en rend dans certains cas le classement assez difficile. C'est ce qu'on pourra constater en passant en revue les diverses classifications d'exceptions.

1° *Exceptions de droit civil et exceptions de droit prétorien.* — Ici aucune difficulté ne se présente : le droit civil n'a créé qu'un petit nombre d'exceptions : on se borne à citer celles des lois Plætoria, Julia et Cincia et celles des sénatus-consultes Velléien, Macédonien et Trébellien. Quant à l'exception *quod facere potest*, elle n'émane ni d'une loi ni d'un sénatus-consulte et procède évidemment de l'initiative du préteur.

2° *Exceptions insérées dans l'édit et exceptions données après examen.* — Les premières sont celles que le préteur insère d'une manière générale dans son édit ; les secondes sont celles que le préteur ne formule point à l'avance, mais qu'il accorde après un examen détaillé des circonstances particulières de la cause. Lorsqu'il s'agit d'exceptions *propositæ in edicto*, le magistrat n'a qu'à se demander si le défendeur remplit les conditions déterminées à l'avance



dans l'édit ; au contraire, en matière d'exceptions *cognita causa accomodatæ*, il doit examiner, en outre, s'il est conforme à une bonne justice d'accorder au débiteur l'exception qu'il réclame.

L'exception *quod facere potest* a déjà peine à trouver place dans cette nouvelle classification ; toutefois, comme les motifs qui la justifient sautent pour ainsi dire aux yeux du magistrat, sans autre examen de la cause, on peut la faire rentrer parmi les exceptions inscrites dans l'édit.

3° *Exceptions de pure équité et exceptions d'ordre public.* — Notre exception a ici une classe à part et ne rentre complètement ni dans la première ni dans la seconde catégorie.

D'un côté, en effet, elle ne se fonde point sur l'équité, attendu qu'il est contraire à l'équité d'empêcher un créancier d'exercer intégralement ses droits contre son débiteur ; d'autre part, elle ne saurait, sauf le cas où elle est invoquée par un militaire, rentrer d'une façon absolue dans la classe des exceptions qui reposent sur des motifs d'ordre public. Cette distinction présente l'intérêt suivant : les exceptions fondées sur l'équité n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule des actions de bonne foi où elles sont sous-entendues, tandis que les exceptions basées sur l'ordre public doivent être exprimées et ne sont sous-entendues dans aucune formule d'action.

4° *Exceptions perpétuelles et péremptoires et exceptions temporaires et dilatoires.* — L'exception *quod facere potest* échappe à cette classification comme à la précédente.

Par suite des changements que peut subir le patrimoine du défendeur elle a quelque chose de flottant, de mobile : existant aujourd'hui, elle s'éteindra peut-être demain et réciproquement ; elle n'est donc, à proprement parler, ni *perpétuelle et péremptoire*, ni *temporaire et dilatoire*.

L'intérêt pratique de ce classement se manifeste dans deux cas.

*Premier intérêt.* — Aux termes de la loi 40 Pr. de *condictione indebiti*, le débiteur qui a payé par erreur, alors qu'il était protégé par une exception perpétuelle, peut réclamer la somme versée à l'aide d'une *condictio indebiti* : « *Qui exceptionem perpetuam habet solutum per errorem repetere potest.* »

S'il en est ainsi, que décider dans le cas où un paiement a été fait nonobstant l'exception *quod facere potest* ? Autoriserons-nous celui qui a compté les deniers à exercer la répétition de l'indû ? Il faut, pour comprendre la portée de la question, supposer que le paiement a été fait par un tiers qui ignorait le mauvais état des affaires du débiteur et qui espérait pouvoir exercer un recours contre lui. Il s'agit de savoir si ce tiers pourra prétendre à la *condictio indebiti*. Les textes ne résolvent pas la question, mais cela ne nous gêne point, car il suffit d'un simple raisonnement pour la trancher par la négative.

En effet, du moment qu'il est de la nature de l'exception *quod facere potest* de laisser intact le droit du créancier il est évident qu'elle ne peut être rangée parmi les excep-

tions perpétuelles et péremptoires et qu'elle ne saurait, dès lors, servir de base à la *condictio indebiti*.

*Second intérêt.* — Gaius nous apprend (§ 125, C. 4) que lorsqu'une exception perpétuelle a été omise dans la formule, le débiteur peut obtenir, au cours de l'instance, une *restitutio in integrum* dont l'effet est de lui faire recouvrer le bénéfice de l'exception d'abord négligée : « *Semper peremptoria quidem nocet exceptio, ideo si reus ea non fuerit usus, in integrum restituitur recuperandæ exceptionis gratia.* » Le défendeur a le droit d'obtenir cette *restitutio in integrum* tant qu'il n'y a pas eu *res judicata*.

Or, cette théorie s'applique-t-elle à notre matière? Le débiteur qui a omis d'invoquer l'exception *quod facere potest* au début du procès peut-il la recouvrer *pendente lite* à l'aide d'une *restitutio in integrum*? Les textes sont encore muets sur ce point, mais la question qu'ils laissent pendente se confond avec une autre question que nous aurons bientôt à résoudre, celle de savoir si l'exception *quod facere potest* survit au *judicatum*. Nous nous demanderons par exemple, si un donateur poursuivi et condamné *in solidum* faute d'avoir invoqué, *initio litis*, l'exception *quod facere potest*, peut, après le jugement, opposer cette exception à l'action *judicati*. Si nous répondons affirmativement nous devons dire *a fortiori* que le débiteur pourra, pendant que le procès est encore en suspens, faire insérer l'exception omise dans la formule de l'action.

5° *Exceptions rei cohærentes et exceptions personæ cohærentes.* — L'exception *rei cohærens* est celle qui, étant



née dans la personne d'un débiteur, peut être invoquée par tous les intéressés codébiteurs ou fidéjusseurs ; l'exception *personæ cohærens* au contraire est celle qui, étant née dans la personne d'un débiteur, pour des motifs personnels à ce débiteur, ne profite qu'à lui seul et ne peut, du moins en règle générale, être mise à la disposition des autres personnes intéressées au paiement de la dette. Plus que toute autre, l'exception *quod facere potest* est attachée à la personne du débiteur. C'est ce que déclare formellement Ulpien dans la loi 63, § 1, *Pro socio* : « *Videndum est an id beneficium personale sit ? Quod magis verum.* »

Ce principe est rigoureusement appliqué dans plusieurs hypothèses que nous allons énumérer.

*Première application.* — L'exception *quod facere potest* ne passe point aux héritiers du débiteur à qui elle appartenait. Soit que la poursuite ait commencé contre eux, soit qu'elle ait commencé contre leur ayant-cause mort *pendente lite*, l'exception leur échappe d'une façon absolue. Ainsi, à supposer même que l'instance ne fasse que se dénouer contre un héritier et que le juge se borne par une *translatio judicii* à substituer dans la *condemnatio* le nom de l'héritier à celui de son auteur décédé, cet héritier ne pourra pas exciper de l'exception *quod facere potest* bien qu'elle se trouve inscrite dans la formule d'action. C'est là une application du principe d'après lequel le juge doit se placer au moment de la *res judicanda* pour apprécier le bien fondé de l'exception *quod facere potest*.

Cette solution nous est donnée par les lois 23, 24 et 25

*de re judicata*, XLII, 1. Nous nous bornerons à citer la dernière qui est la plus générale et la plus explicite : « *Sciendum est, heredes earum personarum non in id, quod facere possunt : sed in integrum teneri.* » Le mot *heredes* s'entend ici, non-seulement des héritiers proprement dits, mais encore de tous les autres successeurs. Cette généralisation est d'ailleurs contenue dans un texte d'Ulpien (L. 63, § 2, *Pro socio*, L. XVII, 2) : « *Patri autem vel domino socii, si jussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam, quia nec heredi socii ceterisque successoribus hoc præstabitur ; quia nec cæterorum heredibus, successoribusve, quos in id, quod facere possunt convenimus, idem præstatur.* »

Est-ce une décision injuste que celle qui refuse ainsi aux héritiers l'exception *quod facere potest*? Non, car la relation personnelle qui justifiait le bénéfice de compétence a cessé d'exister entre l'héritier du débiteur et le créancier. D'ailleurs, l'héritier n'a pas à se plaindre, car s'il trouvait l'hérédité mauvaise, rien ne l'obligeait à l'accepter.

*Deuxième application.* — Le principe qui fait du bénéfice de compétence une exception *personæ cohærens*, reçoit une nouvelle application à l'encontre du père de famille et du *dominus*. Le texte précité d'Ulpien nous apprend, en effet, que le père ou le maître, par l'ordre desquels, le fils ou l'esclave ont contracté des sociétés, ne jouissent pas de l'exception *quod facere potest* que ces derniers pourraient opposer à leurs coassociés et qu'ils doivent être condamnés *in solidum*. Il en est ainsi, du reste, non-seulement dans





le cas particulier dont parle Ulpien, mais encore dans toutes les hypothèses où s'applique l'exception *quod facere potest*.

*Troisième application.* — L'exception *quod facere potest*, étant *personæ cohærens*, ne sera donnée, ni au fidéjussur, ni au *sponsor*, ni au *mandator credendæ pecuniæ*. Le débiteur principal, en qui elle est née, peut seul y prétendre : elle échappe à tous les débiteurs accessoires (L. 7, Pr. *de exceptionibus*, XLIV, 2) : *Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori.* »

En édictant cette disposition rigoureuse contre le fidéjusseur, les Romains font le raisonnement suivant : l'exception *quod facere potest*, disent-ils, dérive d'une relation personnelle entre les associés, entre le patron et l'affranchi, le mari et la femme, le donateur et le donataire ; or, cette relation n'existe pas entre le créancier et le fidéjusseur de ces diverses personnes ; quoi de plus rationnel, dès lors, que de leur refuser l'exception.

Ce raisonnement logique, dans la forme, cesse de l'être dans le fond, puisqu'il conduit précisément à l'inconvénient que les Romains ont voulu éviter en créant l'exception *quod facere potest*. En effet, le fidéjusseur qui aura été condamné *in solidum*, faute de pouvoir recourir à cette exception, exercera un recours contre le débiteur principal afin d'obtenir le remboursement intégral de la somme versée. A l'aide de ce recours, il fera prononcer contre le débiteur principal une condamnation *in solidum* que n'aurait pu

exiger le créancier primitif et qui est contraire à l'esprit de la loi. La doctrine des Romains, à cet égard, n'est donc pas à l'abri de toute critique.

*Dérivation.* — Le principe de la personnalité du bénéfice de compétence doit toutefois être entendu dans un sens large ; ainsi il ne peut être opposé au *procurator* et au *defensor*. En d'autres termes, toutes les fois que le débiteur, au lieu de défendre lui-même au procès, se fera remplacer devant le juge par un *procurator* ou un *defensor*, ces deux représentants pourront se prévaloir de l'exception née en la personne du *dominus litis*. La logique et les textes justifient cette solution.

Et d'abord qu'arriverait-il si le *procurator* pouvait être condamné *in solidum*? de deux choses l'une : ou il faudrait lui accorder contre le *dominus litis* un recours intégral qui priverait ce dernier des ressources que la loi voulait lui laisser, ou il faudrait lui refuser ce recours et alors on arriverait à lui faire supporter une dette qui lui est étrangère et, par suite, à le détourner de plaider pour autrui.

Du reste Ulpien confirme cette décision dans un texte spécial au fidejusseur de l'associé jouant le rôle de défendeur au lieu et place du *dominus litis* (L. 63, § 1, *Pro socio*, 17, 2).

« *Videndum est, an et fidejussori socii id præstari debeat? an vero personale beneficium sit? Quod magis verum est : sed si hic fidejussor, quasi defensor socii, judicium suscepit, proderit sibi namque Julianus scripsit,*

*defensorem socii, in id quod socius facere possit, condemnari oportere. Idemque in patroni defensore accipere debere ait. Et utique idem erit in universis, qui in id quod facere possunt, conveniuntur.* »

Ce texte, après avoir constaté le caractère personnel du bénéfice de compétence, et l'impossibilité pour le fidéjusseur de pouvoir l'invoquer, ajoute que si le fidéjusseur soutient le procès comme défenseur, il aura le droit d'invoquer l'exception *quod facere potest* bien qu'elle ne provienne pas de son chef. Il faut supposer pour l'intelligence de cette espèce que le fidéjusseur s'est présenté, en l'absence du débiteur principal, et qu'il a plaidé lui-même, afin d'éviter à ce dernier les voies d'exécution forcée. Il est évident qu'il y aurait alors iniquité flagrante à traiter le fidéjusseur autrement que le débiteur principal car ce n'est pas lui qui s'est créé cette situation ; elle résulte du choix du créancier qui a commis la faute de poursuivre le débiteur principal au lieu de s'adresser directement au fidéjusseur. S'il craignait de se heurter à l'exception *quod facere potest*, il n'avait qu'à attaquer le fidéjusseur directement, ce qui l'aurait mis dans l'impossibilité d'opposer l'exception, mais du moment qu'il a préféré poursuivre le débiteur principal, il doit s'attendre à voir le fidéjusseur devenu *defensor* mettre en œuvre tous les moyens de défense dont jouit le *dominus litis*.

S'il en est ainsi du fidéjusseur devenu *defensor*, à plus forte raison en est-il de même du cas où le rôle de *defensor* est accepté par un tiers étranger à la dette. C'est ce que décide la loi précitée en généralisant sa décision. « *Idem-*



*que et in patroni defensore accipere debere ait. Et utique idem erit in universis, qui in id quod facere possunt conveniuntur.* » Tout individu qui défend peut donc invoquer l'exception *quod facere potest* du chef du *dominus litis*.

Toujours à propos du classement de notre exception, on peut se demander si elle est *personæ cohærens* à tel point qu'étant opposable au cédant d'une créance elle ne soit pas opposable au cessionnaire. Non, cette cession n'anéantit pas l'exception *quod facere potest*, car s'il en était ainsi le créancier prendrait souvent le biais d'une cession pour ne rien perdre ou pour vexer son débiteur.

---

## CHAPITRE II

### DES PERSONNES QUI JOUISSENT DE L'EXCEPTION *quod facere potest.*

#### I. — *Du mari.*

Le mari poursuivi par la femme, à raison de la dot, ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ses moyens. Si sa fortune est égale à la dot, il sera condamné pour le tout, sinon, pour une quote-part.

« *Item si de dote judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit; id est quatenus facultates ejus patientur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, si minus in quantum facere potest* (Instit., § 37, l. VI, t. VI).

En parlant de l'action *de dote*, Justinien désigne l'action unique qu'il a tirée des deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*.

Justinien constate de nouveau cette prérogative du mari dans la loi 1, § 7, 'Code, *De rei uxoriæ actione*. L. V, t. XIII).

« *In tantum quidem maritus condemnatur, in quantum*

*facere potest : quia hoc æquissimum et reverentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est. »*

L'avantage dont jouit ici le mari s'explique par la *reverentia maritalis* et surtout par un motif analogue à ce *jus fraternitatis* qui sert de principe aux rapports entre associés. Le mariage étant considéré comme une société, on applique aux époux la règle : *« res amare non tractandæ sunt inter socios. »*

Ce bénéfice accordé au mari a été l'objet d'une double extension.

I. *Extension ratione personæ.* — Dans cette voie le bénéfice de compétence a été étendu par analogie à deux sortes de personnes.

1° *Au père du mari.* — Lorsque le mari au lieu d'être *suû juris*, est encore sous la puissance paternelle, il ne peut avoir en propre aucun bien, sauf les pécules, et c'est le père qui est alors propriétaire de la dot. Mais, comme le père est propriétaire dans les mêmes conditions que le mari, auquel il est en quelque sorte subrogé, on a été naturellement conduit à lui accorder, en cas d'action intentée contre lui par sa bru, le bénéfice de compétence dont son fils a, pour ainsi dire, la jouissance, mais non l'exercice.

C'est ce que dit formellement la loi 15, § 2. *Soluto matrimonio*, l. XXIV, 3.

*« Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest. »*

2° Le bénéfice de compétence a été en outre étendu *aux enfants nés du mariage* lorsqu'ils sont héritiers de leur père.



Voyez la loi 18. *Præmium. Soluta matrimonio. XXIV, 3.*

« *Etiam filios mulieris qui patri heredes exstiterunt, in quod facere possunt condemnandos Labeo ait.* »

Ces enfants ayant hérité du mari sont devenus propriétaires de la dot et jouissent comme lui du bénéfice de compétence qui leur est accordé, remarquons-le bien, non pas en raison de leur titre d'héritiers, mais eu égard à leur qualité d'enfants. Le législateur n'a pas voulu que les affaires fussent traitées rigoureusement entre les enfants et leurs mères : « *res non amare tractandæ sunt.* » La preuve que notre exception est attachée à la qualité d'enfant et non à celle d'héritier, c'est qu'aux termes de la loi 12 *Soluta matrimonio*, tout héritier du mari autre qu'un fils en est absolument privé : « *Maritum in id quod facere potest condemnari, exploratum est, sed hoc heredi non esse præstandum.* »

II. *Extension ratione materiæ.* — Le bénéfice de compétence du mari a reçu une nouvelle extension, en vertu d'un rescrit d'Antonin-le-Pieux, remontant à l'an 250 de notre ère. D'après cette constitution, le mari jouit de l'exception *quod facere potest*, non-seulement lorsqu'il est sommé de restituer la dot, mais encore lorsqu'il est poursuivi par la femme à raison d'un contrat quelconque :

« *Nec tantum dôtis nomine quidem maritus, in quantum facere possit, condemnatur : sed ex aliis quoque contractibus ab uxore conventus in quantum facere potest, condemnandus ex divi Pii constitutione. Quod et in persona mulieris æqua lance servari æquitatis suggerit ratio* » (L. 20. *De re judic.* L. XLII. 1).

Ces mots *ex aliis contractibus* ont un sens très vaste puisqu'ils embrassent tous les faits licites d'où peuvent naître des obligations, c'est-à-dire les contrats et les quasi-contrats. Néanmoins, quelque large que soit cette acception, elle est précise et le texte en question n'aurait fait naître aucun doute s'il n'eût été mis en présence d'une loi de Justinien qui semble le contredire (L. 1, § 7. *De rei uxoriæ. Code*).

« *Cum autem in exactione dotis : 1° ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori illico, et in solidum fieri jubebat ; 2° rei uxoriæ autem, annua, bima, trima die in his quæ pondere numero mensura consistunt, exactionem pollicebatur et non in solidum, sed in quandum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuerit substantiam.* »

Dans ce texte, Justinien compare les règles de l'action *rei uxoriæ* avec celles de l'action *ex stipulatu* donnée pour le cas où la restitution de dot avait fait l'objet d'une stipulation. Entr'autres différences, il fait ressortir que le mari jouit du bénéfice de compétence dans la première de ces actions tandis qu'il en est rigoureusement privé dans la seconde.

On voit, dès à présent, surgir du rapprochement de nos deux textes le conflit que nous venons de signaler. Si l'on s'en tient au rescrit d'Antonin, le mari jouit du bénéfice de compétence dans tous les contrats à raison desquels sa femme le poursuit ; si au contraire, on invoque la loi de Justinien, le mari ne peut opposer ce bénéfice lorsqu'il est



citée en justice au moyen de l'action *ex stipulatu*. Pourquoi cette anomalie en matière de stipulation ? La stipulation est cependant un contrat ; c'est même, si l'on peut s'exprimer ainsi, le roi des contrats romains. Comment donc concilier ces deux textes ?

Sans avoir la prétention de trancher péremptoirement la difficulté, nous croyons pouvoir présenter quelques observations qui expliquent et justifient dans une certaine mesure la coexistence et l'application simultanée des deux systèmes.

1° La *restitutio in solidum* mentionnée par Justinien en matière d'action *ex stipulatu* ne s'appliquait peut-être que dans le cas où la stipulation de restitution avait été faite non par la femme elle-même, mais par le tiers qui lui avait constitué une dot. Le bénéfice de compétence ayant sa source dans des rapports purement personnels, il n'est pas déraisonnable de supposer que le législateur l'accordât au mari actionné par sa femme et le refusât au mari poursuivi par d'autres demandeurs. Il faudrait donc limiter à l'hypothèse particulière d'une stipulation au profit du tiers constituant l'effet rigoureux que Justinien attribue à l'action *ex stipulatu*.

2° Au surplus, comme la constitution de la dot et la stipulation relative à sa restitution précédaient généralement le mariage, peut-être jugeait-on illogique d'octroyer le bénéfice de compétence au mari actionné à raison d'un contrat survenu non pas *inter conjuges* mais entre personnes encore étrangères l'une à l'autre. Cette assertion est d'au-

tant plus admissible qu'elle est en harmonie avec la loi 35 *negot. gest.* L. III, 5, qui refuse le bénéfice au mari pour toute obligation dont la cause est postérieure à la dissolution du mariage. De part et d'autre, motifs identiques : dans le premier cas, les rapports conjugaux, source de l'exception, n'ont pas encore pris naissance ; dans le second, ils ont cessé d'exister.

Telles sont les raisons qui semblent le mieux expliquer cette antinomie. Nous les donnons en toute humilité pour ce qu'elles sont, sans leur attribuer une vertu capable de dissiper tous les doutes qu'éveille cette difficile question.

Cette loi est assez féconde en controverses pour qu'on s'abstienne d'y chercher de nouvelles difficultés. C'est pourtant ce qu'a fait un auteur. Comment expliquer, dit-il, que Justinien, après avoir fondu les deux actions *ex stipulatu* et *rei uxoriæ* en une action unique, s'occupe encore de l'action *rei uxoriæ* qui n'existe plus ?

Mais il fallait bien qu'il s'en occupât puisque c'est cette même loi qui supprime l'action *rei uxoriæ*, ainsi que l'indique d'ailleurs la rubrique du titre III : *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa*. Quand le législateur abroge, il a l'habitude d'expliquer l'objet et le motif de ses abrogations. C'est ce que fait Justinien, en précisant les règles spéciales à chaque action et en les fondant en une seule, afin d'anéantir les différences qu'il a signalées. Ce qu'il fallait dire, c'est qu'à l'époque de Justinien, la jurisprudence avait fini par admettre le bénéfice de compétence dans les deux actions et qu'on est, dès lors, en droit

de s'étonner de voir cet empereur relater une différence depuis longtemps disparue sinon en doctrine, du moins en pratique.

Pour en finir avec le bénéfice de compétence du mari, il nous reste à mettre en lumière un point que nous avons effleuré incidemment, à savoir que les obligations du mari, postérieures à la dissolution du mariage, ne donnent pas lieu à l'exception *quod facere potest*. Cette décision se dégage, à notre avis, d'une analyse détaillée de la loi 35 *De negotiis gestis*. L. III, 5.

« *Divortio facto negotia uxoris gessit maritus : dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest. Hæc ita, si in negotiis gestis maritus, dum gerit, facere potuit ; alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. Sed et posteaquam patrimonium amisserit, plena erit negotiorum gestorum actio : quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. Sed hic quidam modus servandus est ut ita querelæ locus sit, quantum facere potuit, quamvis postea amisserit : si illo tempore ei solvere potuit : non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam : præterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur. »*

Voici le résumé de cette loi : après avoir divorcé, le mari a géré les affaires de la femme. Scævola se demande alors si le mari qui, bien entendu, reste soumis à l'*actio dotis*, ne sera pas en outre tenu des valeurs de la dot par l'action *negotiorum gestorum*, et si la femme n'aura pas une option



à exercer entre ces deux voies de recours. Et il répond : si le mari gérât encore la fortune de la femme, lors de l'échéance de la dot : *annua, bima, trima die*, il a dû, comme *gérant*, exiger de l'*ancien mari* (*a se exigere debuit*), le remboursement du premier, du deuxième, du troisième terme de la dot et il en est devenu débiteur envers la femme qui peut le poursuivre par l'action *negotiorum gestorum*. Néanmoins, le caractère de bonne foi qui s'attache à cette action apporte à la rigueur du droit un adoucissement en vertu duquel on devra accorder au mari les délais nécessaires pour se procurer, à l'aide de ventes ou d'emprunts, une somme équivalente au chiffre de la dot.

En résumé, Sœvola arrive à conclure en ces termes : 1° si le mari est poursuivi *dotis actione*, il jouit du bénéfice de compétence ; 2° si au contraire il est cité en vertu de l'action *negotiorum gestorum* (cela suppose qu'à l'échéance il a négligé de se procurer de l'argent), l'exception *quod facere potest* lui échappe.

De cette argumentation il résulte (et c'est là que nous voulions en venir) que les obligations contractées par le mari après la dissolution du mariage ne donnent pas lieu à l'exception *quod facere potest*.

Peut-être trouverait-on aussi dans ce texte un argument à l'appui de l'opinion un peu chancelante qui dénie l'exception au mari poursuivi pour obligations antérieures au mariage.

## II. — *De la femme.*

Aux termes de la loi 17, § 1, *De soluto matrimonio*. L. XXIV, 3, l'exception *quod facere potest* appartient, en second lieu, à la femme poursuivie, à raison de la dot qu'elle a promis de payer et dont elle est encore débitrice.

« *Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit, defendendam eam per exceptionem. Idem et Proculus ait : sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio : quamvis jure civile obligata sit.* »

En se servant des mots *ex promissione*, Paul cite le procédé le plus fréquent, sans exclure les autres modes de constitution de dot. Sa décision embrasse évidemment le cas où la dot a été constituée : 1° par la *dictio dotis*, forme ancienne et très peu connue de contrat *verbis* dont on ne rencontre pas d'autre application et qui n'était accessible qu'à la femme, à son débiteur et à son ascendant ; 2° par un *simple pacte*, puisque sous les empereurs Théodose et Valentinien le pacte de constitution de dot devint obligatoire.

Le bénéfice de compétence de la femme, comme celui du mari, progressa par deux voies différentes.

1° *Ratione personæ*, il fut étendu au *père de la femme* pour le cas où la promesse de dot avait été faite par ce dernier. C'est ce qui ressort des textes suivants de Paul et de Pomponius.

« *Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, solet quæri an idem ei honor habendus sit ? Neratius et Proculus scribunt hoc justum esse* » (L. 17. Pr. Solutio Matrimonio, XXIV, 3).

« *Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur, soluto matrimonio : verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurendum utique, ut ne majoris summæ condemnetur quam quantum facere potest* » (L. 22. De re judicata, XLII, 1).

2° *Rationæ materiæ.* — On ne s'arrêta pas à l'extension précédente et l'on voulut que l'égalité la plus complète régnât sous ce rapport entre les époux. De même que le bénéfice de compétence protégeait le mari poursuivi non-seulement *dotis nomine* mais encore *ex aliis contractibus* ; de même fut-il permis à la femme d'invoquer l'exception lorsqu'elle était citée en justice soit pour le paiement de la dot, soit pour toute autre dette provenant d'obligations contractuelles nées au profit du mari pendant le mariage.

Toutefois ce n'est pas sans hésitation que le législateur consentit à assimiler de tout point la situation de la femme à celle du mari. En effet, c'est à ce dernier seulement qu'Antonin-le-Pieux accordait le bénéfice de son rescrit.

*Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur : sed ex aliis quoque contractibus ab uxore judicio conventus, in quantum facere potest, condemnandus est.*

Pourquoi Antonin ne comprit-il pas la femme dans cette disposition ? Voulait-il avantager le mari à cause des motifs



plus nombreux qui militaient en sa faveur et notamment de cette *reverentia maritalis* dont la femme ne pouvait se prévaloir ? Subissait-il à son insu l'influence de ce dédain de la femme qui se traduit dans bon nombre d'institutions romaines, entr'autres dans le sénatus-consulte Velléien ? Jugeait-il au contraire qu'il était inutile de parler de la femme, attendu que son rôle passif dans la vie civile, lui donnerait rarement l'occasion d'invoquer l'exception *quod facere potest*, en matière de contrats.

Cette dernière supposition nous paraît la plus vraisemblable. Quoi qu'il en soit, ces raisons ne parurent pas suffisantes pour exclure la femme qui, à défaut de *reverentia maritalis*, pouvait du moins mettre en avant l'aménité de rapports que le mariage est censé établir entre les époux et le *jus fraternitatis* qui se dégage de l'idée de société. Somme toute, la situation était identique et il n'y avait aucun motif de faire deux poids et deux mesures.

Telles sont les considérations qui guidèrent la jurisprudence lorsqu'elle compléta le rescrit d'Antonin par l'addition suivante :

« *Quod et in persona mulieris æqua lance servari æquitatis suggerit ratio.* »

« Des motifs d'équité ont fait admettre une balance égale (*æqua lance*) pour la personne de la femme. »

### III. — *Du patron et de ses enfants ou ascendants.*

Justinien nous apprend dans ses Institutes que le patron

poursuivi par son affranchi ne doit pas être condamné au-delà de ses ressources.

*Sed et si quis cum patrono agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest* (L. IV, T. VI, § 2).

Ce texte contient une lacune car il se borne à citer le patron, sans parler de sa femme, de ses ascendants et de ses descendants qui jouissent comme lui de l'exception *quod facere potest*.

Il faut, pour trouver une décision complète, recourir à la loi 17, *De re judicata*, L. XLII, T. 1.

• *Patronus, patrona liberique eorum et parentes. Item maritus de dote in id quod facere potest convenitur.* »

En étendant ce bénéfice au profit de la patronne, des ascendants et des descendants, la jurisprudence n'a fait d'ailleurs que se conformer aux autres matières du droit (hérédités *ab intestat*, actions et exceptions infâmantés) dans lesquelles ces personnes sont complètement subrogées aux prérogatives du patron.

Cette disposition se justifie par la déférence (*obsequium* ou *reverentia*) qui sert de principe aux rapports de l'affranchi avec son patron. Il a paru inconvenant de permettre à un homme de traiter avec rigueur celui auquel il doit la liberté. Loin d'être un devoir purement moral, cette déférence est à chaque instant sanctionnée par le droit civil. C'est ainsi que le patron peut réclamer des aliments à l'affranchi, le faire rentrer en esclavage en cas d'ingratitude, prétendre à sa succession et à sa tutelle, l'astreindre à une



autorisation du prêteur pour toute demande en justice. De même, le patron peut épouser son affranchie malgré elle et l'empêcher, en cas de divorce, de s'unir à un autre homme, soit en mariage, soit en concubinat. Ce sont là les traits les plus saillants de ces *jura patronatus* au nombre desquels il faut placer le bénéfice de compétence.

#### IV. — *Des ascendants.*

Les Institutes accordent également l'exception *quod facere potest* à l'ascendant poursuivi par un descendant :  
« *Si quis cum parente agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest* » (Inst. IV, 6, § 38).

Mais comme toute action est impossible en principe entre le fils et le *pater familias*, il faut nécessairement se placer pour comprendre ce quatrième cas d'application, dans l'hypothèse exceptionnelle où le fils poursuit son père à raison de son pécule *castrense*. En effet, ce n'est qu'à propos de ce pécule que des actions peuvent naître entre ascendants et descendants.

Ce privilège des ascendants est également constaté au Digeste (L. 16, *De re jud.* L. XLII, 1).

« *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est, non deducto ære alieno. Et quidem sunt hi fere. Qui pro socio conveniuntur; socium autem omnium bonorum accipiendum est. Item parens.* »

L'exception *quod facere potest* se justifie dans ce cas par un motif de haute convenance. Il serait odieux de voir un

filis exercer la contrainte par corps et les droits qui en dérivent sur la personne de son père. Dans les trois premiers cas, on aurait pu, à la rigueur, autoriser une condamnation *in solidum*, mais en présence des ascendants, l'exception *quod facere potest* s'imposait pour ainsi dire au législateur. Le système contraire, en effet, aurait abouti au complet renversement des principes romains en matière de puissance paternelle puisqu'il eût donné au fils le pouvoir exorbitant de détenir son père et même, dans le droit primitif, de le mettre à mort ou de le vendre comme esclave à l'étranger.

#### V. — *De l'associé.*

L'associé poursuivi par son coassocié à l'aide de l'action *pro socio* peut, disent les textes, opposer au demandeur l'exception *quod facere potest*.

« *Si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest.* » Inst. (L. IV, T. 6, § 38).

Ce principe paraît clair, mais son application fait surgir deux questions assez délicates.

1° Et d'abord, l'associé jouit-il de ce bénéfice dans toute espèce de société ? On n'aurait aucun doute si l'on s'en tenait à la loi 16 *de re judicata*, L. XLII, 1.

« *Sunt qui, in id quod facere possunt, conveniuntur, id est, non deducto ære alieno. Et quidem sunt hi fere. Qui pro socio conveniuntur : socium autem omnium bonorum accipiendum est.* »

On le voit, dans ce texte, Ulpien restreint l'usage de l'exception au seul cas de société universelle.

Mais ce même Ulpien, dans un autre texte (L. 63 *pro socio*. L. XVII, 2) déclare que l'exception est donnée non-seulement dans la société *omnium bonorum* mais encore dans la société *unius rei*.

« *Verum est quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt condemnari oportere : hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* »

Quelle conclusion déduire de ces textes contradictoires ? Nous ne chercherons pas à les concilier ; tout ce que nous voulons en tirer, c'est la preuve qu'à l'origine le bénéfice de compétence était restreint au cas de sociétés universelles mais que plus tard et non sans difficulté il fut étendu aux sociétés *unius rei*. Tel est sur ce point le dernier état du droit.

Ulpien ajoute que cette faveur accordée à l'associé se justifie par des motifs de haute raison car toute société a en soi un certain droit de fraternité. Ce *jus fraternitatis* qui résulte d'une conception romaine plutôt que d'une idée universellement vraie, nous paraît aujourd'hui assez étrange. Nos grandes sociétés modernes, surtout les sociétés commerciales et financières, sont en effet tout ce qu'on peut voir de moins fraternel. Les Romains eux-mêmes auraient été fort embarrassés pour trouver le *jus fraternitatis* dans la *societas vectigalium* qui était une association de capi-



taux et dans les grandes corporations qui constituaient des personnes morales.

Mais, au début, les sociétés universelles furent seules connues et l'on ne peut, évidemment, se refuser à voir un lien de fraternité entre deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre tous leurs biens en commun. C'est ce principe d'une vérité incontestable à l'origine qui aurait été conservé par esprit de tradition et de routine.

2° L'autre question qui se présente sur la matière est celle de savoir si l'associé peut opposer le bénéfice de compétence non-seulement à l'action *pro socio*, mais encore à l'action *communi dividundo*. On connaît le but différent de ces deux actions. L'action *pro socio* dérive du contrat de société et tend à en faire exécuter les clauses, telles que la réalisation d'un apport, la mise en commun d'un gain, le remboursement d'une avance. Au contraire l'action *communi dividundo* résulte du simple état d'indivision et a pour objet principal le partage. Néanmoins comme cette action est de bonne foi, elle permet au juge de prendre accessoirement en considération toutes les obligations dont les parties sont tenues relativement aux choses à partager. Par exemple, un associé a dégradé la chose commune ; il a perçu les fruits mais il n'a pas donné à son coassocié la part qui lui revenait : ce sont là autant d'obligations qui feront l'objet d'un examen subsidiaire de la part du juge de l'action *communi dividundo*.

Or, on se demande si, dans ce dernier cas, l'associé poursuivi pourra opposer l'exception *quod facere potest* ?

En d'autres termes l'action *communi dividundo* sera-t-elle moins favorable au défendeur que l'action *pro socio* ?

La solution de ce problème divise les auteurs :

Les uns allèguent que le *jus fraternitatis*, base de notre exception existe dans l'un comme dans l'autre cas et qu'il, est par suite fort peu logique de subordonner, en présence de l'identité de situation, l'exercice du bénéfice de compétence à la nature de l'action intentée contre le défendeur. La faveur, disent-ils, ne doit pas être moindre dans la première hypothèse que dans la seconde.

Le système contraire a pour lui, sinon l'esprit, du moins la lettre de la loi ; il s'appuie purement et simplement sur les textes de Justinien et d'Ulpien que nous avons cités plus haut. Ces textes supposent en effet que le *socius* auquel appartient l'exception est poursuivi par l'action *pro socio*. Cette opinion nous paraît la plus facile à défendre.

#### V. — Du donateur.

Le donateur poursuivi par le donataire en exécution de la donation ne peut pas être condamné au-delà de ses moyens. D'après Ulpien cette faveur aurait son origine dans un rescrit d'Antonin-le-Pieux (L. 12. *De donat.* L. XXXIX. 5).

« *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii, in quantum facere potest, convenitur.* »

Le motif pour lequel l'exception compète au défendeur est encore plus palpable dans cette hypothèse que dans les précédentes. Le donateur est un individu particulière-

ment digne d'égards puisqu'il se dépouille au profit d'autrui. Il y aurait ingratitude de la part du donataire à poursuivre son bienfaiteur au-delà de ses ressources. Cette conséquence découle de l'obligation imposée au donataire de fournir des aliments au donateur qui tombe dans la misère. Puisqu'il est tenu de le tirer de la misère, à plus forte raison ne doit-il pas l'y plonger en le poursuivant *ultra vires*. Un tel pouvoir eût été contraire aux principes.

## VI. — *Du fils de famille.*

Le fils de famille qui a été *émancipé*, qui a été *exhérédé*, qui a été institué, mais qui s'est *abstenu* de l'hérédité paternelle peut opposer l'exception *quod facere potest* lorsqu'il est poursuivi à raison des obligations par lui contractées *in potestate patris*, sans qu'il y ait à distinguer s'il a agi de son propre mouvement ou sur l'ordre du père et si le contrat doit s'exécuter sur son pécule ou sur le patrimoine paternel. Telles sont les dispositions qui figurent dans l'édit du préteur (L. 2 Pr. *Quod cum eo qui aliena potest. L. XIV, 5*).

• *Ait pretor, in eum qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate ejus, cujus in potestate, cum moritur fuerit, ejus rei nomine, quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive jussu ejus, in cujus potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in po-*



*testate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, causa cognita dabo in quod facere potest. »*

Reste à dégager le motif qui a guidé la jurisprudence. Il a paru inique de condamner *in solidum* pour dettes contractuelles un fils de famille qui, dans nos trois cas d'émancipation, d'exhérédation et d'abstention, n'a absolument rien recueilli de la fortune paternelle.

Toutefois, le principe formulé par le préteur n'est pas absolu. Il comporte une restriction et une extension qui sont d'ailleurs imposées par la nature des choses.

La *restriction* est contenue dans un texte de Paul (L. 5, § 1<sup>er</sup>. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est*, L. XIV. 5).

*« Si filio exheredato, ex senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debet in quantum facere potest, sed in solidum condemnari : quia effectum quodammodo heres est. »*

Sans doute, l'exception *quod facere potest* appartient au fils exhérédé purement et simplement ; mais elle échappe au fils qui, bien qu'exhérédé, a été appelé par le père à un fideicommiss d'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trebellien ; il est alors véritablement héritier puisque, loin d'être privé du patrimoine paternel, il le reçoit exempt des charges qu'eût entraînées une institution régulière.

Quant à l'*extension* dont notre règle est susceptible, elle se dégage de la même loi 2, § 1<sup>er</sup>. *Quod cum eo qui in aliena potest* (L. XIV, 5).

*« Sed si citra emancipationem sui juris factus sit, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit :*

*item, si quis ex minima parte sit institutus, æquissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest. »*

Ainsi le préteur accordera après examen préalable l'exception *quod facere potest* au fils de famille qui, sans rentrer dans l'un des cas prévus par l'édit du préteur, se trouvera néanmoins dans l'une des trois situations suivantes : 1° Il a été donné en adoption et le père naturel est mort ultérieurement ; ici, en effet, comme dans les hypothèses énumérées par le préteur, aucune portion de l'héritage paternel n'est parvenue au fils de famille ; 2° Il a été de la part de son père l'objet d'une institution dérisoire *ex minima parte* qui équivaut presque à une exhérédation ; 3° Il est devenu *sui juris* autrement que par l'émancipation ou la mort de son père. Ces derniers mots sont très vagues et l'on ne saisit pas à première vue l'hypothèse précise à laquelle ils se réfèrent. On doit supposer pour l'intelligence du texte que le père a subi une *maxima capitis deminutio*. Dans ce cas les biens du père étaient confisqués et divisés en deux parts dont l'une revenait au fisc, l'autre aux enfants du *capite minutus*. Toutefois si la *capitis deminutio maxima* avait été encourue pour crime de lèse-majesté, le fisc gardait tout le patrimoine et ne laissait rien aux enfants du condamné. C'est précisément cette dernière hypothèse que vise notre texte. Dans ce cas, en effet, le fils n'a pas été émancipé et son père n'est pas mort ; de plus il n'a rien recueilli de la fortune paternelle, il jouira donc de l'exception *quod facere potest*.



On soulève une dernière question sur cet édit du prêteur.

Pourquoi, dit-on, accorder l'exception au fils *sui juris* et la refuser au fils *in potestate patris* ? La situation n'est-elle pas la même ? L'absence de patrimoine qui est la cause génératrice de l'exception n'est-elle pas évidente dans le second cas comme dans le premier ?

Il est facile de répondre à cette objection. C'est dans l'intérêt même du fils de famille *in potestate patris* que le prêteur lui refuse le bénéfice de compétence. Une telle faveur eût entraîné la ruine de son crédit ; le *vide* se serait fait autour de lui, personne ne se serait soucié de contracter avec un individu ayant un moyen tout prêt pour se dégager du lien de son obligation.

#### VIII. — *Des militaires.*

L'exception *quod facere potest* est accordée aux militaires par les lois 6 et 18 *de re judicata* L. XLII. 1, qui reproduisent en termes identiques une décision d'Ulpien.

« *Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus quatenus facere potest cogitur solvere.* »

Ce texte, comme on le voit, ne distingue pas s'il s'agit d'une obligation contractée *ante militiam* ou *durante militia*. En effet, le motif tout spécial qui justifie l'exception accordée aux militaires n'a rien de commun avec les motifs indiqués dans les cas précédents. Ce qu'on a voulu

éviter, c'est que le militaire fût arraché à son service par les voies de contrainte et notamment par le droit d'incarcération dont le demandeur est armé en cas de condamnation *in solidum*. Ici plus encore que partout ailleurs l'exception *quod facere potest* est d'ordre public.

IX. — *Du débiteur qui a fait cession de biens.*

Il convient d'ajouter à notre énumération un cas inconnu dans le droit primitif mais d'un usage fréquent sous Justinien. Nous voulons parler de la *bonorum possessio* introduite par l'une des *leges Juliae judicariae*, en vue de soustraire le débiteur à la contrainte par corps et à l'infamie qui résulte d'une vente forcée. Outre ces deux avantages, la *bonorum cessio* ne tarda pas, ainsi que le constatent Ulpien et Justinien, à conférer l'exception *quod facere potest* au débiteur poursuivi par ses créanciers à raison des biens acquis depuis la cession volontaire. Voici d'abord l'opinion d'Ulpien :

• *Is qui bonis cessit, si quid postea adquisierit in quantum facere potest, convenitur* » (L. 4, de cess. bon. 42, 3).

Justinien commente et paraphrase ce texte ainsi qu'il suit :

*Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur : inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.* » Inst. § 40. *De act.* 4, 6).

La loi accorde ce bénéfice au débiteur parce qu'il serait inhumain, disent les Institutes, de condamner intégralement une personne qui s'est dépouillée de son patrimoine.

X. — *Ces divers débiteurs sont-ils déchus de leur exception en cas de dol ?*

Pour préciser avec plus de netteté les divers cas où fonctionne l'exception *quod facere potest*, il nous reste à examiner si dans les hypothèses précédentes, le juge doit établir quelque différence entre le débiteur de bonne foi et le débiteur coupable de dol. Voici, par exemple, un associé poursuivi par l'action *pro socio* : s'il n'a commis qu'une simple faute, pas de difficulté : il continue à jouir de l'exception ; mais que décider s'il s'est rendu coupable de dol ? Conservera-t-il même dans ce cas le droit de n'être pas condamné au delà de ses moyens ?

Cette question se résout par la négative soit qu'on procède par voie de déduction, soit qu'on se borne purement et simplement à ces citations de textes.

Et d'abord, s'il est vrai de dire que le bénéfice de compétence est accordé au débiteur en raison de l'intérêt plus ou moins grand qui s'attache à sa position, n'est-il pas logique de conclure que ce bénéfice doit lui être refusé quand il s'est rendu par sa fraude indigne de tout intérêt et de toute faveur ?

Ce résultat auquel nous conduit le simple raisonnement est confirmé par plusieurs passages du Digeste. Ces textes



fort nombreux peuvent être classés en trois catégories : textes indirects, textes spéciaux, textes généraux.

Parmi les premiers, nous citerons la loi 52 *de re judicata* XLII, 1.

« *Si rerum amotarum cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse in solidum condemnari debet : quoniam ex male contractu et delicto oritur.* »

D'après ce texte, le conjoint poursuivi pour détournement d'objets doit, malgré l'idée de société engendrée par le mariage, être condamné à l'intégralité de la dette parce que cette dette résulte d'un délit.

La même doctrine se dégage de la loi 4, § 2, *quod cum eo* XIV 5, où nous voyons un fils de famille coupable de délit et privé pour ce motif de l'exception *quod facere potest*. *Quanquam autem ex contractu in id, quod facere potest, actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum convenietur.*

Ces deux lois nous fournissent un argument indirect assez fort pour nous porter à croire dorénavant et déjà que si l'exception était refusée en matière de délit elle devait l'être également en cas de dol.

Mais tout doute cesse devant plusieurs textes formels spéciaux à l'associé, au *fils de famille*, au *mari* : Le cas de l'associé est réglé par la loi 22, § 1, *de re judicata* XLII, 1, qui après avoir posé à son profit, le principe de l'exception, ajoute la restriction suivante : *Causæ cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex clausula doli*

*obligato non succurratur* ; 2° la loi 4, § 1, *quod cum eo* XIV, 5, formule la même déchéance contre le fils de famille qui a frauduleusement déclaré être *sui juris*. « *Interdum autem, et si exheredatus filius vel emancipatus sit, in solidum actio adversus eum dabitur : utputa, si patremfamilias se mentitus est, cum contraheretur cum eo : nam Marcellus scripsit, etiam si facere non possit, conveniendum propter mendacium* » ; 3° aux termes de la loi 18, § 1, *soluta matrimonio* XXIV, 3, le mari subit également les conséquences de son dol.

Nous trouvons enfin un texte plus vaste qui permet de généraliser cette doctrine en l'appliquant à tous les débiteurs auxquels appartient l'exception *quod facere potest* (L. 63, § 7, XVII, 2).

« *Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit, quo minus possit : nec enim æquum est, dolum suum quemquam relevare. Quod et in cæteris, qui in id quod facere possunt, conveniuntur, accipiendum est.* »

Cependant malgré la généralité de ces mots : *quod et in cæteris accipiendum est*, il nous paraît difficile d'étendre la déchéance aux militaires dont la liberté importe beaucoup plus à l'ordre public que celle des autres débiteurs.

---

## CHAPITRE III

### I. — RÈGLES FONDAMENTALES DU CALCUL

#### *Calcul du QUOD FACERE POTEST.*

Nous touchons ici à un des points les plus importants de notre sujet. Il s'agit de déterminer les principes d'après lesquels le juge appréciera les moyens pécuniaires du débiteur. Posons d'abord deux règles fondamentales.

*Première règle.* — Le juge devra, comme l'enseigne Ulpien, se placer pour faire cette appréciation au moment de la *rei judicandæ*. « *Tempus autem spectamus, quantum facere socius posset, rei judicandæ.* » En effet, la situation du débiteur a pu s'améliorer pendant le laps de temps, quelquefois assez long, qui s'écoule entre le début de l'instance et le prononcé du jugement. L'exception *quod facere potest* étant une faveur, rien de plus naturel que de la restreindre dans la limite du nécessaire. Il n'est pas admissible qu'un débiteur devenu solvable au jour du jugement puisse opposer l'exception, et qu'à l'inverse un débiteur riche lors de la *litis contestatio* et pauvre au moment de la *res judicanda* soit privé de ce moyen de défense.

*Deuxième règle.* — Le juge évaluera le patrimoine du défendeur en y comprenant tous les biens corporels et incor-



porels, sauf les créances conditionnelles. Mais cette règle beaucoup plus complexe que la première soulève une question importante. Du patrimoine ainsi composé le juge devra-t-il déduire les dettes? Par exemple si le débiteur a 400 d'actif et 300 de passif, le *quod facere potest* sera-t-il réduit à 100? Il y a sur ce point deux principes à formuler.

II. — *Des deux principes qui régissent le calcul du QUOD FACERE POTEST* : 1° principe de la non-déduction des dettes; 2° principe de l'absorption totale des ressources du débiteur.

1° Le principe général est que les dettes ne sont pas déduites du patrimoine : le *quantum facere potest* se calcule sur l'actif brut. Ainsi, le débiteur ne pourra pas objecter au créancier demandeur qu'il doit telle somme à d'autres créanciers. Cette conséquence eût détourné l'exception de son but véritable puisqu'elle eût profité aux autres créanciers et non au débiteur lui-même. La loi 16, *de re judicata*, pose le principe en ces termes : « *Sunt qui in id, quod facere possunt conveniuntur, id est, non deducto cere alieno.* » Ce principe de la non-déduction des dettes est absolu : il s'applique à tous les autres créanciers du défendeur, aussi bien à ceux qui pourraient obtenir une condamnation *in solidum* qu'à ceux auxquels l'exception *quod facere potest* serait opposable. Éluclions cette théorie à l'aide d'un exemple. Soit un fils de famille émancipé ou exhéredé

qui, par hypothèse, a contracté un certain nombre de dettes étant *in potestate patris* ; ce fils une fois devenu *sui juris* ne pourra pas opposer au premier créancier qui le poursuivra, la somme dont il est redevable à d'autres créanciers moins diligents. En effet, la règle ne comporte aucune préférence entre créanciers également sujets à être repoussés par l'exception *quod facere potest* ; le plus actif est payé le premier, les autres sont victimes de leur négligence.

Cette règle est nettement formulée par la loi 19 pr., *de re judicata*, XLII, 1.

« *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur ; sicuti fit in de peculio actione : nam et hic occupantis melior est causa. Sed et si cum patre patronove agatur, non est deducendum æs alienum : maxime quod ejusdem personis debebitur, ut liberis, libertis.* »

Entre personnes dont les créances ont une même cause, dit le texte, meilleure est la situation du premier occupant. Ici, comme dans l'action *de peculio*, on s'abstient de déduire ce qui est dû aux créanciers de *même condition*, c'est-à-dire à des créanciers auxquels le bénéfice de compétence est également opposable. Quant au *premier occupant*, ce n'est pas, ainsi qu'on pourrait le croire, le créancier qui a intenté l'action le premier, mais bien celui qui le premier a obtenu une condamnation. Tel est, du moins, le sens donné à ce terme par la loi 10, *de peculio*, XV, 1 : « *Occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit* », et il



n'y a pas lieu de révoquer en doute cette explication, attendu que le juge observe les mêmes règles dans l'action *de peculio* que devant l'exception *quod facere potest*.

Ces termes étant bien compris, nous arrivons à l'exemple par lequel notre loi 19 *de re judicata* complète sa décision.

« Là où l'action est intentée contre un père ou un patron, on ne déduira pas l'*æs alienum*, principalement ce qui sera dû à des personnes de même condition, comme plusieurs fils, plusieurs affranchis. » En d'autres termes, si vous êtes poursuivi par un de vos descendants ou un de vos affranchis, vous ne pourrez pas faire défalquer de la masse sur laquelle le juge va calculer le *quod facere potest* ce que vous devez à un autre descendant ou à un autre affranchi. S'il en était ainsi, vous établiriez entre vos créanciers une cause de préférence prohibée par la loi :

2° Le deuxième principe se formule en ces termes : « Le *quod facere potest* comprend tout l'actif du débiteur auquel la condamnation à intervenir va enlever ses dernières ressources. » Ainsi le seul avantage qu'il retire du bénéfice de compétence c'est de n'être pas jeté en prison par suite de l'exécution forcée. Le défendeur obéré fût-il un ascendant, la condamnation sera prononcée *in solidum* et ne lui laissera pas même de quoi vivre (*ne egeat*).

### III. — *Dérogations au principe de la non-déduction des dettes.*

Notre principe, tout absolu qu'il paraisse, fléchit cepen-

dant en faveur du donateur et subit certaines modifications en ce qui concerne le fils de famille et l'associé.

I. *Position exceptionnelle du donateur.* — L'intérêt tout particulier qui s'attache à la personne du donateur poursuivi par le donataire lui confère le double privilège de faire déduire ses dettes dans le calcul du *quod facere potest* et de conserver de quoi vivre après la condamnation (L. 19, § 1 *De re judicata*).

• *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur : et quidem is solus deducto œre alieno. Et inter eos quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa.* »

Le jurisconsulte Paul auquel cette citation est empruntée présente ce privilège comme tout spécial au donateur. Le donateur, dit-il, doit, lui aussi, être condamné dans la limite de ses moyens, mais *seul* parmi les débiteurs qui jouissent de ce bénéfice, il voit son actif évalué, déduction faite des dettes.

II. *Position du fils de famille.* — Le donateur quoi qu'en dise Paul n'est pas le seul qui ait droit à la déduction des dettes et l'on peut citer des cas où le fils de famille, par exemple, pourra prétendre au même avantage. Nous savons que le fils émancipé, exhéredé, etc., jouit de l'exception • *quod facere potest* pour toutes les obligations qu'il a contractées *in potestate patris*. Or, si ce fils, devenu *sui juris*, est poursuivi par un de ses créanciers, il ne pourra pas sans doute, en règle générale, lui opposer ce qu'il doit à d'autres personnes, mais il aura cependant droit à la

déduction des dettes s'il se trouve, parmi ces personnes des créanciers privilégiés. En raison de la qualité de leurs créances, ces derniers seront payés avant le demandeur. Telle est du moins l'opinion d'Ulpien (L. 3, *Quod cum eo*, XIV, 5).

*Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest? Et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienæ est, potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse conditionem : nisi si quis privilegiarius veniat : hujus enim non sine ratione prioris ratio habebitur. Quod si qui sint, qui, posteaquam suû juris factus cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam. »*

Ce texte est fécond en renseignements : 1° il nous rappelle que lorsqu'un fils de famille est poursuivi par un de ses anciens créanciers, il ne peut lui opposer ce qu'il doit à d'autres personnes, attendu que la loi donne la priorité au premier occupant ; 2° il ajoute (et c'est sur ce point que nous appelons l'attention du lecteur) que si ce fils de famille a des créanciers privilégiés, le créancier chirographaire poursuivant sera primé par eux ; 3° il nous présente un nouveau cas où la loi déroge au principe de la non-déduction des dettes, celui où le fils de famille poursuivi pour dettes contractées *in potestate patris* oppose au demandeur ce qu'il doit à d'autres créanciers à raison d'obligations contractées depuis qu'il est devenu *sui juris* : « *Quod si qui sint, qui postquam suû juris est factus contraxerunt, puto horum rationem habendam. »*

En résumé, le fils de famille peut faire déduire ses dettes



dans deux cas : 1° lorsqu'il a des créanciers privilégiés ; 2° lorsqu'il a contracté de nouvelles dettes après être devenu *sui juris*. Ce sont là autant de décisions qui infirment dans une certaine mesure le texte trop exclusif de Paul. La situation de l'associé dans le calcul du *quod facere potest* va nous présenter une nouvelle dérogation à la règle générale.

III. *Position de l'associé*. — Le principe qui régit cette matière se trouve posé dans la loi 63, § 3, *pro socio*, XVII, 2.

« *Id quod facere socius potest, quemadmodum æstimandum sit? Et placuit, non debere deduci æs alienum, quod debetur a socio, nisi forte ex ipsa societate debeatur.* »

Ainsi, en principe, l'associé ne peut pas opposer son passif au demandeur, mais il peut faire déduire toute dette contractée dans l'intérêt de la société. Le motif de la restriction est facile à saisir. En effet, si l'associé eût payé de ses deniers la dette en question, que serait-il arrivé? Il aurait pu agir en indemnité contre la société et lui réclamer une quote-part de ses débours en jouant, lui aussi, le rôle de demandeur. Il était donc préférable, afin d'éviter un circuit d'actions, d'autoriser le juge à tenir compte de cette dette dans le calcul du *quod facere potest*.

La même loi (L. 63, § 5, *pro socio*, XVII, 2) nous présente une autre hypothèse où les règles ordinaires du calcul subissent quelques modifications.

« *Si cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis*

*socius, et partem suam integram sit consecutus : deinde alius socius cum eodem agat, et partem consequi integram non potuerit, quia facere solidum non potest, an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est, exæquandas : quasi iniquum sit, ex eadem societate, alium plus, alium minus consequi. »*

Voici l'hypothèse : trois associés sont en présence ; l'un d'eux est débiteur de *mille* et n'a que mille pour tout patrimoine ; l'associé le plus diligent agit contre lui et obtient une condamnation intégrale, l'autre moins diligent agit à son tour mais comme la fortune du débiteur est épuisée par la condamnation précédente, il n'obtient rien, si bien que de deux associés l'un a obtenu mille, l'autre, zéro. Dans cette situation on se pose la question de savoir si le dernier demandeur peut réclamer au premier la somme de *cinq cents* en se fondant sur ce qu'il serait inique qu'en un contrat de bonne foi comme la société, la position des associés ne fût pas égale. Et Ulpien répond affirmativement :

*« Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exæquetur ; quæ sententia habet æquitatem. »*

Ce sont les considérations d'équité inhérentes à tout contrat de bonne foi qui déterminent le jurisconsulte à prescrire cette égalité de situation entre les associés.

Comme on le voit, le privilège du premier occupant ne s'applique ici que pour la forme, puisqu'après avoir obtenu l'intégralité de sa demande l'associé le plus diligent se voit

tenu de partager avec son coassocié le bénéfice de son action. C'est, qu'en effet, si ce privilège existe entre créanciers ordinaires, il ne saurait subsister entre créanciers unis par un lien de société.

Le principe, quant aux associés, se formule en ces termes : tout ce qu'un associé reçoit ou perd *ex causa societatis* doit être réparti par portions égales entre les associés ; s'il touche une somme, il la partage ; s'il fait une dépense, il en est indemnisé.

Ce principe est d'une importance capitale ; il nous donne la clef d'une foule de solutions, notamment dans les cas de corréalité *inter socios*. Nous prenons l'hypothèse la plus connue, celle où un legs de libération a été fait à l'un des deux *correi promittendi*. Il s'agit de savoir si le *correus* légataire sera libéré par un pacte ou par une acceptilation. S'il est libéré par un pacte *de non petendo* la dette reste exigible contre le *correus* non légataire, si au contraire il obtient une acceptilation le droit est éteint au profit des deux débiteurs.

Telle est l'alternative que nous présente la loi 3, § 3. *De lib. leg. 34, 3.*

• *Sed quid si correi socii fuimus? videamus ne per acceptilationem, vel per pactum debeam liberari; alioquin dum a correo meo inquietor. Et ita Julianus scripsit; si quidem socii non simus, pacto me debere liberari; si socii, per acceptilationem.* »

La question étant ainsi posée Julien et Ulpien se prononcent pour l'acceptilation si les deux *correi promittendi*



sont associés et cette décision est parfaitement logique car si le *correus* non légataire était actionné par les héritiers il mettrait en cause le *correus* légataire ou exercerait un recours contre lui après avoir payé.

IV. — *Dérogations au principe d'après lequel la condamnation ne laisse pas de quoi vivre au débiteur.*

Nous avons vu qu'en principe le débiteur condamné après avoir opposé l'exception *quod facere potest* ne conservait pas même de quoi vivre (*ne egeat*).

Seul, le donateur actionné par le donataire échappe sur ce point à la rigueur du droit, ainsi que l'enseigne Paul dans la loi 19 § 1<sup>er</sup> *de re judicata* XLII, 1, *in fine*.

« *Imo nec totum, quod habet (donator), extorquendum est ei puto : sed ipsius ratio habenda est ne egeat.* »

Je pense, dit Paul, qu'il ne faudra pas dépouiller le donateur de tout ce qu'il a, mais avoir égard à sa personne afin qu'il lui reste de quoi vivre.

Supposons, par exemple, qu'un donataire réclame à un donateur les cent mille sesterces qui composent toute sa fortune ; il ne pourra pas obtenir contre lui une condamnation intégrale, car le juge devra laisser au donateur une somme suffisante pour l'empêcher de tomber dans le besoin. Le chiffre de cette somme est d'ailleurs abandonné à la sagesse du juge qui devra tenir compte de la fortune et du rang social du donateur. Cette faveur constitue la

seule atteinte qu'ait reçue le principe pendant toute la durée du droit classique.

Mais sous Justinien, l'exception devint la règle générale et le droit à la somme alimentaire fut accordé à tous les débiteurs qui jouissaient du bénéfice de compétence. Le juge ne put, dès lors, prononcer aucune condamnation sans avoir préalablement fixé, d'après sa libre appréciation, le chiffre des ressources qu'il convenait de laisser au défendeur pour l'empêcher de mourir de faim. Par exemple, vous devez *cent* et vous ne possédez que *cent* ; dans cette hypothèse, le juge ne vous condamnera pas à payer la somme entière, mais à donner seulement *quatre-vingt* ou *soixante-dix*, selon qu'il estimera que *vingt* ou *trente* suffisent à assurer votre subsistance.

Cette généralisation ressort de la loi 173, pr. *de regulis juris*, l. 17.

« *In condemnatione personarum, quæ in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant.* »

En condamnant les débiteurs qui jouissent du bénéfice de compétence, dit notre texte, le juge ne doit pas leur enlever tout ce qu'ils ont, mais tenir compte de leurs personnes, afin qu'ils ne tombent point dans le besoin.

Cette importante innovation de Justinien a été vivement critiquée, et à tort, selon nous, par un certain nombre de commentateurs.

Leurs critiques reposent sur les observations suivantes. Dans le droit classique, la somme qu'on laissait au dona-



teur *ne egeat* lui servait réellement à vivre, car son actif étant évalué, déduction faite des dettes, il n'avait pas à craindre que d'autres créanciers vinssent s'abattre sur les biens qui lui avaient été réservés pour ses besoins personnels. En résumé, voici comment fonctionnait le système. Si le donateur poursuivi a un passif égal ou peu inférieur à son actif, il échappe à la condamnation, puisque cet actif est évalué, déduction faite des dettes ; si, au contraire, il a un actif notablement supérieur à son passif et qu'après le prélèvement des dettes il lui reste juste la somme que réclame le donataire, il est condamné à payer une partie de cette somme et conserve le surplus comme moyen de subsistance. Et cette portion qui lui est ainsi laissée, nul ne peut la lui enlever, puisque la déduction des dettes a eu pour résultat d'éliminer les créanciers.

En un mot, les deux prérogatives du donateur sont intimement liées l'une à l'autre et perdent leur force dès qu'on les isole ; le bénéfice du *ne egeat* n'est sérieux qu'autant qu'il s'appuie sur le privilège du *deducto ære alieno*.

Or, disent les auteurs, cette innovation n'offre qu'un maigre intérêt pratique puisqu'en accordant à tous nos débiteurs le bénéfice du *ne egeat*, Justinien n'a pas songé à généraliser en même temps le privilège de la déduction des dettes dont le donateur jouit exclusivement. A quoi bon, ajoutent-ils, laisser aux débiteurs autres que le donateur une somme destinée à leur subsistance, puisque leurs autres créanciers pourront saisir cette somme en se fondant sur le principe de la non-déduction des dettes ?

Soit par exemple un associé poursuivi par son coassocié : sa dette envers la société est de 100 ; ses autres dettes s'élèvent à 400 et son actif brut se réduit à 500. Aux termes de la législation de Justinien le coassocié n'obtiendra qu'une portion de sa créance et le défendeur conservera une somme pour vivre. Mais ne voit-on pas que cette somme pourra lui être saisie par les autres créanciers de telle sorte que le coassocié, premier occupant, aura subi une perte et que les autres créanciers auront réalisé un bénéfice injuste, attendu que l'exception *quod facere potest* ne leur est pas opposable ? Somme toute, conclut-on, la généralisation de Justinien se résout en une iniquité et finit par enlever à l'exception *quod facere potest* le nouvel avantage qu'elle prétend lui attribuer.

A notre avis, la pensée du législateur n'a pas été comprise. D'après Justinien on ne laissera au débiteur la somme nécessaire à son entretien qu'autant qu'elle ne devra pas profiter à d'autres créanciers. Cette situation se présentera dans trois cas.

1° *Le demandeur est seul créancier.* — Par exemple, vous poursuivez votre coassocié pour 100, son patrimoine s'élève à 100 et il n'a aucune autre dette. La somme que le juge lui laissera *ne egeat* ne profitera évidemment qu'à lui et non à d'autres créanciers puisqu'il n'en a pas.

2° *Il y a d'autres créanciers, mais le bénéfice de compétence leur est opposable à tous.* — Ce sont par exemple des affranchis, des ascendants, etc. Dans cette situation, étant donné comme précédemment un associé actionné pour 100

alors qu'il n'a que 100 d'actif, le juge ne le condamnera qu'à 70 ou 80 afin de lui laisser de quoi vivre. Or, cet état de choses est parfaitement équitable, et n'offre en aucune façon l'inconvénient signalé par les auteurs que nous réfutons. En effet, si les autres créanciers poursuivent le débiteur sur la somme qui lui reste à titre d'aliments, il leur opposera comme au premier demandeur et l'exception du *quod facere potest* et le droit au bénéfice du *ne egeat*. Il échappera ainsi à toute condamnation, et la somme qui, lors du premier procès, lui a été laissée pour vivre ne profitera pas à d'autres personnes.

3° *Il y a d'autres créanciers auxquels le bénéfice de compétence n'est pas opposable, mais le débiteur a de quoi payer.* — Ainsi, vous demandez 100 à votre coassocié, il doit 300 pour une cause différente, mais son actif s'élève à 420. Dans ce cas, puisqu'on peut déduire de l'actif toutes les dettes et trouver néanmoins un reliquat, la somme laissée au débiteur ne profitera pas à d'autres personnes.

De tout ceci, il faut conclure que la généralisation de Justinien présente dans certains cas un réel intérêt pratique ; le législateur n'a eu qu'un tort, c'est de donner trop d'étendue à son principe en passant sous silence les hypothèses où il ne pouvait être appliqué.

---



## CHAPITRE IV

### DES EFFETS ET DE LA PORTÉE DE L'EXCEPTION

#### *quod facere potest.*

L'exception *quod facere potest* a pour effet de subordonner le montant de la condamnation à la fortune dont jouit le défendeur lors de la *res judicanda*. De cet effet, le législateur a tiré selon les temps des conséquences plus ou moins larges. C'est ainsi qu'en droit classique le bénéfice de compétence ne tend qu'à soustraire le débiteur aux voies d'exécution forcée, tandis que sous Justinien il lui assure en outre de quoi subvenir à ses besoins. Les explications que nous avons données dans le chapitre précédent nous dispensent d'insister plus longuement sur ce point. Il nous reste à étudier les diverses questions que l'on se pose sur la portée et l'étendue de l'exception *quod facere potest*.

#### I. — *L'exception quod facere potest laissée-t-elle subsister une obligation pour le surplus de la dette ?*

Il s'agit ici de savoir si le débiteur qui a échappé à une condamnation *in solidum* en invoquant l'exception *quod facere potest* est tenu pour le surplus de la dette d'une obligation quelconque. Par exemple, il devait cent ; grâce à

l'exception il n'a été condamné qu'à cinquante : doit-il encore les cinquante qui restent ?

Et d'abord il va sans dire qu'en *droit civil* il ne doit pas le surplus de la dette car la *litis contestatio* a complètement éteint en justice le droit du demandeur. Reste-t-il au moins tenu d'une obligation naturelle ? Les textes répondent affirmativement dans deux cas, mais la grande question est de savoir s'il convient de généraliser ces décisions particulières. Or, les conséquences que les Romains tirent des ces deux hypothèses contiennent, à notre avis, les éléments d'une généralisation.

1° *Situation de l'associé* (L. 63, § 4, L. XVIII. 2).

• *Item videndum est, an cautio veniat in hoc iudicium ejus, quod facere socius non possit, sc. nuda promissio? Quod magis dicendum arbitror.*

Il résulte de ce texte que le juge doit demander à l'associé dont il restreint la condamnation au *quod facere potest* une caution ou une *nuda promissio* pour le surplus de la dette. Sans doute, le droit tout entier a été déduit en justice par l'effet de la *litis contestatio*, mais il subsiste une obligation naturelle pour la portion de dette que le débiteur n'a pu solder. Le juge fait dépendre le succès de l'exception d'une condition préalable : il dit : je ne vous condamnerai dans la limite de vos ressources que si vous vous engagez dès à présent par stipulation à payer le surplus de votre dette, le jour où vous serez revenu à une meilleure fortune.

2° *Situation des époux* (L. 1, § 7 de *rei uxoriæ actione*, Code, V. 12).

• *In tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest : cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret.*

D'après cette loi, le mari actionné par sa femme en restitution de dot n'est condamné que dans la limite de ses moyens, mais c'est à la condition de fournir caution de payer le surplus de la dot lorsqu'il reviendra à une meilleure fortune.

Telles sont les décisions particulières sur lesquelles nous avons à raisonner. Faut-il les généraliser et dire que dans tous les cas où le débiteur jouit de l'exception *quod facere potest* il doit contracter un engagement civil pour garantir la portion de dette à laquelle il échappe provisoirement. S'exprimer ainsi, c'est dire *a fortiori* que l'exception laisse, dans tous les cas, subsister une obligation naturelle.

La question étant ainsi posée, deux systèmes la résolvent en sens contraire.

D'après le premier système, les textes relatifs à l'associé et au mari ne sauraient être généralisés, car dans l'un et l'autre cas, le juge se trouve en présence d'une action de bonne foi. L'action *pro socio* a toujours eu ce caractère et l'action *ex stipulatu* le doit à Justinien. Or, dit-on, c'est uniquement parce que l'action est de bonne foi que le juge exige une caution et qu'il y a obligation naturelle pour le surplus de la dette.



Le deuxième système répond en faisant observer qu'il y a les mêmes motifs d'équité pour admettre cette solution dans les actions de droit strict. Quelle que soit la nature de l'action, il y a équité à reconnaître l'existence d'une obligation naturelle et la nécessité d'une caution.

Ces conséquences ressortent de la différence même qui existe entre l'action soumise au bénéfice de compétence et l'action *de peculio*. Lorsqu'une action a été paralysée par l'effet de ce bénéfice, le défendeur doit néanmoins l'intégralité de la dette ; le seul avantage qu'il retire c'est d'échapper aux voies d'exécution forcée et de faire restreindre la condamnation. Au contraire, dans l'hypothèse d'une action *de peculio*, le défendeur (*paterfamilias* ou *dominus*) n'est tenu que jusqu'à concurrence du pécule du fils ou de l'esclave : la dette a beau dépasser la valeur du pécule, il ne doit aucun excédant, car c'est ce pécule qui détermine l'étendue de l'obligation. Et cet avantage constitue au profit du père ou du maître non pas une grâce mais un droit.

Il résulte de ces différences que le juge impose une caution, pour le surplus de la dette, au débiteur qui a fait diminuer sa condamnation, en excipant du bénéfice de compétence, tandis qu'il ne peut exiger aucun engagement de la part du père ou du maître poursuivi *de peculio*. Le juge de l'action *de peculio* se place, pour fixer le chiffre de la condamnation, au moment de la *res judicanda*. Or, si à cette époque le pécule ne suffit pas à indemniser le créancier qui a traité avec le fils ou l'esclave, le juge n'exigera aucune



caution du père ou du maître pour le cas où le pécule viendrait à s'enrichir ultérieurement.

Telle est la décision donnée par la loi 47, § 2, *de peculio*, XV, 1.

« *Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei judicandæ tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento, hoc enim in pro socio actione locum habet : quia socius universum debet.* »

Ce texte établit une comparaison entre le père de famille poursuivi *de peculio* et l'associé poursuivi *pro socio*, et il explique la situation plus rigoureuse de ce dernier en faisant observer qu'il est tenu de l'universalité de la dette : *universum debet*.

La même idée se dégage de la loi 3, Pr., *de pecunia constituta*, XIII, 5.

« *Quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat : quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri in quantum facere potest, condemnatur.* »

Sans doute, le mari actionné par la femme ne sera condamné que dans la limite de ses ressources, mais il n'en devra pas moins l'intégralité de la dot.

*Observation sur le droit de Justinien.* — Durant la période classique, il est naturel de dire, en raison de l'extinction du droit résultant de la *litis contestatio*, que le débiteur qui a invoqué l'exception *quod facere potest*, ne reste tenu pour le surplus de la dette que d'une simple obligation na-

turelle. Mais sous Justinien cette conséquence paraît plus étrange. En effet dans la législation du Bas-Empire, la *litis contestatio* n'a plus comme autrefois le pouvoir d'éteindre en justice le droit du demandeur. On trouve dans plusieurs textes la trace de cette transformation, notamment dans la loi 1, § 1. *De annali exceptione*, Code VII, 40.

Soit par exemple un demandeur qui a laissé périmer l'instance par une inaction de trois années : en droit classique, cette circonstance entraînait infailliblement la consommation du droit en justice et l'impossibilité pour le demandeur d'agir ultérieurement *ex eadem causa* ; au contraire sous Justinien, elle n'empêche pas le demandeur de renouveler le procès pendant un laps de temps dont la durée se trouve, par une curieuse bizarrerie, portée de trente à quarante ans.

« *Exceptis omnibus actionibus, licet personales sint, quæ in iudicium deductæ sunt, et cognitionalia acceperunt certamina, et postea silentio traditæ sunt : in quibus non triginta, sed quadraginta annos esse expectandos, ex quo novissimum litigatores tacuerunt, lex nostra antea promulgavit.* »

La loi 1, *de plus petitionibus*, Code III, 10, contient une nouvelle preuve du changement survenu dans la nature de la *litis contestatio*. On sait qu'autrefois le créancier qui poursuivait son débiteur avant l'échéance du terme ou avant l'accomplissement de la condition épuisait son droit en justice et ne pouvait plus agir ultérieurement en vertu de la même cause. Il avait commis une *plus petitio* et

devait en supporter la peine. Sous Zénon et Justinien cette déchéance disparaît ; le demandeur coupable de *plus petitio tempore* est libre de renouveler le procès sauf à laisser écouler (et c'est la seule peine qu'il encourt) un délai double du terme primitif. Or, s'il est ainsi, c'est que la *litis contestatio* n'anéantit plus le droit.

Cette conséquence admise, il semble que la portion de dette déduite de la condamnation par l'effet du bénéfice de compétence soit garantie non plus par une obligation naturelle mais bien par une obligation civile qui n'est autre que l'ancienne obligation ; il semble en un mot que le débiteur soit tenu dans les mêmes conditions qu'auparavant.

Cette conclusion est plausible, mais la loi 1, § 7, *de rei uxoriæ actione* comporte une autre explication. En effet cette loi suppose que la condamnation prononcée contre le mari a éteint le droit de la femme pour le surplus et qu'il faut une caution pour le faire revivre. La *litis contestatio*, il est vrai, n'anéantit plus le droit, mais la *res judicata* entraîne un changement dans la cause de l'obligation ; elle substitue à une dette ancienne de cent, une dette nouvelle réduite à cinquante par l'effet de l'exception *quod facere potest*. En réalité sous Justinien l'obligation primitive survit à la *litis contestatio*, mais non au *judicatum*.

Au surplus, il est possible qu'au début il existât un tout autre moyen pour empêcher que la faveur, dont jouit le débiteur de n'être pas condamné au-delà de ses moyens, ne concourût avec l'extinction complète du droit du demandeur. Voici quelle est notre conjecture : peut-être le béné-



fice de compétence était-il alors mis en œuvre dans la formule au moyen d'une *præscriptio a parte rei* ainsi conçue : « *Ea res agatur de quantum facere potest.* » C'est-à-dire « que la condamnation ait pour limites les ressources du défendeur. » Si cette conjecture était exacte, il y aurait parmi les *præscriptiones a parte rei* des *præscriptiones* qui ressembleraient à des *prescriptiones a parte actoris*. La *præscriptio* dont la teneur précède aurait été invoquée par le défendeur et l'eût protégé directement en faisant restreindre sa condamnation au *quod facere potest*, mais elle eût d'autre part protégé indirectement le demandeur en empêchant son droit de s'éteindre pour le surplus de la dette par l'effet de la *litis contestatio*. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas eu évidemment de caution à exiger du défendeur. S'il en était ainsi, le bénéfice de compétence daterait de l'époque où les *prescriptiones* dégénérèrent en exceptions.

II. — L'exception *quod facere potest* subsiste-t-elle lorsque l'obligation change de cause ?

Cette question nous place dans l'hypothèse suivante : un débiteur est tenu d'une obligation pour laquelle il jouit du bénéfice de compétence ; mais cette obligation vient à changer de cause juridique : par exemple, au lieu de provenir comme à l'origine *ex causa donationis*, la dette dérive *ex causa judicati* : il s'agit de savoir si l'exception *quod facere potest* a péri dans cette transformation.

Sur ce point, nous ne trouvons pas de décision générale et nous ne pouvons guère citer que des textes relatifs à des

cas particuliers. Telle est notamment la loi 33, *Pr. de donationibus*, XXXIX, 5.

« *Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutæ pecuniæ non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur : causam enim et originem constitutæ pecuniæ, non judicii potestatem prævalere placuit ; sed et condemnatus ex causa donationis, in actione judicati non frustra desiderat, in quantum facere potest conveniri.* »

D'après cette loi, lorsqu'un donateur, après avoir promis une libéralité sur stipulation, fait ensuite un pacte de *constitut* pour l'exécution de la même libéralité, ce donateur est poursuivi par l'action *pecuniæ constitutæ*, mais de façon à être condamné dans la limite de ses moyens et non à l'intégralité de la donation. En effet, ce qui doit prévaloir en l'espèce, ce n'est pas la portée ordinaire du *judicium*, mais la cause et l'origine du *constitut*. Et alors même qu'il est condamné *ex causa donationis*, ce donateur peut demander avec succès à n'être poursuivi que dans la limite de ses moyens.

L'analyse de ce texte met deux hypothèses en lumière.

Dans la première, on voit un donateur tenu d'abord en vertu d'une stipulation *nover* pour ainsi dire son obligation, par un pacte de *constitut* ; ce pacte donnant naissance à l'action *pecuniæ constitutæ*, on aurait pu croire qu'en présence de cette nouvelle action le donateur était déchu de l'exception *quod facere potest*. Hermogénien, dans la loi précitée, repousse cette idée et déclare qu'on

doit faire prévaloir non pas la nature de l'action, mais la cause originaire de l'obligation. En un mot, toutes ces transformations juridiques ne peuvent l'emporter sur les motifs de convenance ou d'ordre public qui ont valu au débiteur le bénéfice de compétence.

La deuxième hypothèse de notre texte suppose que le donateur n'a pas fait de *constitut* et qu'étant poursuivi par le donataire il s'est laissé condamner *in solidum* faute d'opposer l'exception *quod facere potest*. Quelle est alors la situation du donateur? Hermogénien répond qu'il peut encore opposer l'exception à l'action *judicati*. Or, cette seconde décision est beaucoup plus probante que la première, car le changement survenu dans la cause de l'obligation est bien plus radical. En effet, dans le premier cas, le pacte de *constitut* pouvait avoir pour objet non pas d'anéantir l'action résultant de l'obligation primitive, mais simplement de donner au créancier le choix entre deux actions. Au contraire, quand il s'agit d'un *judicatum*, d'une condamnation prononcée, l'obligation ancienne est anéantie par la *deductio in iudicium* et ne peut plus engendrer l'action qui y était primitivement attachée. Il y a extinction complète du droit antérieur : le changement de cause est radical. Quel que soit pourtant ce changement, la donation a imprimé à l'obligation originaire un caractère qui subsiste dans la nouvelle obligation née du *judicatum* : somme toute, une donation a eu lieu et le donateur doit jouir de l'exception *quod facere potest* dans tous les cas et en dépit de tout changement de cause.



Faut-il restreindre cette décision au cas spécial d'un donateur ou la généraliser au profit de tous ceux qui jouissent du bénéfice de compétence ? Nous inclinons vers la généralisation. En effet, bien que la loi 33, *de donationibus*, restreigne sa décision au cas d'un donateur, on trouve un texte qui l'applique au mari (loi 3 pr., *de pecunia constituta*, XIII, 5).

« *Quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat : quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri, in quantum facere potest, condemnatur.* »

Cette loi établit identité de situation entre le mari qui a fait un pacte de *constitut* pour la restitution de la dot et le donateur dont l'obligation a changé de cause juridique : tous deux continuent à jouir de l'exception *quod facere potest*, le premier contre la femme, le second contre le donataire.

Un autre texte (l. 17, § 2, *soluta matrimonio*, XXIV, 3) complète d'ailleurs cette assimilation en impliquant que le mari peut opposer l'exception *quod facere potest*, même sur l'action *judicati*.

« *Si in iudicio dotis iudex ignorantia juris lapsus, condemnaverit maritum in solidum : Neratius, Sabinus, doli exceptione eum uti oportere, aiunt ; eaque tutum fore.* »

On suppose ici que le juge égaré par une erreur de droit a condamné le mari à la restitution intégrale de la dot. Dans ce cas, lorsque le mari viendra à être poursuivi par l'action



*judicati*, il pourra opposer l'exception générale de dol dans le but de se faire restituer contre la décision du juge et de recouvrer l'exception *quod facere potest*. Bien que notre texte ne soit pas formel, il faut admettre également que le mari qui omet par oubli de faire inscrire l'exception *quod facere potest* dans la formule, peut se raviser ultérieurement et opposer cette exception sur l'action *judicati*. Ce qui vient d'être dit du mari s'applique aussi à la femme, car ils sont tous deux sur le même pied d'égalité par rapport à l'exception *quod facere potest*. Mais nous allons plus loin et nous disons que cette décision s'étend à tous les cas où le débiteur protégé par le bénéfice de compétence a changé la cause de son obligation. En effet, du moment que l'extension est admise pour le mari, nous ne voyons pas pourquoi elle serait rejetée en ce qui concerne les autres débiteurs.

III. *L'exception quod facere potest survit-elle à la novation par changement de créancier?* — Ici nous supposons toujours un changement de cause, mais nous faisons intervenir dans le débat un élément nouveau : le changement de créancier. Par exemple, c'est un donateur qui s'engage sur l'ordre du donataire envers un créancier de ce dernier, soit à l'aide d'un pacte de *constitut*, soit au moyen d'une promesse sur stipulation. Ce donateur pourrait-il opposer l'exception *quod facere potest* au nouveau créancier? Non. Plusieurs textes résolvent la question dans ce sens, entr'autres la loi 33, § 3, *de donationibus*, XXXIX, 5.

« *Si cum Primus donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus ex voluntate tua stipulanti promiserit : perficitur donatio. Et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit : et quidem in solidum, non in id quod facere potest, condemnatur.* »

Voici l'analyse de ce texte : Primus veut vous faire une donation et, de votre côté, vous voulez en faire une à Secundus ; pour abrégé vous dites à Primus : engagez-vous envers Secundus et nous compléterons ainsi deux donations. L'engagement que Primus contracte sur votre désir envers Secundus est l'équivalent d'un changement de cause. Dans cette situation, il s'agit de savoir si Primus actionné par votre donataire en exécution de sa promesse pourra opposer à ce dernier l'exception *quod facere potest* dont il jouissait contre vous. Non, répond Hermogénien, car le rapport de donateur à donataire n'existe pas entre Primus et Secundus, « *quia nihil Primus Secundo donavit.* » Cette décision établit clairement que le changement de cause coïncidant avec le changement de créancier entraîne pour le débiteur la perte du bénéfice de compétence.

Enfin, ajoute le jurisconsulte (loi 33 *in fine*), on suit la même règle lorsque le donateur délégué par le donataire a fait une promesse au créancier de celui-ci. Ce créancier n'est tenu à aucun ménagement envers le délégué ; il a fait sa propre affaire et peut lui dire : « entre vous et moi, il n'y a aucun rapport de donateur à donataire : » « *Idque custoditur, et si delegante eo, qui donationem erat accep-*

*turus, creditori ejus donator promiserit : et hoc enim casu creditor suum negotium gerit. »*

La même décision se retrouve plus formelle et mieux motivée dans la loi 33 *de novationibus*. XLVI, 2.

*« Si Titius donare nihil volens, delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit : non habebit adversus eum illam exceptionem, ut quatenus facere potest, condemnetur : nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur. »*

Ce texte raisonne sur une espèce identique à la précédente. Titius veut me faire une libéralité et de mon côté je veux payer une de mes dettes : pour plus de rapidité, je délègue Titius à mon créancier auquel il fait une promesse sur stipulation. Dans cette hypothèse Titius peut-il opposer au créancier l'exception *quod facere potest*? Nullement, car ce moyen de défense parfaitement équitable contre moi qui demande la chose *donnée*, deviendrait inique contre un créancier qui se borne à réclamer la chose *due*.

Ces solutions sont d'ailleurs confirmées par la loi 41, *Pr. de re judicata*, XLII, 1.

A la vérité, ces différents textes, au lieu d'étendre leur décision à tous les débiteurs qui jouissent du bénéfice de compétence, semblent la restreindre au cas spécial d'un donateur. Cette circonstance fait-elle obstacle à une généralisation? Pas le moins du monde. Si, dans l'espèce, la loi refuse l'exception au donateur pour lequel elle est d'ordinaire si bienveillante, à plus forte raison la refusera-t-elle aux



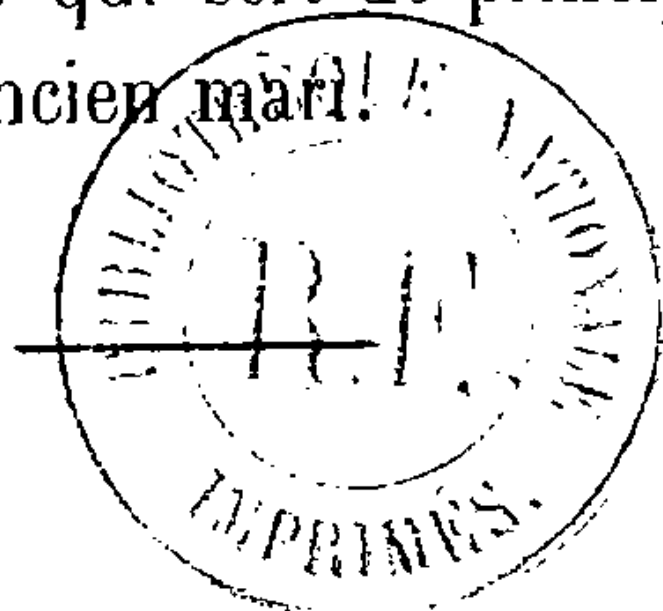
autres débiteurs envers qui elle se montre moins favorable.

Le principe que nous venons de poser fléchit cependant dans certains cas particuliers.

C'est ce qu'on voit notamment dans la loi 32. *Soluto matrimonio*, XXIV, 3.

• *Si prior maritus posteriori dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit, non plus quam id quod facere possit, dotis futurum esse.* »

Deux époux divorcent : le mari devient débiteur de la dot et la femme contracte un nouveau mariage. Voulant se constituer en dot l'apport ancien, la femme délègue le premier mari au second afin qu'il promette à ce dernier de lui restituer la dot primitive. Dans cette hypothèse et malgré le changement du créancier, on admet que le premier mari conserve contre le second l'exception qu'il avait contre la femme. En effet, à combien s'élevait de ce chef l'avoir de la femme ? A la somme que le premier mari aurait pu lui rendre si elle l'avait poursuivi pour son propre compte ; or en l'espèce, la femme demanderesse eût subi la réduction résultant du bénéfice de compétence ; donc elle n'a pu céder au second mari contre le premier plus de droits qu'elle n'en avait elle-même. Cette décision est d'ailleurs conforme à l'idée de ménagement qui sert de principe aux rapports de la femme avec son ancien mari.







## INTRODUCTION

Une vérité qu'on commence à trouver banale, mais dont je veux néanmoins faire le point de départ et la justification de ce livre, c'est que le « dérèglement des mœurs a fait, en France, depuis le commencement de ce siècle, les plus rapides et les plus inquiétants progrès (1). »

La statistique a déjà dressé le bilan de la situation : libertinage dans les centres ouvriers, séduction dans tous les milieux, objections de sophistes contre le mariage, tendance à l'union libre, création de la presse dite pornographique : en dernière analyse, 75,000 enfants naturels par an.

L'incontinence publique étant, selon Montesquieu, la plus grande plaie des États populaires, il est à craindre qu'elle ne nous expose à de redoutables crises au dedans et qu'elle ne compromette au dehors le prestige national déjà fort amoindri. Sur ce dernier point notre réputation serait toute faite, si l'on en juge par cette sanglante invective d'une célèbre étrangère. « Toutes les nations regardent la France comme la grande débauchée du monde (2). »

Émus de ce double danger, des hommes de bonne vo-

1. Sénat, *Annexe au procès-verbal de la séance du 16 février 1878.*

2. Lecour. *La campagne contre la préfecture de police.* Lettre de Mme Butler.



lonté se sont voués à la tâche délicate de rechercher et de signaler au législateur les causes de l'immoralité contemporaine. Je ne crois pas sortir de mon sujet en dépouillant ici le dossier de cette enquête. Comment proposer un remède si l'on ne connaît pas le mal et la source du mal ?

Et, d'abord quelques penseurs éminents prenant la question de haut, n'ont pas hésité à attribuer tout le mal à « la diffusion de certaines doctrines et à l'affaïssement des croyances religieuses (1). » On ne saurait nier, en effet, — et les auteurs d'un récent projet de loi, l'ont reconnu, — que la sévérité de l'Église a opposé longtemps une sérieuse barrière au libertinage. Ces considérations sont fort justes, mais elles nous introduisent dans le domaine de la conscience où le législateur civil a si difficilement accès.

Dans un ordre d'idées moins philosophique, une autre catégorie d'observateurs dénonce la littérature licencieuse comme le principal agent de la corruption populaire. Dernièrement encore, on a vu, à la tribune du Sénat, des orateurs distingués donner un regain d'actualité à cette théorie. « S'il est vrai, disait-on, que la littérature soit le miroir des mœurs, les productions actuelles témoignent les unes par leur immoralité, les autres par leurs avertissements (2). » Devant cette accusation, déjà formulée en d'autres temps, les auteurs incriminés ne se sont point fait faute de plaider *pro domo*. « L'art ne saurait être immoral », a réparti Théo-

1. *Revue générale du droit et de la législation*. 4<sup>e</sup> livraison, juillet-août 1878.

2. *Annexe au procès-verbal de la séance du 16 février 1878*.



phile Gautier (1). « Je ne crois pas aux livres dangereux », s'est écrié Ernest Feydeau (2). « Il y a des lecteurs aux constitutions robustes et des lecteurs aux constitutions affaiblies », a ajouté un critique (3).

Ces boutades sont ingénieuses et l'esprit s'y laisserait volontiers séduire, mais la froide raison préfère se ranger au sentiment moins paradoxal des hommes positifs à qui leur profession permet de contrôler chaque jour les dénouements du roman par ceux de la vie réelle. Or, pour en citer des exemples, tout le monde se rappelle qu'au cours d'un procès récent et célèbre, M<sup>e</sup> Rousse, de l'Académie Française, n'a pas craint de présenter l'immoralité des lectures comme un argument puissant pour conclure à l'immoralité des lecteurs (4). Voici d'autre part en quels termes s'exprime un autre écrivain sinon académicien, du moins avocat comme M. Rousse. « Un livre immoral paraît et tombe entre les mains d'une jeune fille qui le dévore en une nuit : le public dit qu'un grand succès a été obtenu, moi je dis qu'un grand crime a été commis (5). » Il connaissait aussi le cœur humain, le séducteur qui formulait, dit-on, ses procédés de conquêtes dans l'axiome suivant (6) : « Dissoudre avec George Sand, corrompre

1. Préface de *Mademoiselle de Maupin*.

2. Préface de *Un début à l'Opéra*.

3. Marius Topin. *Les romanciers contemporains*.

4. *Affaire Santerre*.

5. *Les élections à l'Académie française*, p. 24 : Paris, Dentu.

6. A. de Pontmartin. *Nouveaux samedis*, 18<sup>e</sup> série.

avec Balzac. » J'estime donc que la littérature a sa part de responsabilité dans la décadence morale que nous constatons.

Mais il est une troisième école dont les adeptes fort nombreux, énoncent des griefs plus précis et attribuent à cette décadence une cause plus immédiate et plus palpable. A leurs yeux le mal est là où aurait dû être le remède : le Code civil, voilà le premier coupable. Jamais peut-être on ne vit pareil réquisitoire : tous jettent à la face de la loi, l'accusation de cynisme et d'immoralité ; d'aucuns même désignent avec une incroyable précision les articles incriminés. Et, coïncidence bien saisissante ! ce sentiment est partagé non-seulement par ceux qui subissent la loi, mais encore par ceux qui l'interprètent, par ceux qui l'appliquent, par ceux qui la font.

Écoutons d'abord ceux qui font la loi.

« La loi actuelle, s'écrient d'honorables sénateurs, semble dire à l'homme : Tu peux t'abandonner à tes caprices, multiplier tes fantaisies ; qu'aucune crainte ne t'arrête dans le cours de tes plaisirs ! Eusses-tu employé la fraude et prodigué les serments, eusses-tu donné le jour à un être formé de ton sang, je t'absous de ton indignité (1). »

Même indignation, mêmes griefs chez les jurisconsultes les plus célèbres.

« Le nouveau droit, déclare M. Laurent, donne un brevet d'impunité à la canaille en gants jaunes (2)...

1. *Proposition de loi relative à la recherche de la paternité.*

2. *Principes de droit civil français*, t. III, p. 437.

Si le Code a cru réprimer le concubinage, il s'est singulièrement fait illusion. Le nombre des enfants naturels, adultérins, incestueux n'est pas allé en diminuant (1). »

« Je me présente, dit M. Accolas, au nom de cinquante mille enfants naissant chaque année privés d'état-civil, le plus grand nombre, par le crime de leurs parents aidés de la complicité de la loi » (2).

« Certainement, affirmait M. Valette, la règle de l'article 340 ne peut avoir aucune influence pour détourner du commerce illicite. Bien loin de là, cette règle doit avoir, comme l'expérience le prouve, un résultat entièrement opposé » (3).

« L'article 340, ajoutait le doyen de la Faculté de droit de Paris, est le résultat d'une réaction excessive contre l'ancienne législation : il est injuste, il est funeste dans ses conséquences, il n'est pas fondé en droit » (4).

« S'il est une loi qui m'a paru la honte de la civilisation, disait Jules Favre, c'est celle qui interdit la recherche de la paternité, qui met le sexe le plus faible à la discrétion du plus fort, et qui permet à l'homme de chasser celle qu'il a séduite, avec le fruit de ses entrailles » (5).

Si nous quittons les hommes qui font ou interprètent la loi pour consulter les magistrats qui l'appliquent, la ré-

1. *Principes de droit civil français* t. IV, p. 5.

2. Accolas. *Les enfants naturels*, bibl. démoc. p. 8.

3. Valette sur Proudhon. T. II, p. 131.

4. M. Beudant, *Cours de 1879*.

5. Le journal *le Droit*, n° du 26 mars 1864.



ponse n'est pas moins alarmante. Qu'on en juge par cet acte d'accusation qu'un éloquent avocat général fulmine contre l'article 340 :

« N'y a-t-il pas dans l'article 340 une des causes innombrables de notre décadence, des malheurs publics, des plus épouvantables désastres ? »

Peut-être va-t-on me reprocher de présenter ici, comme une armée, un maigre noyau de partisans recrutés, à grand renfort de recherches bibliographiques. Qu'on se détrompe ! Je n'ai pas eu la prétention de faire un dénombrement de troupes. Tout au plus ai-je cité, à titre de spécimen, la millième partie des critiques que je rencontre depuis longtemps dans la plupart des traités relatifs à l'état des personnes. Déjà, à une époque où l'enfant naturel ne faisait pas encore l'objet spécial de mes études l'abondance et la gravité des griefs formulés contre la loi, m'inspiraient de temps à autre d'involontaires préventions. Je me demandais par exemple, si le premier consul a posé un principe juste en matière de filiation naturelle, si le législateur ne s'est pas montré trop sévère pour l'acte de reconnaissance, s'il a eu raison de n'accorder qu'aux enfants légitimes le bénéfice de la possession d'état etc.

Telles étaient les réflexions que me suggérait la lecture des livres de droit. Mais ce n'est pas tout. Lorsqu'il m'arrivait de chercher une distraction à ces travaux arides dans les œuvres plus récréatives des littérateurs en vogue, des romanciers, des auteurs dramatiques, des journalistes : je me retrouvais face à face avec l'enfant naturel ; le héros du

roman, le sujet de l'article, le titre de la pièce, c'était encore l'enfant naturel ; le grand problème agité dans le livre et sur la scène c'était toujours l'état-civil de l'enfant naturel ; là comme ailleurs j'entendais les mêmes protestations, les mêmes cris de révolte contre la loi. En veut-on deux ou trois exemples entre mille ?

Écoutons d'abord M. Dumas fils : « La loi dit à l'homme : Prends le plaisir, laisse le mariage, c'est une chaîne ; laisse l'enfant, c'est une charge ; et recommence avec d'autres femmes tant que tu pourras » (1).

Que dit le Code ? demande à son tour M. Legouvé. « Toute séduction est impunie. Toute promesse de mariage est nulle. Les enfants naturels restent à la charge de la mère. Un tel abandon de la pudeur publique ne se rencontre chez aucun peuple civilisé, ni même barbare » (2).

« La loi actuelle, affirme le père Toulemont, amnistie et par là même favorise un des plus grands crimes qui se puissent commettre contre la loi divine et l'ordre social, la *séduction* (3). »

« La loi française qui n'impose aucun devoir à l'homme est-elle juste et humaine ? » ajoute M. Assolant (4).

Et M. Alexandre Weill : « Elle n'a pas peu contribué à la dépravation des mœurs cette maxime : la recherche de la paternité est interdite (5). »

1. *Les femmes qui tuent* p. 70.

2.-*Histoire morale de la femme*, p. 62, 63.

3. *Études religieuses, philosophiques et historiques*. Février 1874.

4. *Le droit de la femme*.

5. *Que deviendront nos filles ?* p. 159.

Chose curieuse ! ce ne sont pas les hommes seuls que passionne ce grave débat : les femmes à leur tour veulent y prendre part et elles ne sont ni les dernières ni les moins ardentes à s'insurger contre ce qu'elles appellent « les turpitudes de la loi. » Leur polémique affecte même un ton violent qui la distingue de toutes les autres.

Ici, c'est encore M<sup>me</sup> Butler. « Vous encouragez les vices des jeunes hommes, vous augmentez l'immoralité de la France (1). »

Là, c'est M<sup>lle</sup> L. Audebert : « En vous armant de la loi contre nous, c'est notre faiblesse que vous exploitez et voilà pourquoi vous êtes des lâches,... des lâches... des lâches !... (2). »

Plus loin c'est M<sup>me</sup> Maria Deraismes : « Si le nombre des prostituées est grand, le nombre des prostitués l'est bien plus. Mais l'homme sur ce point est irresponsable (3). »

Citons encore M<sup>lle</sup> J. Mallet : « Dans les prisons de femmes, l'homme consciencieux, en contemplant tant de jeunes filles, dont les joues creuses portent l'empreinte de la lutte, de la souffrance, de la misère et du vice, doit sentir la rougeur lui monter au front et le remords lui serrer le cœur, car il se dira : *Voilà nos victimes* (4) ! »

Ce n'est pas sans dessein que j'accumule ainsi les cita-

1. Lecour. *La campagne contre la préfecture de police*. Lettre de M<sup>me</sup> Butler.

2. *Le livre des femmes*, p. 131. Bibl. démoc.

3. *Le livre des femmes*, p. 125. Bibl. démoc.

4. *Les femmes en prison*, p. 110.



tions. De cette unanimité de sentiment entre gens de loi et simples littérateurs résulte un grave enseignement dont le législateur futur doit tirer profit. Pour mon compte, c'est en constatant cet accord entre esprits si dissemblables de tempérament et d'aptitude que j'ai éprouvé les premiers symptômes de scepticisme juridique et que j'ai conçu la première idée de ce livre. Il m'a paru intéressant de vérifier sur les textes eux-mêmes la justesse des récriminations qu'ils ont soulevées. L'étude scientifique des principes et des textes est par moments très aride, mais elle est indispensable à quiconque tient à se prononcer avec quelque compétence sur la valeur morale de la loi et sur les modifications dont elle pourrait être l'objet. La maternité n'étant pas en cause dans les critiques énumérées plus haut, je l'ai laissée hors du débat. J'ai donc repris une à une, en les considérant seulement sous le rapport de la paternité, les diverses preuves mises à la disposition des hommes pour la constatation de leur état, et je me suis demandé ce que devenaient ces preuves entre les mains des enfants naturels. Le présent ouvrage n'est pas autre chose que le résultat de cette comparaison. Il se divise naturellement en trois chapitres qui ont chacun pour intitulé le nom d'une des preuves que j'étudie.

Le chapitre premier *De la reconnaissance* est consacré à ce qu'on pourrait appeler l'enfant naturel *privilegié*, c'est-à-dire né de parents qui l'ont reconnu ou ont cru le reconnaître. Or, comme on le verra, cette situation toute privilégiée qu'elle soit, ne laisse pas d'être fort précaire



dans un grand nombre de cas. Souvent le père sait à peine lire et écrire ; n'importe, la moindre erreur du droit qui lui échappe retombe sur son enfant. Incompétence de l'officier public, défaut d'authenticité, absence de spécialité, que de causes susceptibles de compromettre le sort d'une reconnaissance ! Or, une reconnaissance irrégulière ne produit aucun effet juridique : elle ne constate ni l'état-civil ni les droits qui en dérivent ; elle n'engendre pas même l'obligation alimentaire. Bien plus, l'acte formel par lequel le père s'engage à pourvoir aux besoins de son enfant n'oblige ni le père ni ses héritiers. Telle est la rigueur des principes.

Dans le chapitre second *De la possession d'état*, je prends l'enfant naturel à un degré inférieur : le père, par oubli et le plus souvent par ignorance, a omis de souscrire l'acte de reconnaissance prescrit par la loi ; mais il a donné son nom à l'enfant, il l'a toujours traité en fils, il l'a présenté comme tel à sa famille et à ses amis. Vaine précaution ! Ce père plus honnête homme que jurisconsulte est coupable d'avoir ignoré l'article 334 : l'enfant reste, bon gré, mal gré, fils de père inconnu. Je montrerai par l'échec d'une célèbre tentative juridique, que le Code se refuse à admettre une paternité que les faits publient cependant avec tant d'éloquence.

Enfin, un troisième et dernier chapitre nous présente l'enfant naturel dans la condition la plus dure et cependant la plus commune. Le séducteur, fidèle aux traditions du rôle, a délaissé la mère dès les premiers symptômes de la

grossesse et refuse formellement de reconnaître son fils. Alors, ce n'est pas seulement l'état qui manque à l'enfant, ce sont les premiers soins ; selon le mot d'un auteur contemporain, il n'a pas même ce que la nature accorde aux animaux. Pour que le Code le prenne sous sa protection, il faut que la mère ait été victime d'un enlèvement et que cet enlèvement coïncide avec l'époque de la conception. Or, c'est là une ressource à peu près illusoire, car l'enlèvement est un préliminaire d'amour si peu en rapport avec notre état avancé de civilisation qu'il n'a guère fourni depuis 1804 qu'une seule déclaration de paternité aux recueils de la jurisprudence.

En revanche un procédé très fréquent c'est la séduction. Dans une page célèbre bien connue du lecteur, M. Legouvè ne nous donne qu'une faible idée des ravages qu'elle exerce en France.

« Si l'on nous disait qu'il existe un pays où la chasteté est mise à si haut prix pour les femmes qu'on l'appelle leur honneur ; si l'on ajoutait qu'une faute lorsque la femme est mariée la conduit devant les tribunaux, lorsque la femme est servante la fait chasser, lorsque la femme est ouvrière l'exile de la manufacture, lorsque la femme est riche la condamne au célibat ; si l'on nous apprenait que, chez ce peuple, la jeunesse des hommes n'a presque qu'un but, ravir cette vertu aux femmes ; que tous, pauvres et riches, beaux et laids, nobles et roturiers, jeunes et vieux, poussés ceux-ci par l'ardeur des sens, ceux-là par l'ennui, d'autres

par la vanité, se précipitent à la poursuite de cette vertu comme des limiers sur une bête de chasse.... (1) »

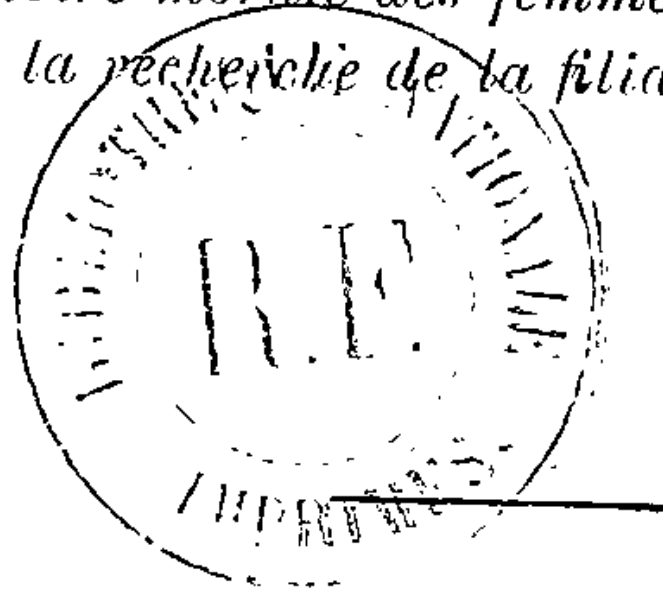
La séduction varie ses armes à l'infini, mais la plus puissante de toutes, celle qui fait le plus de victimes, c'est la promesse de mariage. Et cela se comprend aisément.

« Quelle est la jeune fille qui ne pense au mariage ? nous dit M. Jonnesco. Le mariage est son rêve, son désir constant, la seule manière pour elle d'entrer dans la vie. Quand on pense à l'attrait que ce mot exerce sur les perverses qui à leurs heures rêvent une certaine réhabilitation, comment douter que, sur les âmes jeunes, ce mot ne produise une impression telle que la raison s'égare et que la fille visant à l'avenir oublie le souci de l'heure présente (2). »

Or, c'est surtout en matière de séduction que la loi me paraît impitoyable pour la femme et pour l'enfant et que je demande des réformes.

1. Légouvé. *Histoire morale des femmes*, p. 61 et 62.

2. Jonnesco. *De la recherche de la filiation naturelle*, p. 196.





# DES PREUVES DE LA PATERNITÉ NATURELLE



---

## DIVISION DU SUJET

Le titre qu'on vient de lire suffit, je crois, à déterminer d'une manière précise le cadre dans lequel j'ai à me mouvoir : il indique, d'une part, que je ne m'occupe ici que de la filiation naturelle à l'égard du père et d'autre part, que j'exclus de mon sujet la filiation adultérine et incestueuse. J'aurais pu, sans doute exprimer cette dernière idée en ajoutant au titre un mot de plus : « paternité naturelle *simple* » mais j'ai pensé que l'expression dont je me sers était suffisamment claire par elle-même. En effet, quand le Code parle d'enfants naturels nés de personnes qui ne sont ni mariées ni parentes, il ne prend pas la peine de les qualifier d'enfants naturels simples. L'expression *enfants naturels* désigne en général les enfants dont la naissance hors mariage est exempte d'adultère ou d'inceste ; et ce n'est qu'exceptionnellement que les textes (art. 161 et 908) l'appliquent aux enfants adultérins et incestueux.

La constatation de la paternité naturelle simple, voilà le cadre précis de mon sujet. Quel que soit pourtant mon désir de rester dans la question, le laconisme de la loi en matière de filiation naturelle m'oblige à tenter sur le terrain de la filiation légitime une excursion sans laquelle ce travail deviendrait inintelligible.

A mon avis, une méthode s'impose à tout auteur qui aborde cette difficile matière : elle consiste à établir, au point de vue des preuves, une comparaison entre la filiation légitime et la filiation naturelle et à rechercher quel est l'esprit de la loi dans chaque hypothèse et par quelles dispositions cet esprit se traduit.

Après avoir fait ce parallèle l'interprète est à même de savoir s'il doit raisonner par analogie et combler, à l'aide des modes de preuve adoptés pour la filiation légitime, les lacunes que présente la loi dans la section relative à la constatation de la filiation naturelle.

Et d'abord, en ce qui concerne la filiation légitime, l'esprit de la loi n'est pas douteux. Le premier consul l'a formulé nettement en déclarant devant le Conseil d'État que « la société n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants légitimes soit mise en question. » Partant de ce principe, les rédacteurs du Code favorisent la légitimité à tel point qu'ils l'admettent parfois sur de simples fictions, telles que la présomption *pater is est* et les présomptions relatives à la durée maximum et minimum des grossesses.

Cet esprit se traduit dans les textes par des dispositions fort libérales. Ainsi le chapitre II, spécialement consacré aux

*preuves de la filiation des enfants légitimes*, nous apprend que cette filiation peut être établie de trois manières : 1° par le *titre*, c'est-à-dire par l'acte de naissance ; 2° par la *possession* de l'état d'enfant légitime, possession qui résulte de ce que l'enfant a toujours porté le nom du père, de ce que le père l'a toujours traité comme son fils, de ce qu'il a toujours été considéré comme tel dans la société et dans la famille ; 3° par la *preuve testimoniale* subordonnée soit à un commencement de preuves par écrit, soit à l'existence de présomptions ou d'indices graves.

L'individu qui veut prouver sa qualité d'enfant légitime n'est d'ailleurs pas libre de choisir à son gré entre le *titre*, la *possession* et la *preuve testimoniale* ; ces trois modes n'existent pas simultanément au profit du demandeur ; ils se suppléent les uns les autres. Le titre est le mode normal : ce n'est qu'à défaut du titre que la possession d'état est admissible et ce n'est qu'en l'absence de titre et de possession d'état qu'il y a lieu de recourir, à la preuve par témoins.

Tels sont l'esprit et le texte de la loi en fait de filiation légitime.

Tout autre est le système qui régit la filiation naturelle. En cette matière la loi part d'un principe diamétralement opposé au précédent. C'est encore Bonaparte qui le formule avec son absolutisme ordinaire. « L'État, dit-il, n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée (1). » De là, mille sévérités : l'enfant naturel va être

1. « Nulle part, dit M. Accolas, l'influence de ce génie pervers ne s'est



traité avec une rigueur jusqu'alors inconnue dans nos lois et qui lui rendra presque impossible la preuve de son état. Loin de forcer les parents à remplir envers l'enfant les devoirs qu'ils ont moralement contractés en lui donnant le jour, on les laissera libres de rompre à leur gré le lien du sang et de se soustraire par l'abandon aux conséquences de leur faute. En un mot, on ne fera rien pour l'enfant : son sort dépendra uniquement du caprice de ses père et mère.

Tel est l'esprit de la loi, telles sont les conséquences rigoureusement contenues dans le principe posé par le premier consul. Reste à savoir si le législateur a fait passer toutes ces conséquences dans les textes. C'est ce que va nous apprendre l'examen du chapitre III *Des enfants naturels*. La section II de ce chapitre est intitulée : *De la reconnaissance des enfants naturels*, ce qui semble déjà impliquer que l'enfant naturel n'a de filiation qu'autant qu'il est reconnu. En effet, je ne retrouve plus dans cette section les trois modes de preuve précédemment énumérés : pas un mot sur l'acte de naissance, sur la possession d'état, sur la preuve testimoniale. Que penser de ce silence ? Le législateur procède-t-il par élimination ou par renvoi ? Telle est la question capitale qui domine notre sujet et sur laquelle se sont longuement étendus tous les interprètes du Code civil. A mon tour, je vais me mettre en devoir de la résoudre, par voie de comparaison partielle, dans trois chapitres distincts qui traite-

mieux attestée que dans la discussion des articles relatifs à la filiation naturelle » (*Les enfants naturels*, p. 39).



ront, le premier *Du titre*, le second *De la possession d'état* et le troisième *De la preuve testimoniale* ou *De la recherche de la paternité naturelle*. J'étudierai successivement ces différents modes de preuve et, à propos de chacun d'eux, j'examinerai s'il s'applique à la filiation naturelle aussi bien qu'à la filiation légitime.

Toutefois, afin d'indiquer dès à présent l'esprit de mon travail, je crois devoir dire, d'une manière générale, qu'il n'y a aucun moyen de combler les lacunes du Code en matière de filiation naturelle en appliquant, par analogie, les textes relatifs à la filiation des enfants légitimes. L'argumentation analogique n'est, en effet, admissible qu'à une seule condition : il faut qu'il y ait de part et d'autre même motif pour se décider, il faut que la matière que l'on veut compléter soit régie par les mêmes principes que celle à qui on fait les emprunts. Or, tel n'est point le cas de la filiation légitime et de la filiation naturelle, puisque la première est réputée favorable à l'ordre public, tandis que la seconde est considérée comme un danger pour l'État.

## CHAPITRE I

### DE L'ACTE DE RECONNAISSANCE OU DU TITRE

#### I. — *L'acte de reconnaissance est le titre de l'enfant naturel.*

Pour l'enfant légitime, le titre, avons-nous dit, c'est l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil, parce que l'article 57 veut que les noms des père et mère soient énoncés dans cette pièce. Cette disposition s'applique-t-elle à la constatation de la paternité naturelle ? Nullement. En effet, tout le monde est d'accord que le nom du père ne doit être, ni déclaré, ni, par suite, inscrit dans l'acte de naissance. Quel est donc le titre pour l'enfant naturel ? Le premier article de la section II va nous l'apprendre : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. » Ce texte tranche la question : il nous indique le seul cas où l'acte de naissance fait foi de la filiation naturelle. Ce cas, c'est celui où l'enfant a été reconnu dans l'acte.

En définitive, que prouve l'acte de naissance de l'enfant ? Rien, sinon qu'un enfant est né. Cette solution est conforme aux principes. Effectivement quand l'officier de l'état-civil

reçoit des déclarations, l'acte qu'il dresse ne fait pas foi de la sincérité de ces déclarations, il constate seulement le fait matériel de ces déclarations. Si la loi tient ces déclarations pour sincères lorsqu'elles ont pour objet un enfant légitime, c'est parce qu'elle favorise la légitimité. Quant à l'enfant naturel, elle le traite avec défiance ; une simple déclaration ne lui suffit pas ; elle exige un aveu du père et de la mère et nul ne peut, en l'absence de cet aveu, lui attribuer une paternité ou une maternité quelconques.

En d'autres termes, l'acte de naissance qui n'est pas corroboré par une reconnaissance formelle, faite, soit par les parents, soit par des tiers munis à cet effet d'une procuration authentique, ne prouve que le fait simple de la naissance, à savoir le jour et le lieu où l'enfant est né, le sexe auquel il appartient et le nom qui lui a été donné. En vain, l'acte contiendrait-il les noms du père et de la mère : de semblables indications sont dénuées de toute force probante : elles sont nulles parce que l'acte de naissance d'un enfant naturel n'est point destiné à les renfermer, parce que les déclarants n'ont pas qualité pour les faire, ni les officiers publics pour les recevoir. En un mot, sauf le cas d'aveu, cet acte ne doit point indiquer la mère et encore moins le père de l'enfant. Cette prohibition est facile à expliquer : la naissance d'un enfant en mariage est honorable pour les parents qui n'ont aucun intérêt à la dissimuler : la grossesse de la femme mariée est le plus souvent notoire, et la paternité du mari résulte de la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Par suite, les noms des père et



mère doivent figurer dans l'acte et la déclaration que font à ce sujet les témoins de l'accouchement ne doit pas paraître suspecte à l'officier de l'état civil.

Mais tout est bien différent lorsqu'au lieu d'un enfant légitime, c'est un enfant naturel qui vient au monde. La naissance de cet enfant étant le résultat d'une faute que ses auteurs ont intérêt à tenir secrète, le témoignage des déclarants n'offre plus la même garantie. Pourquoi mentionner alors le nom du père ou de la mère ? Ni l'un ni l'autre ne peuvent être désignés avec certitude : la femme parce qu'elle cherche à cacher son déshonneur, l'homme parce qu'il ne tombe plus sous le coup d'une présomption légale ayant pour effet de dissiper les doutes qui planent toujours sur le fait mystérieux de la paternité. L'insertion de leurs noms dans l'acte de naissance n'a de valeur qu'autant qu'elle est motivée par une reconnaissance régulière. D'où je conclus que, pour l'enfant naturel, le véritable titre, c'est l'acte de reconnaissance.

## II. — *De la reconnaissance.*

Le plus ancien document que l'on puisse citer sur la reconnaissance est un édit d'Henri II, contre le recélé de grossesse et d'accouchement :

« Estant deuëment advertis d'un crime très énorme et exécrable, fréquent en nostre royaume, qui est que plusieurs femmes ayans conceu enfans par moyens deshonestes ou autrement, persuadées par mauvais vouloir ou

conseil, déguisent, occultent et cachent leur grossesse sans en rien découvrir et desclarer. Et advenant le temps de leur part et délivrance de leur fruict, occultement s'en délivrent, puis le suffoquent, meurtrissent, et aultrement suppriment, sans leur avoir fait impartir le saint sacrement de baptême. Ce fait, les jettent en lieux secrets et immorales, ou enfouissent en terre profane, les privans par tel moyen de la sépulture coustumière des chrestiens.

« De quoi étant prévenuës et accusées par devant nos juges, s'excusent, disans avoir honte de déclarer leur vice, et que leurs enfants sont sortis de leur ventre morts sans aucune apparence de vie....

« Scavoir faisons que nous désirons extirper et du tout y faire cesser les dits exécrables et énormes crimes, vices, iniquitez et délicts, et oster les occasions et racines d'iceux d'oresnavant commettre, avons dit statué et ordonné par édit perpétuel :

« Que toute femme qui se trouvera deuëment atteinte et convaincue d'avoir celé tant sa grossesse que son enfante-ment, sans avoir déclaré l'un ou l'autre, et avoir prins de l'un ou de l'autre témoignage suffisant, mesme de la vie ou de la mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre, et après se trouve l'enfant avoir été privé, tant du saint sacrement de baptême, que sépulture publique et accoustumée, soit telle femme tenue et réputée d'avoir homicidé son enfant, est pour réparation punie de mort et dernier supplice. »

Le but de cette ordonnance, comme l'indique son inti-

tulé, était d'empêcher la suppression de part, mais il se trouva qu'elle assurait la constatation de la filiation naturelle, car une déclaration de grossesse ou d'accouchement faite par la femme est une *reconnaissance* d'enfant.

Au surplus, si je me reporte à ce document, c'est dans un pur intérêt historique et à seule fin de montrer l'origine première de la reconnaissance. A part cela, l'ordonnance de 1556 ne se rattache qu'indirectement à la présente étude, dans laquelle je me propose de déterminer les preuves de la filiation naturelle à l'égard du père seul et non à l'égard de la mère. Ce texte est spécial à la femme : à elle seule, il impose l'obligation de déclarer la grossesse ; l'officier public ne peut l'obliger à nommer le père de l'enfant. Cette dernière décision ressort d'un arrêt du parlement de Rennes, en date du 28 mars 1637, faisant droit sur la prise à partie de certains juges, qui avaient poursuivi extraordinairement une fille pour n'avoir point déclaré le père de son enfant.

L'aveu tel qu'il résulte de l'ordonnance de 1556, n'était d'ailleurs qu'un cas particulier de reconnaissance. La reconnaissance pouvait se faire en justice ou par acte extrajudiciaire. Cet acte extra-judiciaire était le plus souvent un acte authentique tel que l'acte de baptême ou l'acte de mariage, mais rien ne s'opposait à ce que la reconnaissance fût faite par acte sous-seing privé.



III. — *Du caractère personnel de la reconnaissance.*

La reconnaissance d'un enfant naturel de la part du père (car je n'ai à m'occuper que de celui-ci) est l'avèu qu'un homme fait de sa paternité. Cet avèu a un caractère tout personnel. Du moment que la recherche de la paternité est interdite, la filiation naturelle à l'égard du père ne peut être constatée que par le libre avèu de celui-ci. On ne veut même pas qu'un ascendant intervienne dans un avèu que le père seul peut faire en connaissance de cause. Nul autre ne peut, sans mandat, faire cette reconnaissance aux lieu et place du père : ni le père au nom de son fils, ni le tuteur au nom du mineur ou de l'interdit. Ce principe entraîne dans la pratique des conséquences fort rigoureuses. On en trouve un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 11 juillet 1826. Voici l'espèce : le père d'un enfant naturel simplement conçu meurt au moment où il se dispose à contracter mariage avec sa concubine. Le père du défunt déclare à l'officier public la naissance de l'enfant posthume et le reconnaît comme son petit-fils : pour plus de sûreté l'aïeul renouvelle cette déclaration dans un acte spécial. La reconnaissance ainsi faite sera-t-elle valable et l'enfant naturel pourra-t-il prétendre à la succession du grand-père ? Non, répond l'arrêt précité : il n'y a pas de reconnaissance, donc pas de filiation, pas d'hérédité.

Je viens de montrer que le père a seul qualité pour re-



connaître son enfant naturel, j'ajoute maintenant, afin de mettre en pleine lumière le caractère personnel de cet aveu, que la reconnaissance du père n'est subordonnée à aucun témoignage étranger.

Ce principe n'a cependant pas été admis sans discussion. On agita longuement la question de savoir s'il convenait d'autoriser la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère. L'homme, disait-on, ne pouvant jamais par lui-même être certain de sa paternité, n'est-il pas rationnel de ne considérer sa reconnaissance comme valable qu'autant qu'elle aura été sanctionnée par les affirmations de la mère? A défaut de cette précaution, quel scandale! Le premier venu ne sera-t-il pas libre de se déclarer père d'un enfant déjà reconnu par une femme avec laquelle il n'a eu aucune relation? Or, croit-on qu'il soit indifférent à une jeune fille de bonne famille de passer pour avoir eu un enfant naturel avec le premier gredin qui se présentera? Ne doit-on pas d'ailleurs éviter un résultat désastreux au point de vue de la morale publique, ne doit-on pas éviter avec soin qu'un enfant naturel soit reconnu simultanément par plusieurs hommes trompés tous à la fois par la mère?

Ces arguments impressionnèrent la section de législation qui les condensa dans un projet d'article ainsi conçu :  
« Toute reconnaissance du père seul, *non avouée* par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère, sans préjudice néanmoins de la preuve de la maternité et de ses effets contre la mère seulement. »

Ce système subordonnait entièrement la reconnaissance du père à l'aveu de la mère. Il ne fallut pas un long examen pour faire ressortir les inconvénients qu'il présentait au point de vue de l'intérêt de l'enfant. Une foule de circonstances pouvaient empêcher la mère de fournir au père cet aveu confirmatif : si elle s'est mariée avec un autre homme, la crainte de blesser son mari par la révélation d'une ancienne faute ; si elle est encore célibataire, la crainte de ne pas trouver un établissement convenable ; dans l'un et l'autre cas la répugnance bien naturelle qu'elle éprouve à compromettre sa réputation et l'honneur de sa famille. En admettant même qu'elle soit disposée à braver tous ces préjugés, d'autres causes telles que la mort, l'absence, l'aliénation mentale, seront parfois, au grand détriment de l'enfant, des obstacles péremptoires à toute reconnaissance de la part de l'homme. Et d'ailleurs, au point de vue physiologique, l'aveu de la mère, sur la question de paternité est-il si probant qu'on paraît le croire ? Dans le cas où elle a eu des rapports avec plusieurs hommes, ne peut-elle pas ignorer elle-même, quel est le père de l'enfant ? Alors pourquoi faire dépendre la reconnaissance du père d'un aveu si chanceux et si peu concluant. Ce système n'est-il pas contraire tout à la fois au droit et au devoir qu'a le père de reconnaître son fils, ainsi qu'au droit et aux intérêts de l'enfant qui risque de ne pas être reconnu, si la mère refuse son aveu ?

Ces objections parurent fondées. On substitua à l'article attaqué un nouvel article dont voici la teneur : « La re-

connaissance du père, si elle est *désavouée* par la mère, sera de nul effet. » Cette règle était préférable à la première, en ce sens qu'elle ne rendait plus l'enfant victime du silence de la mère. La plupart des inconvénients signalés plus haut étaient écartés : la crainte du déshonneur, la mort, l'absence, la folie n'étaient plus à redouter chez la femme : ce n'est pas en se taisant qu'elle compromettait la reconnaissance du père, c'est en parlant, c'est en publiant sa faute ; or le soin jaloux qu'elle a ordinairement de sa réputation rendait peu probable une telle éventualité.

Cet raisonnement péchait en un point. Si l'indifférence, la mort ou la folie de la femme n'étaient plus à craindre, on pouvait être exposé à sa haine. L'expérience est là pour montrer qu'à l'heure de la désillusion un mépris réciproque succède le plus souvent à ces amours d'aventure. Sous le coup du dépit, la femme est capable de tout, elle s'oubliera jusqu'à opposer par esprit de vexation un désaveu injuste à la reconnaissance d'un père soucieux d'accomplir son devoir. Est-il équitable alors de rendre le père et l'enfant victimes des vengeances de la mère ?

Cet inconvénient n'échappa point aux rédacteurs du Code, car ils proposèrent la règle suivante qui est la proclamation très nette du principe de la personnalité de l'aveu : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. »

Cette rédaction était claire et conforme aux principes en matière d'aveu ; elle impliquait, d'une part, que chacun ne pouvait faire la reconnaissance que pour son propre



compte, et d'autre part, que chacun pouvait faire la reconnaissance, à lui tout seul, indépendamment de toute indication et de tout aveu de la part de l'autre. On aurait donc dû s'en tenir à la rédaction que je viens de citer. Malheureusement les membres du Conseil d'État, préoccupés des rédactions précédentes, ont cru devoir les rejeter formellement, en insérant, au milieu de la phrase, cette parenthèse explicative : *sans l'indication et l'aveu de la mère*, dont on peut constater la présence dans l'article 336. Cette modification nuit à la clarté de la règle, mais elle ne dénote en aucune façon un changement de système. Si le changement eût porté, non sur la forme, mais sur le fond, les travaux préparatoires l'indiqueraient. Or, les procès-verbaux des séances sont muets et les discours des tribuns et des conseillers d'État montrent que l'article 336 ne tend qu'à consacrer le principe de la personnalité de l'aveu.

Duveyrier déclare que le père doit avoir le droit de reconnaître l'enfant, sans être tenu de produire, à l'appui de sa reconnaissance, la déclaration, l'aveu ou même la désignation de la mère. De son côté, Bigot-Préameneu proclame le principe de l'individualité de la reconnaissance en démontrant que la loi a dû donner au père le droit de reconnaître l'enfant sans attendre l'aveu de la femme dont il est né.

En faisant connaître quel est, en stricte doctrine, le sens de l'article 336, j'ai implicitement réfuté le système que la jurisprudence greffe sur ces mots : *sans l'indication et l'aveu de la mère*.

Réduit au sens qu'on indique, objecte la jurisprudence, cet article n'est que la formule inutile d'un principe élémentaire déjà admis. Si on l'a inséré dans le Code, c'est qu'il a un autre sens que le sens littéral. Et alors, s'emparant de la phrase incidente : *sans l'indication et l'aveu de la mère*, les tribunaux arrivent, à l'aide d'un raisonnement par *a contrario*, à donner à ce texte une signification et une portée considérables. « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Cet article, dit-on, contient deux solutions : l'une directe, évidente et inutile à mettre en lumière, l'autre indirecte et applicable à l'hypothèse inverse, c'est-à-dire à une reconnaissance du père accompagnée de l'indication et de l'aveu de la mère. Or, ajoute-t-on, c'est cette dernière solution qui a surtout préoccupé le législateur ; du moment que le père indique la mère, il faut conclure que cette indication prouve la maternité, si la mère l'avoue d'une manière quelconque. Et comme le Code ne dit rien de tel à l'égard de la mère, on doit admettre également que la mère n'a pas le droit de désigner le père dans la reconnaissance qu'elle fait pour son propre compte. Si bien que, d'après ce système, la loi accorderait plus de confiance à la déclaration du père qu'à celle de la mère. ) X

Telle est aujourd'hui dans la pratique l'interprétation constante de l'article 336. Plusieurs auteurs s'y sont ralliés et dernièrement encore la Cour de cassation a statué (dans ce sens (Arrêt de cassation du 30 novembre 1868. Dalloz 69, I, 21).

Cette interprétation donne une grande importance à l'article 336 ; elle conduit à un résultat très raisonnable qui corrige la rigueur de la loi sur la preuve de la maternité naturelle. De l'avis de tous, la loi est trop dure. Qu'arrive-t-il ? Le juge placé entre les textes qui lui commandent la sévérité et des situations de famille fort touchantes qui le portent à la bienveillance, éprouve un extrême embarras ; sa conscience se révolte et la voix de l'équité l'emporte sur la rigueur excessive des principes. Au cours de cette étude, j'aurai plus d'une fois à constater les efforts tentés par la jurisprudence pour soustraire l'enfant naturel aux duretés du Code. Lorsque de pareils symptômes se manifestent, c'est signe que la loi est mauvaise et qu'il faut la refaire. Or, la confection des lois appartient au législateur et non pas au juge.

#### IV. — *De la capacité requise pour reconnaître un enfant naturel.*

La reconnaissance étant un aveu libre et raisonné, il est évident qu'il faut être sain d'esprit pour la souscrire. Mais il y a des individus qui, bien que sains d'esprit, sont déclarés par la loi incapables de contracter. Quelle est leur situation en matière de reconnaissance ? Peuvent-ils, nonobstant leur incapacité, reconnaître un enfant naturel ? En d'autres termes, doit-on appliquer à la reconnaissance les règles ordinaires sur la capacité de s'obliger, ou faut-il ad-



mettre au contraire que toute personne susceptible de manifester sa volonté (capable de contracter ou non), peut valablement reconnaître un enfant naturel?

Sur cette question deux systèmes sont en présence.

D'après certains auteurs, il faut, pour reconnaître un enfant, la même capacité que pour contracter. En effet le but de protection que se propose la loi en refusant à certaines personnes le pouvoir de faire un contrat s'applique également à la reconnaissance. Ainsi, dans quelle intention a-t-elle déclaré le mineur et l'interdit incapable de contracter? c'est parce qu'elle a jugé que leur volonté et leur intelligence n'étaient pas suffisamment développées pour les mettre à l'abri du préjudice qui peut résulter d'un engagement. Or, si ce danger est à craindre dans un contrat, n'est-il pas bien plus à redouter dans un acte aussi important qu'une reconnaissance d'enfant? Objectera-t-on que la reconnaissance n'est pas un contrat mais le simple aveu d'un fait en vue d'accomplir un devoir et de réparer une faute? Cet argument ne tient pas en présence de la théorie du Code sur l'incapacité, théorie qui embrasse non-seulement les contrats, mais tous les engagements en général (art. 1124). S'il est de principe que l'aveu ne peut émaner que d'une partie capable, comment soutenir par exemple qu'un mineur incapable d'avouer la dette la plus modique puisse assumer sur lui la responsabilité qui résulte d'un aveu de paternité. Enfin, ajoutent les partisans de ce système, si l'on renonce à appliquer à la reconnaissance le principe relatif à la capacité de contracter, on est totalement dé-



pourvu de règles et le silence de la loi peut engendrer une foule d'entraves.

Ce système est peu libéral : il renchérit sur la sévérité déjà si grande de la loi, en ce qui concerne la constatation de la filiation naturelle.

Aussi, les auteurs et la jurisprudence tendent-ils à se rallier au système contraire dont voici les principaux arguments. La section II sur la reconnaissance des enfants naturels forme au point de vue de la capacité un tout qui se suffit à lui-même et qu'il est inutile de rattacher à l'article 1124. Le législateur a indiqué dans cette section les règles de la reconnaissance et nous ne voyons nulle part qu'il exige pour reconnaître un enfant la même capacité que pour faire un contrat. Telle est si peu son intention qu'il suppose, dans l'article 337, que la femme mariée a pu, malgré son incapacité, et sans autorisation de mari ni de justice, reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage d'un autre que son époux. Il est donc inexact de dire que les personnes désignées en l'article 1124 comme incapables de contracter, sont privées de la faculté de reconnaître un enfant, puisque nous venons de constater cette faculté chez la femme mariée qui cependant figure dans le dit article.

Mais pourquoi le Code n'a-t-il pas mesuré la capacité de reconnaître un enfant sur la capacité de contracter ? M. Demolombe l'indique très nettement. C'est que la faculté de reconnaître un enfant est une de ces facultés essentiellement personnelles qui ne sauraient s'exercer par délégation. « Il

n'était donc pas possible d'appliquer à cette espèce de droit la théorie de la tutelle ; il fallait choisir entre deux partis : ou bien autoriser les personnes incapables de contracter à reconnaître néanmoins un enfant naturel ; ou bien les en déclarer incapables, c'est-à-dire leur rendre toute reconnaissance impossible et supprimer en leur personne non pas seulement l'*exercice* mais la *jouissance* même de ce droit civil ; or ce dernier parti eût été certes très-fâcheux et très-regrettable. On n'a donc pas dû appliquer ici les règles sur la capacité civile de contracter, puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat pour lequel la personne puisse être représentée par un mandataire chargé d'exercer ses droits pour elle et en son nom. »

En somme, le rejet de la théorie sur la capacité de contracter ne nous réduit pas, comme le prétend le système adverse, à l'absence totale de règles sur la reconnaissance. Je le répète, la section II se suffit à elle-même ; tout ce qu'on peut lui reprocher, c'est d'être peut-être trop sommaire dans sa réglementation. Le Code civil aurait pu entrer dans quelques détails à cet égard : il aurait pu, par exemple, comme l'a fait le Code hollandais dans son article 337, fixer à dix-neuf ans révolus l'âge auquel un mineur peut reconnaître un enfant naturel. Faut-il déplorez cette lacune outre mesure ? Je ne le pense pas. Le dirai-je ? je crois même notre système préférable à celui du Code hollandais. Effectivement la naissance d'un enfant naturel, n'est pas, comme le testament ou le mariage, un fait que la loi puisse reculer jusqu'à un certain âge ; c'est

un désordre qui se produit malgré elle et qui logiquement doit être reconnu et réparé le plus tôt possible. Quant à la sincérité de la reconnaissance prématurée, on l'appréciera en cas de procès, d'après les articles 1108 et 1109 : ce sera une question de fait que les juges examineront avec plus de soin que de coutume.

I. *L'interdit peut-il reconnaître un enfant?* — A première vue, l'article 502 semble trancher la question négativement, car il décide que tous les actes postérieurs au jugement prononçant l'interdiction sont nuls de droit. Cependant, en dépit de la généralité de cette formule, on admet que l'interdit peut contracter mariage. Et cela se comprend, car l'interdiction ne touche qu'aux intérêts pécuniaires et non aux actes moraux de celui qu'elle frappe. Or s'il est un acte moral, c'est la reconnaissance, puisqu'elle est l'accomplissement d'un devoir, la réparation d'une faute, la source de l'état-civil de l'enfant. La reconnaissance échappe donc à la disposition de l'article 502 qui, en annulant les actes postérieurs à l'interdiction, n'entend parler que des actes pécuniaires. Je vais plus loin et je dis qu'elle ne tombe pas non plus sous le coup de l'article 503 aux termes duquel : « les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. » La question ne présente, d'ailleurs, aucun intérêt pratique attendu que le tribunal saisi de la demande en interdiction a le pouvoir de maintenir ces actes s'il lui paraissent conclus dans un intervalle lucide. Si l'on main-



tient ainsi des actes pécuniaires, *a fortiori* devra-t-on maintenir la reconnaissance, acte purement moral. Tout ce que l'on demande, c'est que l'interdit ait reconnu l'enfant dans un intervalle lucide.

II. *Situation de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire en ce qui concerne la reconnaissance.* — Aux termes de l'article 499, l'incapacité relative résultant de la nomination d'un conseil judiciaire se borne à la défense de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, d'hypothéquer. Dans cette énumération limitative, ne figure pas la reconnaissance. J'en conclus, par application du principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis, que la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut reconnaître un enfant naturel. La valeur de cette reconnaissance sera d'ailleurs appréciée d'après les principes généraux qui gouvernent toute manifestation de volonté. En cas de contestation, le tribunal maintiendra ou annulera l'acte, selon qu'il jugera que le père a ou n'a pas l'intelligence nécessaire pour le souscrire en connaissance de cause ; ce sera une question de fait plutôt que de droit.

III. *Un mineur peut-il reconnaître un enfant naturel.* — J'ai déjà tranché implicitement cette question en décidant d'une manière générale que la reconnaissance échappe aux règles ordinaires sur la capacité de contracter et qu'elle est permise à toute personne pouvant manifester sa volonté. Il me reste à exposer les motifs spéciaux qui justifient cette solution à l'égard du mineur.

1° L'incapacité dont le mineur est atteint en vertu de l'article 1124 n'est pas absolue car l'article suivant ajoute que « le mineur ne peut attaquer ses engagements pour cause d'incapacité que dans les cas prévus par la loi. » Or, la loi ne prévoit pas le cas d'une reconnaissance d'enfant. Bien plus, la loi suppose qu'un mineur peut reconnaître un enfant attendu qu'elle n'établit dans l'article 334 aucune distinction entre le majeur et le mineur.

2° Aux termes de l'article 1310, le mineur « n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. » Cet article ne s'applique-t-il pas à notre espèce ? Que fait l'homme qui reconnaît un enfant ? Il répare une faute, un quasi-délit, et, par suite, il ne peut se faire restituer contre l'aveu qu'il a consenti en connaissance de cause.

3° La loi positive ne doit pas se mettre en contradiction avec le cri de la conscience, avec cette loi supérieure et innée dont parle Cicéron et qui est écrite dans notre âme. Celui qui donne le jour à un enfant contracte des devoirs envers lui et lorsqu'il s'agit de les accomplir la loi ne doit point dire non quand la conscience dit oui : c'est ce que le Code a compris en ne formulant sur ce point aucune prohibition. Avec le système contraire, on arrive à rendre la reconnaissance impossible tant que dure la minorité : Si le mineur décède avant vingt et un ans, il ne peut reconnaître son enfant, ce qui est immoral ; s'il se marie, il ne peut le légitimer, ce qui est absurde.

4° En vain objecterait-on le préjudice auquel est exposé

le mineur en consentant par surprise ou captation une reconnaissance d'enfant. L'article 339 ne porte-t-il pas remède à cet inconvénient lorsqu'il déclare que toute reconnaissance de la part du père pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt ? C'est en vertu de cet article que la Cour de Rouen (1) par un arrêt en date du 18 mars 1815 a annulé comme entachée de séduction une reconnaissance faite par un père de dix-neuf ans et une mère de vingt-sept ans.

Notre solution s'impose à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un mineur émancipé. La doctrine et la jurisprudence, dans ce cas comme dans le précédent, admettent la validité de la reconnaissance si d'ailleurs elle réunit les conditions requises par les articles 1108 et 1109. Le système contraire a peu de partisans, il raisonne ainsi : l'émancipation ne confère au mineur qu'une capacité limitée aux actes d'administration; or, la reconnaissance n'est pas un acte d'administration, donc le mineur n'a pas le droit de la faire : elle est un de ces actes pour lesquels la loi ne fait aucune différence entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé.

Je ne m'arrête pas à réfuter cette opinion : les explications données à propos du mineur non émancipé y répondent suffisamment.

IV. *Un prêtre peut-il reconnaître un enfant naturel ?* — En droit canonique, un prêtre ne peut reconnaître un enfant naturel : la prohibition existe aussi bien pour l'enfant né avant, que pour l'enfant né après l'admission de son père

1. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492-1°.



aux ordres majeurs. Et même dans ce dernier cas un motif de plus s'oppose à la reconnaissance, c'est que l'enfant est réputé sacrilège. En droit civil au contraire, quel que soit le scandale qui puisse résulter d'une telle reconnaissance, il paraît impossible de ne pas la considérer comme valable. M. Demolombe et MM. Massé et Vergé sur Zachariæ se sont prononcés dans ce sens.

V. *Un étranger peut-il reconnaître en France un enfant naturel?* — Du moment que les étrangers jouissent, d'après l'opinion générale, de tous les droits civils qui ne leur ont pas été expressément retirés, il est évident qu'ils peuvent reconnaître en France un enfant naturel, si d'ailleurs leur statut personnel les y autorise. Leur capacité à cet égard sera déterminée non par le Code, mais par la loi étrangère.

V. — *De l'époque à laquelle on peut reconnaître un enfant naturel.*

Sur ce point, la loi est très large : à toute époque depuis sa naissance jusqu'à sa mort, l'enfant peut être reconnu par ses parents. Peu importe l'âge ou la position juridique des parties ; que le père ou l'enfant soient mariés ou non, qu'ils aient des descendants ou qu'ils n'en aient pas, la reconnaissance est toujours possible et l'officier public doit toujours la recevoir. J'ai même fait remarquer plus haut qu'un époux a le droit de reconnaître pendant le mariage un enfant naturel qu'il aurait eu avant le mariage d'un autre que son époux.



I. *Peut-on reconnaître un enfant naturel avant sa naissance?* — Cette question doit être restreinte à son sens précis : elle vise un enfant déjà conçu et non une personne incertaine comme l'enfant non conçu. Ainsi un homme ne peut pas reconnaître à l'avance tous les enfants naturels qu'il aura de telle femme, ce qui serait immoral et scandaleux, mais rien ne s'oppose à ce qu'il reconnaisse un enfant déjà conçu et encore dans le sein de sa mère. Cette décision est en parfaite harmonie avec l'équité et avec les principes. Si le père, en danger de mort, craint de succomber avant la naissance de son enfant, quoi de plus juste que de lui permettre de remplir ses devoirs envers ce dernier. Ne savons-nous pas, du reste, que l'enfant simplement conçu est réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts. C'est en vertu de ce principe qu'il peut recueillir une succession et recevoir une libéralité. A plus forte raison doit-il pouvoir être reconnu, car il n'y a pas pour l'enfant de plus grand intérêt que son état.

On fait cependant quelques objections à cette doctrine, quoiqu'elle soit admise par la jurisprudence et par la plupart des auteurs.

1° L'article 334, dit-on, suppose qu'on ne peut reconnaître qu'un enfant déjà né puisqu'il déclare que la reconnaissance sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance. Qu'est-ce à dire si ce n'est que l'acte de naissance est le premier acte par lequel on puisse reconnaître?

A cela je réponds que la loi ne fixe ici aucune condition

et prévoit seulement l'hypothèse la plus fréquente sans exclure la faculté de reconnaître un enfant conçu, faculté qui résulte de la règle *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

2° On objecte en outre qu'une reconnaissance ainsi faite ne mentionnera ni le sexe, ni les prénoms, ni la date de naissance d'enfant.

Q'importe ! l'acte ne s'appliquera pas moins à une personne certaine et facile à déterminer puisqu'il indiquera le nom et la grossesse de la mère et que toutes les lacunes qu'on signale seront comblées, le jour de l'accouchement, par l'acte de naissance.

II. *Peut-on reconnaître un enfant décédé ?* — La question présente plus ou moins de difficultés selon que l'enfant laisse ou ne laisse pas de postérité légitime.

1° Lorsque l'enfant *laisse des descendants* tout le monde est d'accord pour décider qu'il peut être reconnu après son décès. L'article 332 implique très nettement cette solution.

« La légitimation, dit-il, peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants ; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants. » Or nous savons qu'aux termes de l'article 331, la légitimation doit nécessairement s'appuyer sur une reconnaissance antérieure. La reconnaissance comme préambule de la légitimation se conçoit donc dans l'hypothèse d'un enfant prédécédé qui laisse des descendants. Bien plus, elle se conçoit même, abstraction faite de toute idée de légitimation, car il peut arriver que le père ne puisse pas ou ne veuille pas contracter

mariage avec la mère. Cette première formalité accomplie sous couleur de légitimation, le père est libre de se raviser et la reconnaissance n'en reste pas moins valable. Le tout est de savoir si la reconnaissance pure et simple profite comme la légitimation aux descendants de l'enfant prédécédé. L'affirmative est hors de doute : de part et d'autre, même motif de décider ; quoique non suivie de légitimation cette reconnaissance ne laisse pas d'être très-favorable aux descendants puisqu'elle leur donne un état et tous les droits pécuniaires qui en dérivent.

2° Lorsque l'enfant naturel prédécédé *n'a pas laissé de descendants*, la question est beaucoup plus complexe. Trois systèmes la résolvent différemment.

*Premier système.* — La reconnaissance de l'enfant décédé sans postérité n'est pas possible. En effet, quel est le but principal et essentiel de la reconnaissance ? C'est la constatation de l'état de l'enfant, c'est la proclamation de sa filiation ; en un mot cet acte est avant tout institué dans l'intérêt de l'enfant. Sans doute, la reconnaissance est pour le père la source de certains droits tels que la pension alimentaire, le droit à l'hérédité, mais ce sont là des effets purement accessoires qui ne peuvent se produire en l'absence de l'effet principal, la constatation de l'état de l'enfant. Or, peut-on constater un état chez un enfant qui n'existe plus ? La mort de l'enfant sans postérité ne constitue-t-elle pas un obstacle péremptoire à la conclusion d'un acte dont l'objet capital est l'intérêt de l'enfant ? A la vérité cet acte est possible quand l'enfant prédécédé laisse des descendants,



mais c'est parce dans ce cas la reconnaissance est en réalité consentie au profit des descendants eux-mêmes. Au contraire, si l'enfant est mort sans postérité, le père est en face du néant et le néant ne peut faire l'objet d'une convention.

A cet argument de logique, on ajoute une raison de convenance et d'équité. On insiste sur le mobile honteux d'une reconnaissance faite dans de semblables conditions. Voici par exemple un père dénaturé qui après avoir renié son fils pendant qu'il vivait, se ravise tout à coup à la nouvelle de l'ouverture de sa succession et sent brusquement l'amour paternel se réveiller en lui au son des pièces de cent sous. Est-il moral de permettre à ce père de recueillir, à l'aide d'une reconnaissance tardive, le patrimoine de l'enfant qu'il a si longtemps abandonné ? Quoi de plus équitable, dès lors, que de proscrire en pareil cas toute reconnaissance ?

† Deuxième système. — Cette dernière observation a vivement frappé certains esprits. De là un système mixte qui tout en admettant la reconnaissance refuse à son auteur le droit de succession. Il s'appuie sur les arguments suivants : 1° L'article 765, en conférant au père un droit à la succession de l'enfant naturel, suppose qu'il l'a reconnu avant le décès ; en d'autres termes la reconnaissance doit, pour engendrer le droit héréditaire, exister au moment de l'ouverture de la succession : elle n'a pas d'effet rétroactif ; 2° personne ne peut, de son propre fait, priver un tiers d'un droit acquis ; or, le patrimoine d'un enfant non reconnu lors de son décès est immédiatement acquis à ses légataires,

à son conjoint ou à l'État ; par suite, le père ne saurait, sans léser un droit acquis, les en dépouiller à l'aide d'une reconnaissance postérieure.

En somme la reconnaissance est valable, mais elle ne produit pas de vocation héréditaire.

*Troisième système.* — Pour mon compte j'admets, avec MM. Valette, Bufnoir, Demolombe et Laurent, que le père peut, dans tous les cas, reconnaître l'enfant naturel décédé et qu'il acquiert par le fait un droit à la succession. En effet, la reconnaissance est une faculté et aucun texte n'en subordonne l'exercice à un délai quelconque. Elle est possible à toute époque.

Au premier système j'oppose les arguments suivants :

Il ne faut pas insister outre mesure sur l'idée que la reconnaissance a pour objet capital l'intérêt de l'enfant. Elle lui profite spécialement, soit, mais elle peut aussi profiter à d'autres. Qu'est-ce après tout que la reconnaissance ? La preuve du rapport de filiation qui existe entre l'enfant et le père ; or, du moment qu'il s'agit d'un rapport entre deux individus, on ne peut plus dire que l'enfant est seul intéressé dans l'acte, les droits qui dérivent de l'état sont réciproques ; tout comme le fils, le père peut prétendre à la pension alimentaire et au droit de succession. La reconnaissance est donc pour le père un droit civil. La loi seule pouvait en limiter l'exercice et elle ne l'a point fait. J'en conclus qu'elle est possible même après le décès de l'enfant qui n'a pas laissé de postérité.

Quant à l'argument tiré du peu d'intérêt qu'inspire un

tel père, il pèche par dénombrement insuffisant. Dans bien des cas la reconnaissance aura été retardée par des circonstances indépendantes de la volonté du père, telles que l'absence, la folie, un long voyage, l'ignorance du décès. Souvent même cette reconnaissance posthume sera faite par le père dans un tout autre but que son intérêt personnel. Tel est par exemple le cas où un individu reconnaît un fils naturel décédé sous les drapeaux, en vue de conférer à un autre fils légitime le droit à la dispense du service militaire prévu par le § 5 de l'article 17 de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée. D'ailleurs, en fait, on ignore généralement dans la basse classe qu'il faut reconnaître un enfant naturel ; il ne vient pas à l'idée des parents que l'enfant auquel ils ont prodigué des soins durant de longues années ne soit point leur fils aux yeux de la loi. Ce préjugé provoque parfois dans les mairies des réclamations fort plaisantes. La scène se passe le plus souvent dans la salle des mariages : voici par exemple un bonnête ouvrier qui se présente pour consentir au mariage de son fils. — Vous n'avez pas de consentement à donner, déclare l'officier de l'état-civil, vous n'êtes pas le père du futur : il n'y a rien de commun entre vous et lui. — Comment ! je ne suis pas son père ! et mon nom qui figure dans l'acte de naissance ! et mes témoins qui nous connaissent depuis tant d'années ! et les soins que je n'ai cessé de donner à mon enfant ! — Calmez-vous, répond avec bonhomie l'officier de l'état-civil, passez dans la pièce voisine, signez un acte de reconnaissance, et revenez consentir au



mariage de votre fils. Et la joie de renaître dans cette noce un instant troublée.

Ces divers exemples suffisent, je crois, à établir que dans un grand nombre de cas la reconnaissance ne procède pas d'un calcul d'intérêt personnel.

J'en ai fini avec les objections du premier système.

Quant au second système, il m'inspire encore moins de sympathie que le premier. Et d'abord quel intérêt pratique y a-t-il à autoriser la reconnaissance de l'enfant décédé sans postérité si c'est pour la destituer immédiatement de tout effet juridique ? Elle ne profite ni à l'enfant puisqu'il est décédé, ni à ses descendants puisqu'il n'en a pas, ni à l'auteur de la reconnaissance puisqu'il ne peut prétendre à la succession. On ne la maintient que pour l'art : ce n'est pas suffisant.

L'argument de l'article 765 invoqué dans ce système ne me paraît pas concluant. En vain objecte-t-on que la reconnaissance doit, pour donner accès à l'hérédité, concourir à l'ouverture de la succession. Je réponds que cette assertion est inexacte. Au fond, la source du droit héréditaire réside non pas dans la reconnaissance, mais dans la filiation ; or la filiation existe *ipso facto* avec tous ses effets du jour où l'enfant vient au monde : seulement les effets de la filiation sont paralysés tant qu'elle n'a pas été constatée juridiquement par la reconnaissance ; dès que cette formalité est accomplie ; ils se produisent rétroactivement.

En présence de cette rétroactivité, il ne saurait être question de droit héréditaire acquis à des tiers avant la reconnais-



sance. En matière de succession, il n'y a pas de droit acquis : le plus proche héritier peut toujours revendiquer le patrimoine ; or, en l'espèce, le plus proche héritier est le père, puisque la reconnaissance a un effet rétroactif.

VI. — *Des formes de la reconnaissance.*  
*Authenticité et spécialité.*

Au point de vue de la forme, la reconnaissance doit réunir deux conditions que je vais successivement étudier : l'authenticité et la spécialité.

§ 1. — DE L'AUTHENTICITÉ DE LA RECONNAISSANCE.

L'article 334 pose le principe que la reconnaissance d'un enfant naturel doit être faite par acte authentique. D'autre part, l'article 1317 nous apprend que l'acte authentique est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Ces deux articles vont me servir à diviser mon sujet : à propos du premier, j'expliquerai les motifs pour lesquels la loi exige ici l'authenticité ; et, à propos du second, je déterminerai les officiers publics compétents pour recevoir l'acte de reconnaissance.

*Pourquoi la reconnaissance doit-elle être faite par acte authentique ?* — L'authenticité en matière de reconnaissance a une triple utilité : 1° Elle a pour but essentiel de mettre les familles à l'abri de toute surprise, en assurant

la libre expression de la volonté du père. Parfois, sous le coup de la violence, ou mieux encore sous l'empire d'une séduction exercée par une femme plus âgée, un jeune homme reconnaît un enfant dont il n'est pas le père si la présence de l'officier public ne lui suggérait d'utiles réflexions et ne protégeait sa liberté au moment où se fait la reconnaissance ; 2° l'authenticité a l'avantage de donner date certaine à la reconnaissance, circonstance souvent fort nécessaire, notamment en matière de légitimation, afin de constater que la reconnaissance n'est point postérieure à la célébration du mariage ; 3° l'authenticité sert encore à assurer la conservation et l'irrévocabilité de l'acte de reconnaissance.

*Quels sont les officiers compétents pour recevoir les reconnaissances d'enfant naturel ?*

L'article 334 ne désignant pas les officiers publics compétents en matière de reconnaissance, l'interprète est tenu de demander aux principes généraux la solution qu'il ne trouve pas dans les textes.

De là des divergences d'opinion à propos de certains officiers. On peut cependant formuler comme règle générale que la reconnaissance ne peut être reçue que par un officier institué pour dresser acte des conventions, déclarations ou aveux de nature à produire un effet de droit civil.

1° *Officiers de l'état civil.* — Sur ce point, pas de doute. En supposant que la reconnaissance se fait dans l'acte de

naissance, l'article 334 établit implicitement la compétence de l'officier de l'état-civil. En effet, la reconnaissance est toujours un acte de l'état-civil ; elle est pour l'enfant naturel ce que l'acte de naissance est pour l'enfant légitime : à ce titre elle rentre tout naturellement dans les attributions de l'officier de l'état-civil. Aussi le projet de Code avait-il décidé que pour l'acte de reconnaissance, comme pour l'acte de naissance, l'officier de l'état-civil serait compétent, à l'exclusion de tout autre officier public.

La compétence de l'officier de l'état-civil est donc manifeste ; mais quelle est la nature de cette compétence ? est-elle personnelle ou territoriale ? L'article 62, nous dit-on, semble admettre la compétence personnelle puisqu'il suppose que c'est l'officier rédacteur de l'acte de naissance qui reçoit l'acte de reconnaissance et le mentionne en marge du premier acte. Mais je réponds que c'est là une simple supposition, et qu'une simple supposition n'est pas une condition quand rien ne la justifie. L'article 62 cadre parfaitement avec l'hypothèse d'une reconnaissance reçue par le maire d'une commune et inscrite en marge de l'acte de naissance par le maire d'une autre commune. Il faut donc dire que la compétence de l'officier de l'état-civil est territoriale : il a qualité pour constater tous les faits de l'état-civil qui se passent dans sa commune et la reconnaissance est un de ces faits. D'ailleurs du moment que les notaires ont qualité pour recevoir une reconnaissance sur tout le territoire de la République, force est bien, sous peine d'être illogique et d'entraver la reconnais-



sance, d'accorder le même pouvoir aux officiers de l'état-civil.

2° *Notaires*. — Ainsi que nous venons de le voir les rédacteurs du Code avaient tout d'abord posé en principe la compétence exclusive de l'officier de l'état-civil. Or l'article 334 a porté brèche à cette théorie en autorisant la reconnaissance dans des actes authentiques autres que l'acte de naissance. Le but de cette modification saute aux yeux. Les registres de l'état-civil sont publics et à la disposition du premier venu qui peut s'en faire délivrer un extrait. Il était, dès lors, à craindre que la reconnaissance, déjà si souvent entravée par la coupable indifférence du père ou la fausse honte de la mère, ne fût indéfiniment ajournée devant le scandale et le déshonneur qui résultent de la publicité forcée donnée aux registres. L'acte notarié obvie à cet inconvénient : il permet aux père et mère de remplir leurs devoirs envers l'enfant, tout en tenant la reconnaissance secrète.

La compétence du notaire en matière de reconnaissance résulte du rapprochement de l'article 334 du Code civil et de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 ventôse an XI. Aux termes du premier de ces textes : « la reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par *acte authentique* » et d'après le second : « les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère *d'authenticité* attaché aux actes de l'autorité publique. Donc quand l'article 334 parle d'actes authentique autres que l'acte de naissance, il se réfère aux actes prévus par la loi de ventôse et déter-

mine la compétence des notaires. Il est bien entendu d'ailleurs que les notaires ne seront compétents qu'autant qu'ils recevront la reconnaissance dans le lieu où ils ont le droit d'instrumenter. Mais cette condition remplie, ils n'auront nullement à examiner quel est le lieu de naissance de la personne qui se présente devant eux pour reconnaître un enfant naturel : en effet leur compétence, comme celle des maires, est territoriale et non personnelle.

A ce propos, on s'est demandé si le notaire qui a reçu la reconnaissance peut la délivrer en brevet. La question me semble résolue négativement par les articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI aux termes desquels « les notaires doivent, à peine de nullité, garder minute de tous leurs actes excepté des actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. » Un texte de loi est donc nécessaire pour autoriser la délivrance d'un acte notarié en brevet. On en chercherait vainement un texte semblable en matière de reconnaissance d'enfant naturel. En effet, l'importance que la loi attache à cet acte, le souci qu'elle prend de sa conservation et de son irrévocabilité, tout devait l'écarter d'une telle solution : elle s'en est donc remise sur ce point au droit commun qui oblige les notaires à garder minute de leurs actes.

Une question plus intéressante est celle de savoir si la reconnaissance reçue par un notaire doit, sous peine de nullité, être transcrite par l'officier de l'état civil en marge de l'acte de naissance. MM. Demolombe, Demante, Aubry et Rau, Mourlon résolvent la question par la négative. Cette

solution me paraît en harmonie avec l'esprit de la loi qui en autorisant la reconnaissance par acte notarié a eu précisément pour but d'éviter la publicité des registres de l'état civil. La mention de la reconnaissance, en marge de l'acte de naissance, enlèverait à cette préoccupation toute raison d'être.

*Les officiers de l'état civil et les notaires sont-ils seuls compétents en matière de reconnaissance ?* — Les officiers de l'état civil et les notaires sont du moins les seuls dont la compétence ne provoque aucun doute et soit admise par tous les auteurs. Mais la doctrine et la jurisprudence, dans le but de faciliter la reconnaissance, déclarent compétents plusieurs autres officiers publics : le tout bien entendu avec de grandes divergences d'opinion, comme cela arrive toujours quand on manque de textes précis. La Cour de Colmar, dans un arrêt en date du 25 janvier 1859, a même été jusqu'à décider que la reconnaissance peut résulter accessoirement de tout acte authentique contenant une énonciation par laquelle le père déclare reconnaître son enfant. L'article 334, dit-on, ne fait point obstacle à cette décision puisqu'il désigne l'acte authentique en général sans spécifier l'officier qui doit le recevoir. Cette théorie conduit à l'absurde. A ce compte il faudrait admettre qu'un agent des douanes ou un garde champêtre ont qualité pour recevoir un acte de reconnaissance. Les officiers publics ne sont pas compétents pour dresser indistinctement toute sorte d'actes authentiques : il faut, de plus, qu'ils soient compétents à raison de la nature de l'acte.



Mais en laissant de côté le garde-champêtre, l'agent des douanes et autres fonctionnaires de l'ordre administratif, il n'y a aucune exagération à reconnaître à certaines autorités publiques le pouvoir d'imprimer l'authenticité aux aveux faits en leur présence. On cite à l'appui de cette doctrine le passage suivant de Loiseau, relatif à l'autorité judiciaire : « L'autorité judiciaire a été établie pour vider les procès et non pour recevoir les actes de l'état civil ; mais comme la loi imprime le caractère de l'authenticité à tous les actes émanés de cette autorité, et qu'elle ne lui assigne aucune limite, il en résulte que la plus simple déclaration devient irréfragable quand elle est constatée par le juge. »

Partant de ce principe, on déclare valable l'aveu de paternité fait soit devant les tribunaux ordinaires soit devant le juge de paix siégeant comme conciliateur. Examinons ces deux cas.

( 1° *Reconnaissance devant les tribunaux.* — Cette reconnaissance aura lieu : 1° soit au cours d'un interrogatoire ou d'une enquête quand le plaideur aura avoué sa paternité à l'égard de tel individu ; 2° soit pendant l'audience lorsque le tribunal donnera à l'une des parties, sur sa réquisition, acte de tel aveu fait par son adversaire. La consignation de ces faits dans le procès-verbal dressé par le juge-commissaire ou dans le registre d'audience tenu par le greffier imprimera à la reconnaissance le caractère d'authenticité exigé par la loi.

Cette doctrine rencontre pourtant de grandes résistances



chez d'éminents jurisconsultes. M. Laurent dans ses *Principes de droit civil français* la repousse en ces termes :  
« Où est l'officier public dans un pareil acte ? — Il y a un officier public dans l'aveu judiciaire, dira-t-on. — Oui, mais le juge et son greffier ont-ils mission de recevoir des actes de reconnaissance ? C'est confondre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse. C'est ne tenir aucun compte du caractère de l'authenticité exigé par la loi. Est-ce que l'aveu d'une libéralité fait en justice serait une donation ? L'aveu de la filiation n'est pas davantage une reconnaissance quand il est fait devant le juge. »

Quoiqu'il en soit, la plupart des auteurs admettent ce genre de reconnaissance et la jurisprudence se rallie à leur manière de voir.

2° *Reconnaissance devant le juge de paix conciliateur.*  
— La doctrine, suivie ici encore par les tribunaux, résout cette question comme la précédente. Elle enseigne que l'aveu fait devant le juge de paix siégeant comme conciliateur et consigné par le greffier sur le procès-verbal de conciliation équivaut à un acte de reconnaissance. Voici son raisonnement : d'après la loi deux conditions sont exigées pour l'acte de reconnaissance : l'authenticité de l'acte et la compétence de l'officier public quant à cet acte, or, le procès-verbal de conciliation est un acte authentique pour lequel le juge de paix a une compétence spéciale, donc la reconnaissance contenue dans ce procès-verbal réunit toutes les conditions exigées par la loi. D'ailleurs, loin de restreindre sa décision à ce cas particulier, la doctrine géné-

ralise et pose la règle suivante : « Tout officier public constatant authentiquement des faits dans un acte de sa compétence, peut valablement constater dans cet acte le fait de la reconnaissance d'un enfant naturel. »

Ainsi, pour en revenir au préliminaire de conciliation, si un enfant naturel réclame des aliments à l'un de ses auteurs et que, pendant la procédure, ce dernier fasse devant le juge de paix l'aveu de la filiation, la constatation de ce fait dans le procès-verbal de conciliation vaudra reconnaissance.

On objecte que ce procès-verbal n'a que la force d'obligation privée. Qu'est-ce à dire ? répond la doctrine si ce n'est que la loi, pour sauvegarder la prérogative des notaires, déclare ce procès-verbal impuissant à engendrer l'hypothèque et l'exécution parée. Là se réduit tout l'effet de cette disposition, elle ne porte aucune atteinte à l'authenticité des faits consignés dans le procès-verbal.

Mais, on ne transige pas sur l'état des personnes. D'accord ; mais où est ici la transaction ? L'état de l'enfant n'est point sacrifié, au contraire, le voilà définitivement établi.

Entrés dans cette voie, les tribunaux guidés par des motifs d'équité sont allés beaucoup plus loin que la doctrine. Ainsi, la Cour de Metz, par un arrêt en date du 21 juin 1853, valide une reconnaissance faite en justice par les héritiers de la personne dont l'enfant naturel se disait issu. Bien plus, la Cour de Grenoble, dans un arrêt du 14 ventôse an XII, décide que le juge de paix est compétent en dehors de son rôle de conciliateur.

Je vais examiner cette nouvelle hypothèse ;

3° *Reconnaissance devant le juge de paix non conciliateur.* — M. Durantou a été l'un des premiers à soutenir que le juge de paix assisté de son greffier, alors même qu'il ne siège ni comme juge ni comme conciliateur, est compétent en fait de reconnaissance au même titre que les maires et les notaires, puisqu'il est comme eux officier public. Cette opinion, quoique sanctionnée par la jurisprudence, a rencontré peu de partisans dans la doctrine. Aucun texte ne la justifie. Elle étend au delà des bornes légales la compétence du juge de paix. C'est uniquement dans le préliminaire de conciliation que le juge de paix a qualité pour recevoir les déclarations des plaideurs. « On ne pourrait, comme le dit M. Demolombe, autoriser le juge de paix à recevoir la reconnaissance par un acte spécial et *ad hoc*, sans l'ériger lui-même en une sorte de *tabelion* » ;

4° *Reconnaissance devant le greffier du juge de paix.* — A propos d'une espèce où les parties avaient choisi d'un commun accord le greffier de la justice de paix, la mère pour déclarer sa grossesse, le père pour avouer sa paternité, la Cour de cassation a décidé que cet officier est compétent pour recevoir un acte de reconnaissance. Le greffier, a-t-elle dit, est dans la catégorie des officiers qui ont le droit d'instrumenter et qui sont préposés à la garde d'un dépôt public.

Mais la doctrine est presque unanime à protester contre cette décision. L'acte de reconnaissance est tout à fait en



dehors des attributions normales du greffier ; un texte seul pourrait l'y faire rentrer et ce texte n'existe pas ;

H 5° *De la reconnaissance reçue par un huissier, un commissaire de police, un ministre du culte.* — Les auteurs à qui la qualité d'officier public semble un titre suffisant pour fonder la compétence en matière de reconnaissance d'enfants naturels devraient, pour être logiques, accorder cette compétence aux huissiers et aux commissaires de police. C'est ce que n'a pas craint de faire Marcadé. D'après ce jurisconsulte, l'huissier qui, après avoir sommé un père de reconnaître son enfant, reçoit une réponse affirmative, peut, en constatant cette réponse dans son procès verbal, dresser un acte de reconnaissance parfaitement valable. Malheureusement, l'opinion de Marcadé n'a pas été prise au sérieux par les auteurs ; les uns l'ont franchement déclarée absurde ; les autres ont feint d'y voir une critique de la jurisprudence ; aucun ne s'est donné la peine de la discuter. L'huissier compte donc très peu de partisans. Quant au commissaire de police il est complètement abandonné.

Ainsi que je l'ai dit plus haut, les prêtres étaient autrefois compétents pour constater la reconnaissance dans l'acte de baptême. Depuis la sécularisation de l'état-civil, un acte semblable, fût-il signé du père, n'aurait aux yeux de la loi civile aucun caractère d'authenticité. Il en serait de même à plus forte raison de tout autre acte dans lequel des ministres du culte auraient reçu une déclaration de paternité. La question ne peut même pas être posée à leur égard puisqu'ils ne sont ni officiers publics ni fonctionnaires.

*Des différents actes qui peuvent contenir une reconnaissance.*

En nous disant que la reconnaissance sera faite par un acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance, l'article 334 du Code civil ne nous a pas donné de grands renseignements. Il s'est borné à admettre l'acte de naissance et à exclure l'acte sous seing privé, mais il ne nous a fait connaître ni les divers officiers publics compétents pour recevoir la reconnaissance, ni les divers actes authentiques susceptibles de la contenir. La première de ces lacunes étant comblée, je passe à la seconde.

1° *Acte de naissance.* — En notre matière l'acte de naissance est l'acte normal ; la loi le préfère à tout autre puisqu'elle ne désigne que subsidiairement l'acte authentique. La reconnaissance d'un enfant naturel est constatée dans l'acte de reconnaissance selon les formalités requises pour les actes de l'état-civil. L'acte prouve alors tout à la fois la naissance et la filiation.

2° *Acte postérieur dressé par l'officier de l'état-civil.* — Quand l'enfant n'a pas été reconnu dans l'acte de naissance, cet acte ne prouve qu'une seule chose : on sait qu'un enfant est né ; de qui est-il fils ? on l'ignore. La filiation ne résulte alors que d'un acte postérieur, lequel peut être établi soit par l'officier de l'état-civil qui a reçu l'acte de naissance, soit, dans toute la France, par n'importe quel officier de l'état-civil. Afin d'assurer la conservation de cet acte, la loi ordonne de l'inscrire sur les registres à sa date

et d'en faire mention en marge de l'acte de naissance. Supposons un enfant né et présenté à l'officier de l'état-civil le 1<sup>er</sup> janvier 1880, et désigné dans l'acte de naissance comme issu de père inconnu ; le 1<sup>er</sup> mai 1881 le père se présente pour le reconnaître devant l'officier de l'état-civil qui a reçu l'acte de naissance. Le maire procède alors à une double formalité : 1<sup>o</sup> Il inscrit sur le registre courant des naissances, à sa date, c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> mai 1881, la déclaration de paternité qui lui est faite ; 2<sup>o</sup> il la mentionne en marge de l'acte de naissance déjà inscrit sur le registre de 1880 afin que le public apprenne en même temps la naissance et la reconnaissance.

Si la reconnaissance est faite devant un officier de l'état-civil autre que celui qui a dressé l'acte de naissance, elle doit être notifiée à ce dernier en expédition authentique et légalisée afin qu'il la transcrive : 1<sup>o</sup> sur le registre courant ; 2<sup>o</sup> en marge de l'acte de naissance.

Ces deux formalités sont soumises aux règles générales prescrites pour la rédaction des actes de l'état-civil. Néanmoins la loi n'étant pas formelle à cet égard, on décide que l'absence de témoins n'entraînerait pas la nullité de l'acte. Ce serait là en tout cas une grave irrégularité que l'officier de l'état-civil doit éviter soigneusement.

4) 3<sup>o</sup> *Acte de mariage des père et mère.* — Aux termes de l'article 331, la reconnaissance peut encore être faite dans l'acte de mariage, et dans ce cas elle entraîne toujours la légitimation de l'enfant. Il va sans dire d'ailleurs que la reconnaissance doit être formulée en termes exprès qui ne



laissent aucun doute sur la volonté des parents. Il faut de plus que l'attention de l'officier de l'état civil et des témoins soit spécialement appelée sur la reconnaissance.

4° *Acte notarié spécial.* — Très-souvent l'enfant sera reconnu devant notaire par un acte spécial n'ayant d'autre objet que la reconnaissance. Dans ce cas, l'authenticité, la spécialité et la compétence de l'officier public donneront à l'acte une force probante qui ne fera doute pour personne. Mais que faudra-t-il décider si le père a reconnu son enfant dans un acte qui constate également d'autres faits ? Je vais examiner cette hypothèse.

5° *Testament authentique.* — Il résulte du principe posé en l'article 334 que la reconnaissance peut être contenue dans un testament authentique. La doctrine et la jurisprudence ont de tout temps admis cette solution. Il faut remarquer toutefois que la reconnaissance ainsi faite n'assurera pas définitivement la filiation de l'enfant, puisqu'elle pourra tomber par suite de la révocation du testament.

6° *Testament mystique.* — La question est fort controversée lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance par testament mystique. L'acte de suscription dressé par le notaire sur l'enveloppe du testament est un acte authentique : il imprime dès lors, nous dit-on, un caractère d'authenticité à l'acte testamentaire lui-même. La sincérité et la liberté de l'auteur de la reconnaissance sont d'ailleurs sauvegardées par la présence du notaire et des six témoins. Ne trouve-t-on pas là réunies toutes les garanties exigées par la loi ?



C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Bruxelles, en date du 28 mars 1844. Néanmoins cette opinion est repoussée par la plupart des auteurs, et je ne connais pour ma part aucun arrêt nouveau qui l'ait reproduite.

Comment soutenir que l'acte de suscription rend le testament authentique ? Le notaire dans l'acte de suscription n'atteste qu'une chose, à savoir que le testateur a *déclaré* sien le testament qu'il présente ; il n'imprime l'authenticité qu'à cette déclaration qu'il a entendue et non aux déclarations du testament dont il ne peut avoir aucune connaissance. Le testament mystique reste donc un acte sous-seing privé puisqu'il a été rédigé sans l'intervention de l'officier public. A ce titre, il ne peut, aux termes de l'article 334, contenir une reconnaissance valable.

Qu'on ne dise pas que le testament mystique assure entièrement la sincérité de la reconnaissance. Là, plus que partout ailleurs, la séduction et la surprise auront beau jeu : déclaration de paternité faite sans le contrôle de l'officier public, testament écrit par un tiers (art. 976), absence même de toute signature (art. 977), que de facilités offertes à la fraude, que de tentations pour les femmes intrigantes ! La loi ne pouvait donner prise à ces coupables manœuvres : elle considère la reconnaissance d'un enfant naturel comme un acte très grave, et elle veut que le père soit mis en présence de l'officier public auquel il doit faire *directement* son aveu.

7° *Testament olographe.* — Chose singulière ! malgré le texte si formel de l'article 334, il s'est trouvé des auteurs

et des tribunaux pour déclarer valable la reconnaissance contenue dans un testament olographe. Le testament olographe étant, d'après l'article 289 de la coutume de Paris, un acte *solennel* peut, à ce titre, nous dit-on, constater une reconnaissance d'enfant naturel.

Acte solennel, soit ! puisqu'il doit être rédigé dans certaines formes ; mais cela n'avance pas beaucoup la question. Ce qu'il faudrait prouver c'est que le testament olographe est un acte authentique. Or, pour être édifié à cet égard, il suffit de lire l'article 1317 aux termes duquel l'intervention d'un officier est de l'essence de l'acte authentique. Et d'ailleurs, sans aller si loin, l'article 999 ne donne-t-il pas au testament olographe la qualification d'acte sous signature privée ? On le voit, le texte de la loi est aussi évident que son esprit : elle ne pouvait mettre les points sur les *i* avec plus de soin. Je ne conçois pas, dès lors, comment on a cru concilier les articles 334 et 999 en déclarant semblables des actes que la loi signale comme tout différents.

8° *Acte sous-seing privé*. — Mais ce qui me surprend plus encore c'est qu'on ait abandonné le texte et l'esprit de la loi au point d'admettre la validité d'une reconnaissance faite par acte sous-seing privé. Cet acte est valable, prétend Toullier, par la raison bien simple que l'article 334 ne prescrit pas l'authenticité de la reconnaissance sous peine de nullité.

Pour un aussi grave jurisconsulte cet argument est bien

léger. A ce compte, il faudrait déclarer valable le contrat de mariage consenti par acte sous-seing privé puisque la loi n'exige pas, sous peine de nullité, qu'il soit dressé en la forme authentique. De même devrait-on valider l'hypothèque concédée en dehors des formes prescrites car il n'est dit nulle part que l'absence de ces formes soit un obstacle à la formation de l'acte. Cependant malgré le silence de la loi à cet égard, tout le monde s'accorde à reconnaître que les conventions matrimoniales et hypothécaires n'ont aucune valeur en dehors de l'acte authentique. Etant donné le but que poursuit la loi en prescrivant l'authenticité, cette conséquence s'impose. Dans la reconnaissance, comme dans les contrats de mariage et d'hypothèque, l'authenticité est un garant de sincérité et de liberté : elle est donc requise non pour la preuve, mais pour la substance même de l'acte. Le contrat de mariage, le contrat d'hypothèque et l'acte de reconnaissance doivent donc indistinctement être déclarés nuls dès qu'ils sont consentis sous signature privée.

Au surplus, cela ne m'empêche pas d'avouer que la loi est beaucoup trop exigeante en rejetant l'acte sous-seing privé comme preuve de la reconnaissance. La pratique démontre les abus qu'engendre ce système. On a vu souvent des père et mère qui avaient reconnu leur enfant dans un acte sous-seing privé, se prévaloir ultérieurement de la nullité, afin de se soustraire aux conséquences et aux charges de la paternité. De plus, le rejet de l'acte sous-seing privé aboutit parfois à un résultat plus immoral encore, en rendant possible le mariage entre le père naturel et la fille irrégulière-



ment reconnue. Saisi d'un différend semblable, un tribunal a déclaré le mariage possible.

Il eût été préférable d'admettre tout acte sous-seing privé *sérieux* comme preuve de la reconnaissance.

9° *Acte sous-seing privé vérifié en justice.* — La vérification d'écriture en justice, pourrait-on dire, est de nature à faire disparaître les doutes que l'acte sous-seing privé laisse planer sur la liberté du contractant, puisqu'il est de principe que l'acte sous-seing privé reconnu par le signataire ou vérifié par le tribunal acquiert une force probante égale à celle de l'acte authentique. Le plaideur qui, mis en présence d'une reconnaissance sous signature privée, ne conteste pas son écriture, ne reconnaît-il pas *ipso facto* sa paternité.

Je réponds que ce système dépouille l'acte de reconnaissance des garanties de liberté dont la loi l'entoure : j'ajoute que le père qui reconnaît son écriture avoue avoir écrit l'acte, mais qu'il ne confesse pas l'avoir écrit en toute liberté et je conclus que je ne suis plus dans un cas de reconnaissance, mais dans un procès en recherche de paternité interdit par la loi.

10° *Acte sous-seing privé déposé chez un notaire.* — Un grand nombre d'auteurs soutiennent que le dépôt de la reconnaissance sous-seing privé chez un notaire lui confère le caractère d'authenticité dont elle était dépourvue : 1° Cette reconnaissance, d'après Merlin, n'est point nulle, elle est simplement insuffisante et ce qui lui manque est suppléé par le dépôt ; 2° aucune surprise n'est à craindre

puisque dans notre hypothèse c'est le père lui-même qui dépose la reconnaissance chez le notaire après avoir affirmé qu'elle est signée de sa main. Or, on ne saurait nier son entière liberté d'action dans l'accomplissement de cette formalité.

Malgré ces raisons, je n'hésite pas à déclarer nulle la reconnaissance sous-seing privé qui a fait l'objet d'un pareil dépôt. Il me paraît tout au moins prématuré de poser en principe que le dépôt d'un acte chez un notaire suffit à rendre cet acte authentique. En matière de reconnaissance notamment je rejette d'une façon absolue cette assertion. Pour me servir du mot si juste de Loiseau nous n'aurons en l'espèce « qu'un dépôt authentique d'une reconnaissance nulle. » Le cas d'une reconnaissance suivie de dépôt est de tout point semblable à celui d'une reconnaissance faite par testament mystique. L'acte de dépôt ne confère pas plus l'authenticité à la reconnaissance sous-seing privé que l'acte de suscription n'imprime ce caractère au testament mystique. Dès lors les deux questions doivent être résolues dans le même sens, c'est-à-dire négativement.

Le système que je combats est contraire à l'esprit et au texte de la loi. Ce que veut avant tout l'article 334 en parlant d'acte authentique, c'est que l'officier public puisse attester, le cas échéant, que la reconnaissance a été faite avec la maturité et la liberté d'esprit nécessaires. Or le notaire est-il capable de fournir cette attestation quand son client se borne, au moment du dépôt, à lui déclarer qu'il a signé tel acte, sans lui en révéler le contenu ? C'est précisément cette absence de tout contrôle et de toute solennité qui m'a

fait craindre pour la reconnaissance les dangers dont on croit l'affranchir par la formalité du dépôt.

Somme toute, le dépôt n'a ici qu'un seul effet, il assure la conservation de l'écrit. Quant à l'écrit lui-même, il reste ce qu'il était, une reconnaissance sous-seing privé, c'est-à-dire complètement nulle.

Il n'y a qu'un seul cas où le dépôt puisse valider la reconnaissance, c'est lorsque le signataire en a fait connaître le contenu à l'officier public et que ce dernier a constaté cette déclaration dans l'acte de dépôt. Mais alors c'est l'acte de dépôt et non l'écrit déposé qui est la véritable reconnaissance. Nous retombons dans la reconnaissance par acte notarié dont personne ne discute la validité et qui a déjà figuré dans cette énumération.

*Peut-on reconnaître un enfant naturel par procuration?* — Afin d'obvier aux obstacles matériels (voyage, maladie) qui auraient pu empêcher les parents d'exprimer eux-mêmes leur volonté devant l'officier public, la loi leur a permis de reconnaître un enfant par procuration. Toute la question est de savoir si cette procuration doit être authentique ou sous-seing privé. La solution du problème a donné naissance à trois systèmes.

*Premier système.* — D'après certains auteurs, la difficulté se résout par une distinction.

1° Est-ce l'officier de l'état civil qui doit recevoir la reconnaissance? On applique l'article 36 aux termes duquel « Dans tous les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront



se faire représenter par un fondé de *procuration spéciale et authentique* ». Mais cette règle doit être restreinte aux cas pour lesquels elle a été établie, c'est-à-dire, à la matière des actes de l'état-civil.

2° S'adresse-t-on au contraire à un notaire ? Dans ce cas, on reste sous l'empire du droit commun et il n'y a pas lieu de déroger à l'article 1985. Le mandat peut être donné par acte public ou sous-seing privé, même par lettre.

Ce système ne cadre qu'en apparence avec les textes ; au fond il est peu logique et met la loi en contradiction avec elle-même. La différence qu'il établit entre la reconnaissance reçue par l'officier de l'état civil et la reconnaissance faite devant un notaire est tout à fait dénuée de fondement. Il n'est pas rationnel d'admettre et de rejeter l'authenticité sous prétexte qu'il s'agit ici d'un acte de l'état-civil, là d'un acte notarié. La reconnaissance d'un enfant naturel est toujours un acte relatif à l'état-civil lors même qu'elle est constatée par un notaire. Je repousse donc comme arbitraires la distinction proposée et les conséquences qui en découlent.

*Deuxième système.* — Il est de principe, déclarent d'éminents jurisconsultes, que toutes les fois qu'un acte doit être passé dans la forme authentique, le mandat par lequel un tiers est autorisé à conclure cet acte doit être revêtu de la même forme. Ce que la loi exige ici à raison de la gravité de l'acte, c'est une volonté manifestée par acte authentique, or, si le mandat, seul acte par lequel l'intéressé exprime sa



volonté, n'est point authentique, le vœu de la loi ne se trouve point rempli.

Cette règle générale, disent les mêmes auteurs, sert précisément à résoudre le cas particulier qui nous occupe.

L'article 334 soumet la reconnaissance à la forme authentique. Dans quel but ? Afin de mettre le contractant à l'abri de la séduction et de la violence. Or, cette précaution serait illusoire si le mandat pour reconnaître un enfant pouvait être donné sous signature privée. L'auteur de la reconnaissance n'exprime sa volonté qu'au moment où il signe le mandat, c'est alors surtout que sa liberté doit être garantie par l'authenticité du mandat.

En vain, oppose-t-on l'article 1985. Cet article, loin de faire échec à la règle générale posée plus haut, n'en est que la stricte application. Lorsqu'il parle de mandat par acte public, il fait allusion à la procuration donnée à l'effet de conclure un acte solennel et authentique ; au contraire, lorsqu'il permet le mandat sous-seing privé, il suppose que l'acte dont on se remet sur le mandataire est un contrat ordinaire pour lequel la loi n'exige aucune forme spéciale. En un mot, quand un contrat est solennel, tout ce qui exprime le consentement doit être traduit en la forme authentique ; or, comme le mandat est en l'espèce la seule expression du consentement, il doit évidemment être authentique.

D'ailleurs, pourquoi discuter, ajoute-t-on, puisque la loi du 21 juin 1843 tranche formellement la difficulté ? Qu'on se réfère à l'article 2 de cette loi.

« A l'avenir, les actes notariés contenant donation entre-vifs, donation entre époux, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturel, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins. »

Les auteurs sont d'accord pour interpréter ce texte en ce sens que la procuration donnée par acte sous-seing privé est nulle. Si cet acte est nul, *a fortiori* doit-on considérer comme tel, tout écrit par lequel le père aurait consenti à ce que l'enfant fût désigné sous son nom dans l'acte de naissance, car cet écrit n'est au fond qu'un mandat donné à l'officier de l'état civil.

C'est par application de ces principes que la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 12 février 1868, a déclaré nulle la reconnaissance faite en vertu d'un mandat sous-seing privé.

*Troisième système.* — L'opinion que je viens d'exposer est rigoureusement basée sur la logique et sur les textes ; mais, il faut en convenir, elle traite l'enfant naturel avec une sévérité révoltante, devant laquelle s'insurgent parfois les tribunaux à l'aide d'un procédé irrégulier que j'ai déjà constaté : ils font alors plier une loi trop dure sous les exigences de l'équité. Ainsi, malgré les articles 36 et 334 du Code civil, et nonobstant l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 qui la confirme, le tribunal de la Seine et la Cour de Paris, s'attachant exclusivement à l'article 1985, ont décidé que la procuration à l'effet de reconnaître un en-

fant, même dans un acte de l'état civil, pouvait être donnée verbalement, et que cette procuration verbale était de nature à être établie par de simples présomptions, lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit. Nous voilà loin du mandat authentique, loin même du mandat sous-seing privé : une procuration verbale suffit.

Les décisions du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris ont donné lieu à de nombreuses controverses. M. Laurent entr'autres a vivement protesté contre cette interprétation de la loi. « Invoquer l'article 1985, qui est étranger à la question, et ne tenir aucun compte des articles 334 et 36 qui la décident, cela ne s'appelle pas interpréter la loi, c'est la faire, et c'est la faire dans un sens tout contraire au texte comme à l'esprit du Code. Le texte veut une manifestation authentique de la volonté de celui qui reconnaît un enfant naturel, tandis que dans le système de la Cour de Paris, une simple lettre suffira. Il a été en effet jugé en ce sens par la Cour de Bruxelles, une lettre adressée à l'officier de l'état civil, par laquelle le père le prie d'inscrire l'enfant en son nom a été admise comme suffisante, cette lettre ayant été annexée par l'officier public à l'acte de naissance. Est-ce là une manifestation de volonté authentique ? Non certes ; on a beau annexer un écrit sous-seing privé à un acte authentique, cet acte n'en conserve pas moins sa nature. Et l'authenticité manquant, que devient la garantie que le législateur a cherchée dans la présence de l'officier public et des témoins. Celui qui écrit une lettre sous la pression que l'on exerce sur sa volonté,



est-il libre comme la loi veut qu'il le soit parce que sa lettre est annexée à l'acte de reconnaissance (1) ? »

+ *Des effets attribués à la procuration en matière de reconnaissance.* — Une dernière difficulté qu'on soulève à cet égard c'est de savoir si la simple procuration équivaut à une reconnaissance. Au premier abord, la question semble naïve et affecte un air de cercle vicieux. En effet, si le mandat que je vous ai donné pour reconnaître mon enfant naturel est lui-même une reconnaissance, tout est fini, je n'ai plus besoin de procuration. Quoi qu'il en soit, deux systèmes résolvent le problème en sens contraire.

D'après quelques auteurs, la procuration vaut reconnaissance parce qu'elle contient un aveu de paternité. Cette solution entraîne deux conséquences : 1° quant à *la forme*, le mandat doit, comme la reconnaissance elle-même, être reçu en minute par le notaire ; 2° quant au *fond*, il est irrévocable au même titre que la reconnaissance.

Le second système au contraire soutient que la procuration n'est jamais une reconnaissance. Sans doute elle implique un aveu de paternité, mais un aveu éventuel, un aveu subordonné à l'exécution du mandat, un aveu qui jusque-là peut-être retracté. De ce principe on conclut : 1° que la procuration peut être délivrée en brevet alors que la reconnaissance doit toujours être dressée en minute ; 2° que la procuration, à l'inverse de la reconnaissance, peut être révoquée jusqu'à l'exécution, au gré du mandant.

1. Laurent. *Principes de droit civil*, tome IV p. 85.

La Cour de Bourges a statué dans ce sens par un arrêt en date du 6 juin 1860.

§ 2. — DE LA SPÉCIALITÉ DE LA RECONNAISSANCE.

Dans la rigueur des principes l'acte de reconnaissance doit être exprès et spécial. Ceci revient à dire que la reconnaissance idéale doit réunir les trois conditions suivantes : 1° l'acte doit avoir pour objet spécial la reconnaissance ; 2° la volonté de reconnaître doit se traduire par des termes formels ; 3° l'enfant doit être désigné individuellement.

Je vais examiner successivement ce que sont ces trois conditions aux yeux de la doctrine et je montrerai ensuite ce qu'elles deviennent entre les mains de la jurisprudence.

1° *De la spécialité dans l'acte.* — L'article 62 nous offre l'idéal de la spécialité en nous présentant un acte dont l'objet *unique* est la reconnaissance de l'enfant. « L'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres à sa date ; et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance. » Ainsi la condition de spécialité ne sera jamais mieux remplie que lorsque le père viendra, postérieurement à la naissance, reconnaître l'enfant devant l'officier de l'état-civil. Dans ce cas l'acte n'aura et ne pourra avoir qu'un seul objet, la reconnaissance.

Mais la loi n'est pas rigoureuse au point d'exiger que la reconnaissance soit toujours faite dans un acte dressé exprès et *ad hoc*. Elle entend la condition de spécialité dans

un sens plus large et dans certains cas la reconnaissance lui paraît parfaitement valable, bien qu'elle soit accessoirement consignée dans un acte qui a un autre objet. Telle est l'hypothèse d'une reconnaissance consentie par les père et mère dans leur acte de mariage. De même on s'accorde pour décider que l'acte de mariage de l'enfant naturel peut constater la reconnaissance dont il vient d'être l'objet de la part de ses parents lorsque ceux-ci donnent leur consentement au mariage. C'est ainsi encore que je me suis rallié au système d'après lequel un testament authentique, une enquête judiciaire, un procès-verbal de conciliation peuvent contenir une reconnaissance d'enfant naturel. Ces actes quoique ayant pour but principal un autre objet ne laissent pas d'être spéciaux en ce qui concerne la reconnaissance. En effet un acte peut contenir plusieurs dispositions et être spécial pour chacune d'elles. Tout ce que veut la loi c'est que la reconnaissance soit insérée dans une clause particulière. Il importe à la sincérité de l'acte que l'attention du père, des témoins et de l'officier public soit spécialement appelée sur l'aveu de paternité.

La jurisprudence ne dénature pas trop cette première condition. En validant la reconnaissance contenue dans le testament par acte public, le registre d'audience, le procès-verbal du juge de paix conciliateur, les tribunaux restent dans l'esprit de la loi qui, elle-même, comme on l'a vu, déclare l'acte de mariage susceptible de constater une reconnaissance.

*2° De la spécialité dans les termes qui expriment la*



*volonté de reconnaître.* — Tous les textes qui ont trait à la reconnaissance (art. 62, 331, 334) supposent une déclaration, or on ne conçoit pas une déclaration sans des termes formels. Le père qui veut reconnaître un enfant doit donc exprimer sa volonté de façon à ne laisser subsister aucun doute sur ses intentions. Est-ce à dire qu'il doive se servir nécessairement du mot *reconnaître*? Pas le moins du monde. Il est de l'esprit des législations modernes et surtout de la nôtre de proscrire toute formule sacramentelle. Tous les termes sont bons pourvu qu'ils traduisent nettement la volonté de reconnaître.

Tel serait en stricte doctrine l'esprit de la loi. Il faudrait une clause spéciale, et cette clause devrait énoncer catégoriquement l'intention de reconnaître.

Cependant nos jurisconsultes n'hésitent pas à se départir de la rigueur de ce principe. Aux termes de l'article 1320, disent-ils « l'acte soit authentique, soit sous-seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. » Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer cette théorie aux actes qui contiennent une reconnaissance et, dès lors, il est naturel de conclure que la reconnaissance ne doit pas être nécessairement faite en termes dispositifs et par phrase principale, mais qu'elle peut résulter de termes énonciatifs et d'une simple phrase incidente. Cette conclusion quoique plausible n'est pas admise par tous les auteurs. Voici en quels termes M. Laurent la réfute : « On oublie que la reconnaissance est un



acte *solennel* et que dans l'article 1320 il n'est question que de la preuve qui résulte des actes authentiques, quand il s'agit de contrats *non solennels*. La différence est capitale et elle exclut l'argumentation par analogie (1). »

Quant à la jurisprudence, non-seulement elle valide la reconnaissance formulée en termes énonciatifs et par phrase incidente, mais elle se contente souvent de simples inductions ; elle proclame des cas de reconnaissance tacite.

Sur cette matière les arrêts sont nombreux : les uns sont généralement acceptés par les auteurs, les autres suscitent de vives controverses.

Parmi les premiers, je citerai un arrêt de la Cour de Bastia qui valide une reconnaissance contenue dans un testament authentique en se fondant sur ce que le défunt a fait un legs à un enfant qu'il appelle *sa fille naturelle*. C'est le cas d'une reconnaissance par termes énonciatifs et par phrase incidente. L'énonciation ayant un rapport direct avec la disposition, on tombe bien sous l'application de l'article 1320. On trouve là, avec un peu de bonne volonté, bien entendu, la clause spéciale et l'intention formelle de reconnaître. Le père a donc été considéré à juste titre comme ayant satisfait aux conditions de spécialité exigées par la loi.

De même, la Cour de Colmar a jugé que la simple qualité de *père* prise par un individu dans un acte de naissance sur lequel il appose sa signature suffit à constituer une reconnaissance valable. Ce mot de père est un aveu et

1. Laurent, *op. cit.* Tome IV, p. 91.

même un aveu très-significatif, car l'acte où il figure est bien de nature à appeler l'attention du signataire sur le terme qu'il emploie. J'accepte donc l'arrêt sans protester.

Pareillement je n'estime point contraire à la loi un arrêt en date du 8 août 1855, par lequel la Cour de Metz a tranché dans le même sens l'espèce suivante. Un individu déclare une naissance à l'officier de l'état-civil et désigne comme sa femme légitime la mère de l'enfant alors qu'elle n'est en réalité que sa concubine. Malgré l'absence de mariage et le mensonge dont la déclaration est entachée peut-on voir, au moins dans cet acte, une reconnaissance de paternité? La Cour a résolu la question par l'affirmative. En effet l'aveu est incontestable. Dans cette espèce, comme dans la précédente, l'analyse me permet de découvrir et la *clause spéciale* et le *terme formel*.

Mais là où je ne retrouve ni l'une ni l'autre de ces deux conditions, c'est dans l'acte suivant où la Cour de Riom a vu cependant une reconnaissance. Dans son contrat de mariage, un enfant naturel se dit fils de tel individu et cet individu signe avec les témoins. La signature ainsi donnée équivaut-elle à une reconnaissance de paternité? L'arrêt le décide. Ainsi voilà une paternité qui résulte d'un acte étranger au prétendu père, d'un acte qui ne contient aucune déclaration, aucun aveu de sa part. Je n'hésite pas à dire qu'une pareille reconnaissance sort complètement du texte et de l'esprit de la loi; cet acte ne se trouve même plus dans les termes de l'article 1320; la *clause spéciale* loin d'y être exprimée en termes dispositifs n'y figure pas

même en termes énonciatifs, que dis-je ? pas même en phrase incidente ; d'autre part j'y cherche en vain la volonté *formelle* de reconnaître dont j'ai montré plus haut la nécessité. J'ai devant moi un cas de reconnaissance tacite ; on pourra désormais reconnaître un enfant sans rien dire. Si ce système fait bon marché des textes, il ne témoigne pas plus de respect pour l'esprit de la loi. Il réduit à néant les garanties dont le Code a voulu entourer l'aveu de paternité : en faisant résulter la reconnaissance d'une simple signature il expose cet acte aux dangers de la surprise et de l'inattention de la partie intéressée.

Au surplus, en statuant ainsi, la Cour de Riom n'a point entendu faire œuvre de doctrine, mais de simple équité. C'est là un des cas si nombreux en notre matière où la jurisprudence trouvant la loi trop dure la transforme pour ainsi dire devant l'intérêt que présentent certaines situations. Ainsi, dans l'espèce qui nous occupe, la signature du père n'était pas à vrai dire le seul élément de la preuve. Les faits militaient en faveur de la paternité : le nom du père, quoique sans son aveu, figurait dans l'acte de naissance et l'enfant avait une possession d'état conforme au titre. La paternité naturelle, il est vrai, n'existait pas aux yeux de la loi puisqu'elle n'admet comme preuve de ce fait ni l'acte de naissance, ni la possession d'état, mais sur le terrain de la pratique le rapport de filiation résultait avec la plus grande évidence de ce concours d'éléments. Ce fut cette certitude matérielle, extra-légale, qui entraîna la décision de la Cour.



En somme, la jurisprudence n'a pas sur ce point de principe invariable : c'est l'intérêt du fait particulier qui tranche la question. Les tribunaux admettent ou rejettent la paternité, selon que les circonstances de la cause les touchent plus ou moins.

Pour montrer combien la jurisprudence est flottante en ces matières, je ne puis mieux faire que de citer une espèce qui se présente souvent devant les tribunaux et qui, d'un procès à l'autre, est l'objet de solutions diamétralement opposées. Un homme s'oblige à fournir une somme à une femme pour elle et pour son enfant. Cet engagement implique-t-il une reconnaissance de paternité ? Tout bien considéré, et si l'on se place sur le terrain de la jurisprudence, la force probante qui résulte d'un pareil acte est pour le moins égale à celle que le juge attache au nom de père ou de fils ou à une simple signature. L'homme qui pourvoit à la subsistance de la mère et de l'enfant avoue *a fortiori* la paternité puisqu'il en remplit les devoirs et si l'aveu qu'il fait ainsi figure dans un acte authentique, on peut soutenir que cet aveu constitue une reconnaissance valable. Il semble donc que la jurisprudence, étant donné son système, eût dû résoudre par l'affirmative toutes les questions de ce genre. Cependant il n'en est rien ; elle rend des arrêts pour ou contre, non pas selon la valeur de l'acte, mais d'après le degré d'intérêt que lui inspirent la femme et l'enfant.

3° *De la spécialité dans la désignation individuelle de l'enfant.* — Enfin, nous dit la doctrine, il faut que l'en-

fant auquel s'applique la reconnaissance soit désigné individuellement de façon à ce qu'il ne subsiste aucun doute sur la personne reconnue. S'il a été dressé acte de la naissance, il n'y a pas de difficulté : le nouvel acte doit se référer à l'ancien. Si au contraire l'enfant n'a pas été inscrit sur les registres de l'état-civil, il devient de plus en plus nécessaire de spécifier dans l'acte de reconnaissance son sexe et son âge, les noms et prénoms sous lesquels il est connu, et toutes les indications qui sont de nature à établir son identité.

Ce principe résulte de la nature des choses. On ne saurait concevoir une reconnaissance alors qu'on ignore quel est l'enfant reconnu.

Néanmoins la jurisprudence ne se montre pas très sévère sur cette troisième condition de spécialité. Les auteurs eux-mêmes diffèrent d'opinion sur les faits qui la constituent : dans la même espèce, elle paraît évidente aux uns tandis qu'elle semble fort douteuse aux autres. Tel est par exemple l'arrêt de la Cour de Caen cité avec des appréciations différentes par Laurent et Demolombe. Voici le cas : un homme institue une rente au profit d'une femme « parce qu'elle a eu deux enfants de ses œuvres et qu'elle est enceinte du troisième. » Saisie du litige, la Cour de Caen déclare que l'expression du motif de la libéralité constitue une reconnaissance.

Demolombe trouve la décision fort naturelle et la cite à l'appui de sa doctrine, tandis que Laurent la critique en ces termes : « Cet acte ne manifeste pas même la volonté du

père de reconnaître les enfants, il est fait uniquement au profit de la mère. Or, on peut venir au secours de la mère et lui faire des libéralités sans vouloir donner son nom aux enfants. Ces enfants sont-ils au moins désignés individuellement ? Non, on sait seulement que ce sont les enfants de telle femme, mais cette femme n'étant pas mariée, ses enfants n'ont pas de filiation ; il faudrait donc commencer à chercher la maternité avant que la filiation paternelle pût être admise. La désignation des enfants reconnus doit résulter de l'acte qui les reconnaît ; on ne peut pas la chercher en dehors de l'acte. »

Une autre espèce fort célèbre a suscité de vifs dissentiments dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Un capitaine au long cours, à la veille de s'embarquer, donne par acte notarié à un ami, pouvoir exprès de reconnaître devant tous officiers de l'état civil, comme issu de ses œuvres, l'enfant qui naîtra pendant son voyage de la femme confidentiellement désignée par lui à son mandataire. L'enfant vient au monde et le mandataire le présente à l'officier de l'état civil comme étant le fils naturel du mandant. Le père décède et ses héritiers attaquent la reconnaissance pour défaut de spécialité. La Cour d'Aix juge la reconnaissance valable, par un arrêt du 30 mai 1866.

Sur cet arrêt la doctrine se partage. Mourlon soutient la théorie de la Cour dans une consultation. Sans doute, l'enfant n'est pas désigné dans le mandat ; mais qu'importe ? cela ne nuit pas à la spécialité du mandat qui est spécial par la déclaration confidentielle que le mandant a faite du



nom de la mère. D'autre part, Demolombe a rédigé une consultation en sens contraire. « Consulté sur la question de savoir si cette reconnaissance était valable, nous avons répondu négativement par ce motif qui nous semblait péremptoire que la désignation de la personne qui était enceinte et, par suite, la désignation de l'enfant que le mandataire était chargé de reconnaître n'avait pas été faite dans un acte authentique et spécial et se trouvait par conséquent abandonnée à l'entière discrétion du mandataire: »

La Cour de Cassation cassa la première décision et la Cour de Grenoble saisie de l'arrêt de renvoi confirma la doctrine de la Cour suprême.

« Nous croyons, ajoute M. Laurent, que ces décisions consacrent les vrais principes. La procuration doit être tout ensemble spéciale et authentique. Elle doit être authentique comme garantie de liberté dans celui qui veut reconnaître et de sincérité de la reconnaissance qu'il donne pouvoir de faire en son nom. Il faut donc que l'acte notarié indique l'enfant, c'est un élément substantiel de la reconnaissance et par conséquent du mandat. Si l'enfant n'est pas encore né le seul moyen de le désigner c'est d'indiquer la mère. Comprend-on la reconnaissance d'un enfant conçu sans l'indication de la mère? Eh bien, c'est ne pas l'indiquer que de la désigner oralement ou par un écrit sous-seing privé; il en résulterait, en effet, que l'un des éléments les plus essentiels de la reconnaissance ne serait pas authentique. Ce qui est vrai de la reconnaissance l'est aussi de la procuration. La désignation confidentielle



de la mère en dehors de la procuration serait insuffisante ; le mandat ne serait ni spécial ni authentique, partant la reconnaissance serait nulle. »

## VII. — *Des reconnaissances nulles et annulables.*

### § 1. — DES CAS OU LA RECONNAISSANCE EST NULLE.

Lorsqu'ils se trouvent en présence d'actes établis en dehors des conditions requises par la loi, les auteurs établissent une distinction importante. Ils appellent *nuls* ou *inexistants* les actes dépourvus d'une condition essentielle et constitutive, et déclarent simplement *annulables* ceux qui tout en réunissant les éléments essentiels à leur formation sont entachés de quelque vice. Les premiers n'ont qu'une vaine apparence ; les autres ont une forme, mais une forme imparfaite et vicieuse.

Cette distinction s'applique aux actes de reconnaissance.

La reconnaissance est nulle ou inexistante quand elle manque de quelque élément essentiel à sa perfection. C'est un simple fait dénué de tout caractère légal. L'acte n'existe ni pour le père ni pour l'enfant ni pour les tiers. Il est donc inutile d'en demander la nullité en justice car suivant le mot des jurisconsultes « on n'annule pas le néant », mais tout intéressé peut opposer l'inexistence de l'acte, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Cette faculté ne se prescrit pas : en tout temps je puis alléguer qu'une reconnaissance n'a pas existé et repousser

dès lors les conséquences que l'on prétend tirer de cette vaine apparence d'acte.

La reconnaissance est absolument nulle ou inexistante dans quatre cas, du moins d'après l'opinion générale.

*1° De l'inexistence résultant de la non-paternité.* — Un premier point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que la reconnaissance est nulle lorsqu'en l'absence de procuration, elle émane d'un homme autre que le père de l'enfant. Cette règle résulte de la nature des choses. Il est de toute évidence que personne ne peut reconnaître un enfant si ce n'est celui qui lui a donné le jour. La paternité est un fait purement personnel qui ne peut être avoué que par le père lui-même. De ce principe découlent les conséquences suivantes : 1° les parents du père naturel, à supposer que celui-ci soit mineur, n'ont pas qualité pour reconnaître en son nom l'enfant issu de leur fils ; 2° les héritiers ne peuvent pas davantage reconnaître l'enfant naturel de la personne à laquelle ils succèdent. A la vérité une Cour (1) a validé une reconnaissance survenue dans ces conditions, mais c'est en quelque sorte sous la pression des faits. L'équité était pour l'enfant et les parents du défunt l'admettaient au partage de la succession. Soit ! libre aux héritiers de trancher ainsi la question pécuniaire, mais la question d'état leur échappe et reste entière ; 3° le premier homme venu ne peut pas, même sous prétexte de légitimation, reconnaître, pour son propre compte, un enfant dont il n'est pas le père. Dès que la lumière sera

1. Metz, 21 juin 1853 (Dalloz, 1856, 2, 193).

faite sur la question de paternité, tout intéressé pourra opposer l'inexistence de l'acte, car c'est un tiers sans qualité qui l'a souscrit. La Cour de Douai (1) a tranché dans ce sens une espèce devenue célèbre.

En 1845, dans son acte de mariage, un individu reconnaît comme étant de ses œuvres un enfant né en 1816 de la femme qu'il épouse. Or en 1816 époque de la naissance de l'enfant, la mère menait au loin une existence errante et le prétendu père âgé de douze ans allait tranquillement à l'école. Aucune trace de relations ne se manifestait entre eux ; pendant plus de vingt ans ils étaient restés étrangers l'un à l'autre. Dans ces conditions la Cour de Douai rejeta comme nulles et inexistantes la reconnaissance du mari et la légitimation qui en résultait ;

2° *De l'inexistence résultant de la folie.* — Il ne saurait y avoir d'acte là où il n'y a pas de volonté. De même qu'il n'y a pas de mariage sans consentement, de même l'absence de volonté qui résulte de la démence est-il un obstacle à la formation de la reconnaissance. En effet les règles ordinaires de l'interdiction ne s'appliquent pas à l'homme qui reconnaît un enfant naturel ;

3° *De la nullité résultant de l'incompétence de l'officier public.* — Ainsi que je l'ai montré précédemment la reconnaissance est un acte solennel. Les formes auxquelles l'acte est soumis, le but dans lequel la loi exige l'intervention de l'officier public, tout prouve que la solennité est prescrite comme partie intégrante du consentement. Ici comme en

1. Douai, 6 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 221).



matière de donation la solennité est nécessaire non pas *ad probationem*, mais *ad substantiam*. Par suite l'incompétence de l'officier public quant à la reconnaissance entraîne la nullité absolue de l'acte. Tel serait par exemple le cas d'une reconnaissance reçue par un sous-préfet ou un garde-champêtre.

4° *De la nullité résultant de l'acte sous-seing privé.* ) +

— La reconnaissance est également nulle lorsqu'elle est consignée dans un acte sous-seing privé. J'ai indiqué plus haut les motifs sur lesquels la doctrine appuie cette solution. Je dois ajouter que la question a été tranchée en ce sens par un arrêt de Cassation. La Cour suprême (1) a décidé que la reconnaissance sous signature privée, est nulle alors même qu'elle est relatée dans l'acte de naissance si cet acte a été reçu hors de la présence du père et sans son consentement.

Quelques auteurs ont cependant prétendu que la reconnaissance sous signature privée n'est pas absolument nulle et qu'elle peut dès lors produire certains effets. Sur cette assertion ils ont fondé les deux propositions suivantes qui me paraissent l'une et l'autre complètement erronées : 1° La reconnaissance sous-seing privé peut être confirmée ; 2° elle engendre l'obligation alimentaire.

*La reconnaissance sous-seing privé peut-elle être confirmée par la vérification d'écriture ou la possession d'état ?*

1. Cassation. 14 octobre 1812 (Dalloz, au mot paternité, n° 548-5°, p. 343).

Pour l'affirmative on fait valoir deux arguments :

1° L'article 334 en soumettant la reconnaissance à la forme authentique n'exige pas cette condition sous peine de nullité, comme le fait l'article 931 pour la donation entre-vifs. Cet acte est peut-être entaché d'un vice, mais il n'est pas nul et dès lors il peut être confirmé.

Je réponds que si la loi n'exige pas ici l'acte authentique sous peine de nullité, c'est parce que cette conséquence résulte de la nature même de la reconnaissance. L'authenticité est, d'après l'esprit du Code, l'élément essentiel et constitutif de la reconnaissance ; si cet élément fait défaut, il va sans dire que l'acte n'existe pas. D'ailleurs, ainsi que je l'ai déjà rappelé au cours de ce travail, les articles 1394 et 2129 ne prononcent pas formellement la nullité du contrat de mariage et du contrat d'hypothèque passés sous signature privée et pourtant, malgré ce silence, tous les auteurs sont d'accord sur l'inexistence de pareils actes.

2° Mais, me réplique-t-on, la reconnaissance sous-seing privé va devenir authentique par l'effet du jugement qui, à la suite d'une vérification ou d'une reconnaissance d'écriture, déclare que l'écrit est véritablement l'œuvre de l'homme auquel on l'attribue. C'est ce que proclame en termes formels l'article 1322. « L'acte sous-seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. »

Avant de réfuter cet argument, je rappelle que dans l'esprit de l'article 334 le but de l'authenticité est de garantir avant tout la liberté et la sincérité du père. Ceci posé, j'argue. Sans doute la vérification ou la reconnaissance d'écriture prouvent que l'écrit est l'œuvre *matérielle* du père, mais ce qu'elles ne prouvent point c'est qu'il soit, si je puis m'exprimer ainsi, l'œuvre *morale* de l'auteur de la reconnaissance. Cité en justice, un homme peut avouer qu'il a écrit et signé la déclaration de paternité qu'on lui oppose, sans avouer par le fait qu'elle ne lui a pas été arrachée à la suite d'obsessions ou de surprises. En résumé la vérification ou la reconnaissance d'écriture n'établissent authentiquement que le fait matériel de l'exactitude de l'écrit ; or, à quoi cela mène-t-il si la liberté du consentement, élément essentiel de la reconnaissance, n'est point constatée en forme authentique ?

Touchés de ces arguments, certains jurisconsultes se sont rejetés sur la possession d'état comme mode de confirmation de la reconnaissance sous-seing privé. Malheureusement, cette ressource n'est pas plus efficace que la première. Qu'est-ce qu'une reconnaissance sous signature privée ? La doctrine et la jurisprudence nous l'ont appris, c'est un acte nul et inexistant aux yeux de la loi. A quoi viendrait donc se joindre ici la possession d'état ? Au néant ! En d'autres termes, elle resterait isolée. Or, nous savons qu'à elle seule la possession d'état est impuissante à prouver la filiation naturelle.

De tout ce qui précède, je conclus : 1° qu'un aveu de

J X K. B



paternité sous-seing privé ne peut jamais devenir authentique ; 2° qu'il ne peut jamais être confirmé ; 3° qu'il doit être refait en la forme légale, comme l'article 1339 le prescrit pour la donation entre-vifs.

Un pareil acte ne pourrait avoir d'effet que dans une seule hypothèse. Je veux parler du cas exceptionnel où l'article 340 autorise la recherche de la paternité. L'acte sous-seing privé interviendrait dans le débat non pas comme preuve, mais comme moyen : la preuve ne résulterait que du jugement.

*La reconnaissance sous-seing privé engendre-t-elle  
au profit de l'enfant une obligation alimentaire ?*

J'aurais pu, à la rigueur, passer sous silence cette intéressante question qui ne se rattache qu'indirectement à mon sujet, puisque les *preuves* de la paternité font le seul objet de la présente étude. Il m'a semblé néanmoins fort utile de faire connaître à cet égard les véritables solutions juridiques. Leur extrême rigueur, les conséquences révoltantes auxquelles elles aboutissent, me serviront d'argument, lorsqu'à propos de l'article 340, je demanderai à mon tour au législateur l'extension des cas de recherche de la paternité.

La question se présente sous deux aspects, et en face de l'un comme de l'autre, le texte de la loi impose une solution négative. C'est le cas de dire : *dura lex, sed lex*.

*Premier cas.* — L'acte sous-seing privé ne contient



qu'une reconnaissance sous engagement du père de fournir des aliments à l'enfant. Cet engagement découle-t-il de l'acte ?

*Oui*, dit l'équité, car la paternité impose à l'homme l'obligation naturelle de nourrir son enfant, et la reconnaissance sous-seing privé suffit pour constater une obligation naturelle.

*Non*, répond la loi. L'obligation naturelle découle de la paternité. Pour que la première existe, il faut que la seconde soit prouvée. Or, aux yeux de la loi civile, la paternité ne se prouve point par acte sous-seing privé. Loin de considérer cet acte comme probant, la loi présume à tort ou à raison qu'il a été arraché à son auteur par surprise ou par obsession. Pour elle, la reconnaissance n'existe pas et elle ne peut produire aucun effet, ni la pension alimentaire, ni même, si l'on veut être logique, l'empêchement au mariage entre le père et la fille ainsi reconnue.

*Deuxième cas.* — L'acte sous-seing privé contient tout à la fois la reconnaissance de l'enfant et l'obligation de lui fournir des aliments. Cette obligation particulière est-elle valable ?

*Évidemment*, dit l'équité. Cet engagement est parfait dans la forme et dans le fond : dans la forme, parce que les obligations en général peuvent être contractées sous signature privée, dans le fond, parce que l'obligation alimentaire a ici pour cause un devoir de morale.

*Pas le moins du monde*, répond le Code. Toute obligation sans cause est nulle ; or, la reconnaissance qui, au

fond, est présentée ici comme la cause de l'obligation alimentaire, n'existe pas aux yeux de la loi, donc cette obligation est nulle. Dans le premier cas, la loi ne fait que favoriser l'indifférence du père qui ne s'est pas soucié d'assurer des secours à son enfant ; dans le second cas, elle gêne le père qui a voulu accomplir ce devoir. Là, elle n'était qu'immorale ; ici, elle devient oppressive. Mais je le répète, c'est la loi. Au lieu de la tourner et de prendre des biais, mieux vaut déclarer franchement qu'elle est mauvaise et la remettre sur le métier.

§ 2. — DES CAS OU LA RECONNAISSANCE EST ANNULABLE.

Les reconnaissances *nulles*, ai-je dit, sont celles qui, faute d'un élément essentiel et constitutif, n'ont pu prendre naissance aux yeux de la loi. Elles n'existent pour personne ; tout le monde peut se prévaloir de leur nullité qui n'est pas susceptible d'être couverte par la prescription ou par la ratification et qui n'a pas besoin d'être déclarée en justice pour paralyser la reconnaissance dans ses effets.

Au contraire, les reconnaissances *annulables* existent ; elles donnent lieu à prescription et à ratification. On leur applique la maxime ancienne : *nullités de plein droit n'ont lieu*. Ce qui revient à dire qu'elles produisent les effets que la loi attache à la reconnaissance tant que les tribunaux n'ont pas prononcé leur annulation. Le Code n'ayant rien dit des cas d'annulation, il faut, pour les déterminer, recourir aux principes généraux du droit. De là, certaines

divergences parmi les auteurs. C'est ainsi que plusieurs jurisconsultes voient dans l'incapacité une cause d'annulation et se refusent à admettre comme valable la reconnaissance faite par un interdit, par une femme mariée, par un mineur. Telle n'est pas mon opinion. Les règles ordinaires de la capacité ne s'appliquent pas à la reconnaissance parce qu'elle est l'accomplissement d'un devoir. Je n'insiste donc point sur cette hypothèse et je passe aux cas qui, de l'avis de tous, constituent des causes d'annulation.

Les vices dont le consentement peut être atteint sont, d'après l'article 1109, l'erreur, la violence et le dol. Cette disposition, bien qu'insérée au *Titre des Obligations*, est générale et s'applique aux matières d'état personnel. Aussi la Cour suprême (1) a-t-elle, dès le début, décidé que la reconnaissance d'un enfant naturel peut être annulée dans les mêmes cas et par les mêmes moyens que toutes les conventions consignées dans des actes authentiques. Sans doute la reconnaissance n'est pas un contrat, c'est un acte unilatéral parfait sans l'acceptation de l'enfant, mais cet acte n'en implique pas moins un consentement. Les vices qui affectent le consentement peuvent donc affecter la reconnaissance.

| 1° *Reconnaissance entachée d'erreur.* — Aux termes de l'article 1110 « l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui

1. Cassation, 27 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 565).



en est l'objet. » Mais, disent quelques auteurs trop attachés à la lettre de la loi, ce texte s'applique-t-il réellement à la reconnaissance? A première vue, on en douterait, car il parle de la substance de la *chose*; or, la reconnaissance a pour objet non pas une *chose*, mais une *personne*, non pas des intérêts matériels, mais des intérêts moraux de l'ordre le plus élevé. Il n'y a donc pas de *chose* dans la reconnaissance et, s'il en est ainsi, il n'y aura jamais erreur sur la substance de la chose. C'est en vertu de ce raisonnement qu'un tribunal avait décidé que l'erreur sur l'identité de l'enfant n'était pas de nature à vicier la reconnaissance.

Cette argumentation est facile à réfuter. Pour celui qui établit une juste balance entre le texte et l'esprit de la loi, l'article 1110 ne laisse substituer aucun doute. Le principe, d'après lequel l'erreur vicie le consentement, est une maxime qui domine toutes les matières du droit et qui découle d'un autre principe primordial, à savoir que l'obligation est le résultat de la volonté. Si l'erreur vicie le consentement lorsqu'elle porte sur une *chose* proprement dite, à plus forte raison le viciera-t-elle quand elle aura pour objet une *personne*. L'importance de l'erreur croît avec l'importance de l'acte.

Reste à déterminer quel sera, en notre matière, le sens du mot *substance*. Si l'on songe à la nature de la reconnaissance, il n'est pas douteux que la substance de l'acte c'est l'identité de l'enfant qui en fait l'objet. Il y aura donc une cause d'annulation toutes les fois que la reconnais-

sance aura été appliquée à un individu autre que celui dont le père a voulu consacrer l'état.

La Cour d'Aix s'est appuyée sur ces considérations pour réformer le jugement auquel j'ai fait allusion plus haut.

2° *Reconnaissance entachée de dol.* — Sauf le mariage qui reste soumis au vieux dicton : « En mariage trompe qui peut », tous les contrats sont annulables pour cause de dol. C'est ce que déclare formellement l'article 1116 : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. » Ce principe général s'applique aux reconnaissances d'enfants naturels. Par suite, il y aura lieu d'annuler l'acte lorsqu'il sera prouvé que le père n'aurait pas reconnu l'enfant sans les fraudes et les machinations auxquelles il a été en butte.

3° *De la reconnaissance entachée de violence.* — La violence viciant le consentement, est une cause d'annulation de la reconnaissance. Sur cette proposition générale tout le monde est d'accord. Mais « ainsi que la vertu et le crime » la violence a ses degrés et c'est précisément sur le degré de violence nécessaire à l'annulation que les controverses commencent à se donner carrière.

*Premier système.* — A la suite de Loiseau et de Ducarroy, quelques auteurs ont enseigné que la reconnaissance, pour être exempte de violence, doit être entièrement *spontanée*. Et voici le sens qu'ils attachent à ce mot : il ne faut pas d'après eux que la reconnaissance puisse être pro-

voquée par la crainte qu'inspirent soit des poursuites devant les tribunaux, soit même des actes extra-judiciaires tels qu'un exploit d'huissier. « Inutilement, disent-ils, un homme appelé en justice par son prétendu fils avouerait sa paternité. Si la reconnaissance peut résulter d'un aveu judiciaire, ce n'est que dans une instance tout à fait étrangère à la recherche de la paternité et lorsque le père demande lui-même acte de sa reconnaissance. »

Ce système en se préoccupant outre mesure d'assurer la liberté du père a le grave inconvénient de renchérir sur la rigueur de la loi à l'égard de l'enfant.

*Deuxième système.* — La Cour de cassation (1), plaidant ici *pro domo*, a, de bonne heure, repoussé la théorie que je viens d'exposer. A ses yeux une action en justice étant l'exercice d'un droit, ne doit jamais être considérée comme une violence. On ne saurait dire qu'une poursuite est illicite quand elle est permise par la loi et que le but auquel elle tend peut être judiciairement atteint. Pour qu'il y ait violence, il faut non pas des actes judiciaires ou extra-judiciaires, mais bien des menaces illégales ou des voies de fait. Par exemple, on ne pourrait admettre aucune exception de violence de la part d'un homme assigné en vérification d'une reconnaissance sous-seing privé, qui, par crainte d'un débat scandaleux se résignerait à avouer sur le champ sa paternité.

*Troisième système.* — Tout en reconnaissant qu'une

1. Cassation, 27 août 1811 (Dalloz au mot *Paternité*, n° 565.



poursuite judiciaire ne saurait constituer un acte de violence, d'éminents jurisconsultes, en tête desquels figurent M. Demolombe (1) proposent une transaction.

« Ceci n'est pour moi, dit ce dernier, qu'une pure question de fait : y a-t-il eu défaut de liberté ? Les magistrats pourront et devront même tenir compte de toutes les circonstances. Ils pourront trouver dans les poursuites intentées, et plus encore dans les menaces de poursuites et dans la terreur qu'elles auraient causée, l'un des éléments les plus graves de la violence. »

M. Laurent (2) repousse cette doctrine et fait ressortir assez durement ce qu'elle a de vague et d'indécis. « D'après son habitude, M. Demolombe transige avec les faits en ajoutant que les magistrats *pourront* trouver la violence dans les poursuites intentées et *peut-être* plus encore dans les menaces de poursuites. Des principes aussi nuageux ne sont plus des principes. »

Après une critique si nette, on croirait que M. Laurent va revenir purement et simplement au deuxième système. Pas le moins du monde. A son tour, il propose une distinction qui en fait ne diffère guère de celle de M. Demolombe.

« Les poursuites judiciaires, dit-il, sont l'exercice d'un droit quand l'action est intentée sérieusement. Mais si l'action n'a d'autre but que de frapper de terreur un esprit

1. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 432, p. 439.

2. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome IV, n° 65, p. 103.



timoré, alors elle devient injuste, car on abuse de la justice pour extorquer un consentement qui n'aurait pas été donné sans cette violence morale ; les tribunaux devraient, en ce cas, annuler la reconnaissance. »

*4° De la reconnaissance annulable pour vices de forme. —*

Le vice de forme pourra provenir : 1° Soit de l'incompétence de l'officier public qui aura instrumenté hors de son ressort ; 2° soit de l'omission des formalités prescrites par la loi sous peine de nullité. Encore faut-il pour l'application de ce principe distinguer entre les notaires et les officiers de l'état civil.

*alors il y a un vice de forme plus ou moins annulable.*

Si l'acte de reconnaissance a été reçu par un notaire, il suffira, pour découvrir les vices de forme, de se reporter à la loi du 25 ventôse an XI qui détermine avec soin les formalités dont l'absence entraîne la nullité.

Si, au contraire, l'acte a été reçu par l'officier de l'état-civil, il n'y aura pas, à proprement parler, de vice susceptible de devenir une cause d'annulation. En effet, le Code n'établit pas de nullité en ce qui concerne les actes de l'état-civil. L'acte irrégulier peut toujours être rectifié, et l'acte rectifié par jugement vaut rétroactivement du jour où la reconnaissance a été reçue.

*Du vice de forme provenant de l'absence de signature.*

— La Cour d'Angers (1) a décidé que la signature du père n'est pas prescrite sous peine de nullité et comme condition d'existence de la reconnaissance. Mais c'est là une décision

1. Arrêt d'Angers du 27 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 202).

qui ne doit pas être généralisée et qu'il convient de restreindre au cas particulier pour lequel elle a été rendue. En l'espèce, l'officier de l'état-civil après avoir signé l'acte déclarait que le père avait signé avec lui. L'absence de signature paraissait donc le résultat d'un oubli plutôt que d'un refus.

On le voit, c'est là une décision de fait et non de principes. Hors de là, il est certain qu'un acte sans signature est un acte inexistant. Suivant le mot de M. Laurent, c'est la signature qui fait l'essence de l'acte.

5° *De la reconnaissance annulable comme contraire à la vérité.* — La reconnaissance manque de sincérité de la part du prétendu père : 1° lorsqu'à l'époque de la conception il se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère ; 2° lorsque pendant la même période il était encore physiquement impubère. Je dis *physiquement*, car il ne s'agit pas ici de la puberté légale, mais d'un point de fait à décider d'après la constitution de la personne. L'article 144 étant spécial au mariage, l'homme pourra être déclaré pubère en fait bien qu'il soit impubère en droit et réciproquement ; 3° la reconnaissance est encore annulable au même titre lorsque, sans dol, erreur ou violence et en pleine connaissance de cause, le prétendu père a reconnu un enfant qui n'est pas le sien.

La preuve de ces différents faits pourra être établie par toute sorte de moyens, soit par témoins, soit encore par présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat.

VIII. — *Qui peut demander la nullité de la reconnaissance.*

Aux termes de l'article 339, toute reconnaissance de la part du père pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. En un mot, la reconnaissance ne vaut que jusqu'à preuve contraire, et cette preuve peut être fournie par tous les intéressés, à savoir :

1° L'auteur de la reconnaissance ; 2° l'enfant naturel reconnu ; 3° un autre individu l'ayant déjà reconnu ou voulant le reconnaître ; 4° les ascendants du prétendu père ; 5° les héritiers ou successeurs universels de l'auteur de la reconnaissance.

Telles sont les personnes qui peuvent attaquer la reconnaissance. Une question plus délicate est celle de savoir si toutes ces personnes peuvent opposer indistinctement les cinq causes d'annulation que j'ai énumérées plus haut. Cette question se pose surtout à propos de l'auteur de la reconnaissance et donne lieu à de vives controverses.

1° *De l'action intentée par l'auteur de la reconnaissance.*  
— Et d'abord, il n'est pas douteux que l'auteur de la reconnaissance ait le droit de l'attaquer pour dol, erreur ou violence, car ce sont là des causes de nullité introduites dans son intérêt. De même, le prétendu père est admis, de l'avis de tous, à invoquer les vices de forme provenant de l'incompétence de l'officier et de l'omission des solennités requises ; en effet, nul ne peut être obligé en vertu d'un acte qui n'est point valable. Mais il est un autre point sur lequel la doctrine se sépare ; vu son importance, je crois



devoir en faire l'objet d'une étude spéciale. Voici la question.

*Le prétendu père peut-il faire annuler comme non sincère la reconnaissance qu'il a faite?*

Bien entendu, l'homme dont il s'agit est capable ; il n'allègue ni vices de consentement ni vices de formes : il prétend simplement qu'il a reconnu pour tel ou tel motif un enfant qui n'est pas le sien : est-il admis à contester sa propre déclaration ?

*Premier système.* — A première vue, on est tenté de résoudre la question par la négative, et c'est ce que fait M. Demolombe. L'éminent jurisconsulte s'appuie sur un argument de texte, sur une considération de morale.

1° L'article 339 est conçu en ces termes : « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. » Qu'est-ce à dire si ce n'est que cette faculté est ouverte à tous les intéressés, sauf le père et la mère qui ne peuvent être provoqués à se donner à eux-mêmes un démenti. « Cela est si vrai, ajoute M. Demolombe (1), que l'article 339 met pour ainsi dire en présence : d'une part, le père ou la mère qui ont fait la reconnaissance, d'autre part, tous les tiers qui ont intérêt à la contester ; prouvant ainsi que c'est contre eux, et non point pour eux, que la contestation qu'il suppose

1. Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 437, p. 445.

pourra être formée ; or, l'article 339 a surtout pour but d'accorder aux tiers le droit d'établir la non-sincérité de la reconnaissance ; donc il n'accorde pas, ou plutôt même il refuse implicitement ce droit à celui qui l'a faite.

2° Les partisans de ce système font valoir en outre le scandale qui résulterait d'une semblable rétractation. Et pour accentuer leur argument ils placent l'auteur de la reconnaissance dans la circonstance la plus odieuse qu'il soit possible d'imaginer. Voici par exemple un homme autre que le père qui, après avoir reconnu et légitimé un enfant en épousant la mère, se ravise brusquement et invoque son honteux mensonge pour obtenir l'annulation de la reconnaissance qu'il a souscrite comme condition du mariage. N'est-il pas immoral d'écouter un individu qui, sans dol, erreur ou violence, vient alléguer ainsi sa propre turpitude ?

*Deuxième système.* — MM. Zachariæ et Laurent enseignent une opinion contraire à laquelle paraît se rallier la jurisprudence et que M. Bufnoir a adoptée dans son cours.

1° Et d'abord, l'argument de texte tiré de l'article 339 est des plus subtils : il a attribué en quelque sorte à cet article un sens caché qui fait le plus grand honneur à la sagacité des jurisconsultes, mais qui échappe complètement au lecteur libre de tout esprit de système et soucieux du sens naturel des textes. Il faut beaucoup de bonne volonté pour découvrir des restrictions dans cet article, il en faut plus encore pour y trouver ce refus d'action dont parle M. Demolombe. Pour quiconque lit sans prévention l'ar-

Article 339, la solution est générale : tous ceux qui ont intérêt sans distinction peuvent contester la reconnaissance. Or, l'homme a, en pareil cas, un double intérêt à contester une reconnaissance mensongère : 1° un intérêt moral puisque l'enfant portera son nom sans autre titre que le mensonge ; 2° un intérêt pécuniaire puisque l'enfant peut prétendre à la succession et à la pension alimentaire.

Le point de droit que soulève la question me semble parfaitement traité par M. Laurent (1) dans le passage suivant : « L'état est d'ordre public, il ne dépend pas de la volonté arbitraire des particuliers de le créer ou de le détruire. Quand le père reconnaît un enfant naturel, ce n'est pas sa reconnaissance qui crée l'état de l'enfant, il ne fait que constater dans la forme authentique, le fait de sa paternité. L'enfant acquiert son état par la naissance, mais aussi il ne peut l'acquérir que par la procréation. Si par faiblesse, par séduction, par un honteux calcul, celui qui n'était pas le père a reconnu un enfant qui ne lui appartient pas, il n'y a pas de paternité, et comment sans paternité y aurait-il une filiation, un état ? Le mensonge ne peut pas créer un état. »

En vain oppose-t-on l'article 339. Pour qui dégage le principe qui a servi de point de départ au législateur ce texte ne présente aucune difficulté. La reconnaissance, disait Portalis, n'est pas une preuve ; si elle n'est pas une preuve contre les tiers, elle ne peut pas davantage être

1. Laurent. *Principes de Droit civil français*. Tome IV, n° 78, p. 117.



une preuve contre le signataire qui peut la désavouer en prouvant qu'il n'est point le père.

2° L'argument tiré du scandale qui résulte d'une telle rétractation, ne me paraît pas plus concluant. Ainsi que je l'ai dit en passant, il emprunte toute sa force à l'espèce particulièrement odieuse dans laquelle on le présente. Dieu merci, le cas d'un époux qui attaque sa reconnaissance après l'avoir souscrite comme condition du mariage avec la mère est un cas exceptionnel. La pratique offre au contraire de nombreuses hypothèses où le père, loin d'être odieux, paraît intéressant. Tel est par exemple le curieux procès dont le répertoire de Dalloz (1) donne le résumé suivant.

Le prétendu père n'avait connu la mère que longtemps après la naissance de l'enfant. La mère ne le niait point, elle déclarait, en outre, qu'il n'était pas le père. Et comment aurait-il pu l'être ? A l'époque de la conception, il était pensionnaire au collège Henri IV ; ses sorties, il ne les faisait que sous bonne escorte, ses vacances il les passait à la maison de campagne de ses parents, loin de la mère. Plus tard, sous le coup d'une passion aveugle, il avait reconnu cet enfant dont il savait bien ne pas être le père. Cet acte de complaisance n'était pas suspect de sa part ; ainsi que le montrèrent les débats, il avait donné la mesure de sa soumission envers la femme : elle le dominait au point de lui faire jouer le rôle de domestique et de l'envoyer au marché acheter des œufs et des légumes.

1. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 581, Paris, décembre 1833.



Cet exemple donné, je reviens à l'objection de morale et je demande ce qu'il y a de scandaleux dans la rétractation qu'un tel père fait d'une reconnaissance aussi légèrement consentie. Mais c'est précisément dans un refus d'action qui sanctionnerait l'état acquis par la fraude que seraient le scandale et l'immoralité ! C'est ce qu'ont décidé à plusieurs reprises, dans des espèces semblables, les Cours d'appel de Paris (1) et de Lyon (2).

II. — *De l'action intentée contre la reconnaissance par l'enfant naturel reconnu.*

Plus que tout autre l'enfant a qualité pour faire tomber une reconnaissance qui lui attribue une filiation mensongère. Les intérêts les plus graves sont en jeu : il s'agit de son état, de ses devoirs moraux, de ses droits pécuniaires. Aussi son action est-elle recevable lors même qu'il se borne à répudier la paternité qui résulte de la reconnaissance sans en alléguer une autre ; bien plus, lors même qu'il a été légitimé par le mariage subséquent de ses prétendus père et mère.

Toutefois, cette solution ne va pas sans soulever une controverse de détail. Comme dans le paragraphe précédent, j'ai à me demander si l'enfant peut invoquer indistinctement les cinq causes d'annulation de la reconnaissance,

(1. Paris, 23 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 269).

(2. Lyon, 43 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 232).

savoir : le vice de forme, le mensonge, l'erreur, la violence, le dol. Pour les trois premières, tout le monde est d'accord. L'enfant peut attaquer la reconnaissance comme nulle en la forme, comme erronée, comme mensongère au fond. Mais a-t-il le droit de soutenir que l'auteur de la reconnaissance a été victime d'une violence ou d'un dol ?

La raison de douter c'est que la violence et le dol sont des causes de nullité relatives. N'est-ce pas là, peut-on dire, un moyen personnel auquel la victime de la violence ou du dol peut renoncer par la ratification ou le silence ? Et, dès lors, n'est-il pas conforme aux principes posés au titre des obligations de décider que ces causes de nullité ne peuvent être invoquées que par l'auteur de la reconnaissance ? Telle est, en effet, la conclusion à laquelle arrivent MM. Aubry et Rau dans leurs notes sur Zachariæ (1).

Au contraire M. Demolombe part du principe que *tout intéressé a le droit de contester la reconnaissance* pour autoriser l'enfant à exciper du dol ou de la violence dont cet acte est entaché. La Cour de Bordeaux a d'ailleurs statué dans ce sens par un arrêt en date du 10 avril 1843.

### III. — *De l'action intentée contre la reconnaissance par une personne ayant déjà reconnu le même enfant.*

La personne à laquelle je fais allusion peut être la mère de l'enfant ou un autre homme qui prétend également être

1. Zachariæ, tome IV, p. 686.

père. Je vais montrer qu'ils ont l'un et l'autre un vif intérêt à contester la reconnaissance faite par un tiers.

1° *Contestation entre la mère et le prétendu père.* — On comprend sans peine qu'il ne soit pas indifférent à une femme de passer pour avoir eu un enfant naturel avec tel individu plutôt qu'avec tel autre. Par exemple, il est hors de doute, qu'une jeune fille de bonne famille et jusqu'alors honnête aurait le plus grand intérêt à attaquer une reconnaissance faite par le premier gredin venu. La considération de la personne est en pareil cas la seule excuse des faiblesses de la femme.

Mais qui l'emportera dans ce débat ? Le simple témoignage de la femme sur le fait de la paternité entraînera-t-il l'annulation de la reconnaissance ? J'ai déjà résolu cette question en expliquant l'article 336. Il me suffit donc de rappeler ici, que les dénégations de la femme sont souvent le résultat de l'erreur ou de la haine. C'est pourquoi, malgré l'importance de son témoignage, le tribunal pourra maintenir la reconnaissance si les circonstances rendent la paternité sinon certaine, ce qui est impossible, tout au moins probable.

2° *Contestation entre plusieurs hommes se déclarant pères du même enfant.* — Ce conflit singulier s'est présenté plus d'une fois. Il n'est pas rare, surtout dans les grandes villes, de voir des femmes de tête entretenir en même temps des relations avec plusieurs hommes et persuader à chacun d'eux qu'il est l'auteur de la grossesse, le tout afin de recueillir une double ou une triple contribution.



Cette cause n'est d'ailleurs pas la seule qui puisse donner naissance à ce conflit de paternité. La cupidité se chargera de réaliser plus d'une fois notre hypothèse. Imaginons si l'on veut un enfant naturel non reconnu qui fait brusquement fortune et se trouve en danger de mort. Eh bien, du jour au lendemain, grâce à l'appât du droit héréditaire, ce bâtard abandonné de ses parents aura beaucoup plus de pères qu'il n'en voudra.

Mais alors, comment faire ? et quelle reconnaissance maintenir ?

Sur ce point la doctrine hésite et je comprends aisément sa perplexité.

*Premier système.* — On maintiendra la reconnaissance la plus ancienne comme étant la moins suspecte. M. Demolombe réfute spirituellement cette opinion : « La plus ancienne ? Eh ! pourquoi ? Est-ce que l'état de l'enfant peut ainsi dépendre d'une priorité de date et de l'empressement plus ou moins frauduleux de celui qui aurait fait la première reconnaissance ? »

*Deuxième système.* — On maintiendra la reconnaissance que la mère confirmera de son aveu. Mais cette opinion n'est pas soutenable en présence des discussions et des modifications auxquelles donna lieu l'article 336.

Sur l'observation de Cambacérès on convint que l'aveu de la mère pouvait résulter du mensonge ou de la haine et l'on cessa de subordonner à cet aveu la validité de la reconnaissance de paternité. Cela est si vrai que le mariage de la mère avec l'un des prétendus pères n'empêcherait pas les

tribunaux de rejeter la reconnaissance qu'elle soutient de son aveu et qui dans l'espèce est suivie d'une légitimation. La Cour de cassation a statué dans ce sens par un arrêt en date du 10 février 1847.

*Troisième système.* — L'enfant pourra choisir entre les deux paternités, comme cela a lieu en cas de confusion de part, lorsque la veuve remariée accouche dans les dix mois de viduité. Cette opinion est séduisante, mais je la rejette encore car l'analogie sur laquelle elle s'appuie n'existe qu'en apparence.

En effet, en cas de confusion de part, comme le remarque fort justement M. Laurent, « l'enfant a pour lui deux présomptions, à la vérité contradictoires, mais chacune absolue. S'il choisit l'une il est dans son droit puisqu'il invoque la loi, et on ne peut pas contester son choix puisque la loi n'admet pas la preuve contraire aux présomptions de légitimité qu'elle établit. Il n'en est pas de même de deux reconnaissances contraires ; car la reconnaissance ne forme pas une présomption légale, elle peut être combattue par toute preuve ; la reconnaissance que l'enfant choisirait pourrait donc être contestée en vertu de l'article 339. »

*Quatrième système.* — La vérité est que la priorité de la reconnaissance, l'adhésion de la mère, le choix de l'enfant, pris isolément, ne sont pas de nature à trancher le conflit. En l'espèce, le point de droit n'existe pas. C'est une question de fait qu'il s'agit de résoudre. Il faudra comparer les différents moyens et maintenir en fait la reconnaissance qui

aura pour elle le plus de présomptions et de probabilités. C'est donc toujours le tribunal qui sera appelé à décider.

Au surplus, les controverses ne sont pas moins nombreuses lorsqu'aucune des reconnaissances n'est contestée. La question se pose surtout au point de vue du droit de succession. Les uns prétendent que l'enfant peut se déclarer héritier de ses différents pères ; les autres soutiennent qu'il doit opter, ceux-là lui refusent tout droit héréditaire.

IV. *Action intentée par les ascendants de l'auteur de la reconnaissance.* — Supposons un jeune homme, mineur peut-être, qui a reconnu un enfant naturel. Il est évident pour tout le monde que les ascendants légitimes de ce mineur sont intéressés à contester sa reconnaissance. D'une part, ils ont un intérêt moral de famille, car l'enfant reconnu va porter le nom patronymique ; d'autre part, ils ont un intérêt pécuniaire éventuel, car la reconnaissance conduit à la légitimation, et la légitimation au droit héréditaire. Les ascendants lésés par l'introduction de l'enfant dans la famille contesteront alors la reconnaissance afin de faire déclarer la légitimation non avenue.

Le tribunal de la Seine a rendu de nombreuses décisions dans ce sens. On cite en outre plusieurs arrêts conformes, notamment un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 mai 1870 (1).

V. *Action intentée par les héritiers de l'auteur de la reconnaissance.* — La reconnaissance peut encore être con-

1. Dalloz, 1870, I, p. 241.



testée par tous les héritiers du prétendu père, et j'entends parler ici non-seulement des héritiers proprement dits, mais encore des successeurs irréguliers, tels que d'autres enfants naturels, un conjoint ou l'État. Qu'ils aient intérêt à la contestation, cela n'est pas douteux en présence des articles 724 et 767. Les héritiers ont qualité pour agir à un double titre : du chef du défunt, car ils ont recueilli l'action dans son patrimoine ; de leur propre chef, car ils tiennent leur droit de la loi.

Enfin, la grande généralité d'expressions de l'article 339 permet d'ajouter à cette liste tout individu ayant un intérêt quelconque à contester la reconnaissance, fût-il, quant au lien de famille, étranger à l'enfant et au prétendu père. Tel serait, par exemple, le cas d'un donataire qui prétendrait que la reconnaissance n'a été faite que pour produire, à l'aide d'une légitimation, la révocation de la donation entre-vifs.

Reste à résoudre une dernière question.

*L'enfant dont la reconnaissance est contestée doit-il être appelé au procès, et dans ce cas comment est-il représenté ?*

L'enfant étant plus que tout autre intéressé à la solution du procès, doit évidemment, s'il n'intervient pas de lui-même, être assigné par le demandeur en jugement commun.

Mais s'il est mineur, par qui est-il représenté dans l'instance ? Aucun texte spécial à la matière ne tranche cette difficulté. L'article 318 prescrit, il est vrai, de nommer un



tuteur *ad hoc* à l'enfant contre lequel le père intente l'action en désaveu, mais cette disposition ne s'applique qu'à la filiation légitime. Dans la pratique, le tribunal nomme un tuteur *ad hoc* à l'enfant naturel dont la reconnaissance est contestée.

Toutefois, comme il ne saurait y avoir obligation sans texte, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour décider que la nomination du tuteur *ad hoc* n'est pas obligatoire. En effet, elle ne présentera le plus souvent aucune utilité. L'enfant aura un représentant tout naturel dans le père ou la mère qui sont aussi intéressés que lui au maintien de la reconnaissance.

#### IX. — *Du délai pendant lequel on peut attaquer la reconnaissance.*

Pour en finir avec la reconnaissance, il me reste à déterminer le délai pendant lequel elle peut être attaquée. La question est complexe et se résout par de nombreuses distinctions.

Il faut d'abord distinguer si la reconnaissance est *inexistante* ou simplement *annulable*. Je n'insiste pas sur ces deux termes dont j'ai déjà donné le sens.

1° La reconnaissance est-elle *inexistante*, elle peut toujours être attaquée, mais c'est improprement qu'on appelle action en nullité le moyen à l'aide duquel on l'attaque. En effet, on ne peut pas demander la nullité de ce qui n'existe point. En tout temps, on peut alléguer qu'un acte juridi-

que n'a pas pris naissance au regard de la loi. Bref, la prescription est ici hors de cause.

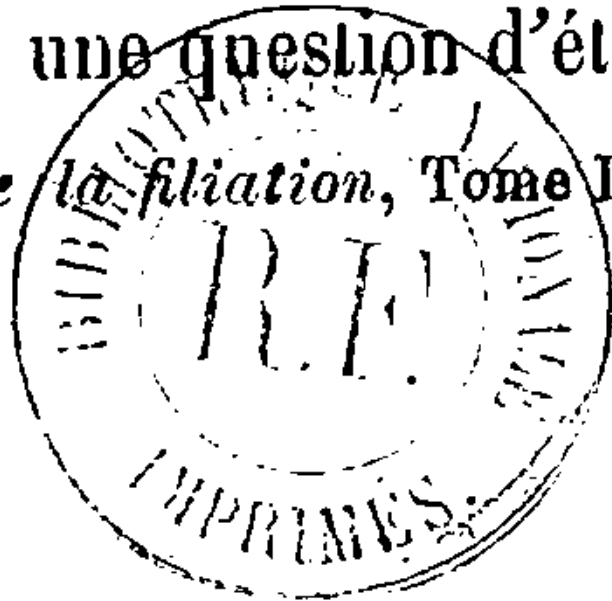
2° La reconnaissance est-elle *annulable*, il faut recourir à une nouvelle distinction et se demander si l'acte est annulable pour non-sincérité ou seulement pour vices de consentement et de forme.

1° Dans le premier cas, c'est-à-dire, si la reconnaissance n'est point sincère, l'action par laquelle on l'attaque est encore imprescriptible. Les auteurs sont d'accord sur la solution, mais ils diffèrent sur les motifs.

Il en est ainsi, dit M. Demolombe (1), parce que le différend soulève une question d'état et que l'état des personnes est inaliénable et imprescriptible. « Sans doute, ajoute le savant auteur, les droits pécuniaires attachés à tel ou tel état, et les actions qui en dérivent, n'ont pas le même caractère ; et sous ce rapport l'action en nullité de la part des héritiers s'éteindra toujours par la prescription de trente ans comme la pétition d'hérédité elle-même ; mais de la part de l'enfant qui veut contester la filiation que la reconnaissance lui attribue, ou de la part de l'auteur de la reconnaissance qui veut contester celle qui a été faite de son enfant par une autre personne, l'action doit être toujours et en tout temps recevable. »

Ce motif ne satisfait point les auteurs. On lui reproche d'être trop général. A ce compte toute action en nullité de reconnaissance serait imprescriptible, car les différends de cette nature soulèvent tous une question d'état.

1. *Traité de la paternité et de la filiation*, Tome IV, n° 452, p. 455.



D'après M. Laurent, il y a un autre motif. C'est que ceux qui attaquent la sincérité de la reconnaissance soutiennent en réalité qu'elle est inexistante. « En effet, si elle n'est pas sincère, comme ils le prétendent, elle aura été faite par une autre personne que le père ou la mère ; or une pareille reconnaissance est inexistante et l'inexistence d'un fait juridique ne se couvre jamais par la prescription. »

2° Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la reconnaissance est annulable pour vices de formes ou pour vices du consentement, la solution est toute différente. En effet, dit-on, l'action basée sur le dol, l'erreur ou la violence n'est pas au fond une contestation d'état. L'individu qui l'intente ne suit pas l'état de l'enfant, il se borne à demander que l'acte par lequel cet enfant est reconnu soit annulé. Or, l'état de l'enfant n'étant plus directement en cause l'action est prescriptible. D'ailleurs la reconnaissance en tant que manifestation de volonté doit logiquement être soumise aux principes qui régissent en général cette matière, notamment à la prescription. Lorsque l'action se fonde uniquement sur un vice de forme le motif de la prescription est plus difficile à trouver. On peut dire toutefois qu'en autorisant la reconnaissance par acte authentique, le Code a voulu la soumettre aux règles générales du droit.

Les quatre causes de nullité fondées sur le dol, l'erreur, la violence et le vice de forme sont donc les seules qui soient sujettes à s'éteindre par la prescription.

Mais quelle est la durée de cette prescription ? La question est controversée.



D'après Loiseau (1), l'action basée sur un vice de consentement se prescrit par un laps de dix ans. En effet, aux termes de l'article 1304 « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière cette action dure dix ans. »

Je réponds que cet article ne s'applique pas à notre matière : il est spécial aux conventions et tout le monde s'accorde à dire que la reconnaissance n'est pas une convention. D'ailleurs l'article 1304 consacre une exception en fait de prescription et comme tel il s'interprète restrictivement. J'en conclus que l'action en nullité de la reconnaissance se prescrit toujours par trente ans, conformément aux principes généraux. Telle est du reste l'opinion de MM. Laurent, Aubry et Rau.

---

1. Loiseau. *Traité des enfants naturels*, pages 522 et 523.

## CHAPITRE II

### DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE.

Un principe fondamental en matière juridique, c'est que la possession régulière fait présumer l'existence du droit. Il semble naturel, dès lors, de conclure que la possession d'un état fait présumer chez celui qui l'invoque l'existence de cet état. Mais qu'entend-on par possession d'état ? L'article 321 nous l'indique d'une façon très explicite. « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; — que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien et à son établissement ; — qu'il a été reconnu constamment comme tel dans la société ; — qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »

L'analyse nous fait découvrir dans cette disposition les trois termes sacramentels à l'aide desquels la doctrine a résumé les éléments constitutifs de la possession d'état.

1° *Nomen* : l'enfant doit avoir toujours porté le nom du père auquel il se rattache, car le nom est le signe extérieur de la perpétuité de la famille et des rapports de paternité et de filiation ;

2° *Tractatus* : le père doit l'avoir traité comme son fils en remplissant envers lui publiquement et constamment les devoirs d'éducation, d'entretien et d'établissement qu'impose la paternité ;

3° *Fama* : enfin le père doit avoir présenté l'enfant comme son fils à ses parents et à ses connaissances de façon à ce que la famille et la société l'aient considéré comme tel.

Dans l'ancien droit, la doctrine et la jurisprudence considéraient la possession d'état comme une preuve suffisante de la filiation naturelle aussi bien à l'égard du père qu'à l'égard de la mère (1). Dans un passage où il fait allusion à ce mode de preuve, Bacquet s'exprime en ces termes : « Il a des enfants naturels *qui ex concubina domo retenda nati sunt*, et desquels les père et mère sont certains. » Guyot n'est pas moins catégorique dans son répertoire. « Le père, dit-il, est obligé de fournir des aliments à celui qui se dit son fils et qui est en *possession* de la filiation. » Et l'auteur cite à l'appui de son dire un arrêt du Parlement du 21 août 1626. Le *Nouveau Denizart* contient un autre arrêt très catégorique où le Parlement de Paris déclare une paternité naturelle d'après la simple possession

1. Baret. *Histoire critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*. Chapitre II, page 5.



d'état. « La Cour déclare N.... (Marie-Aurore), en possession de l'état de fille naturelle de Maurice comte de Saxe, la maintient et garde dans le dit état et possession d'icelui. » Enfin, disait Cochin, dans un passage qui s'applique aussi bien à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime : « On ne citera pas ici *tous les arrêts qui ont maintenu des enfants sur la seule foi de la possession d'état.* »

Dans le droit moderne, la possession d'état n'a d'autre effet que d'établir, à défaut d'acte de naissance, la filiation des enfants légitimes.

C'est ce que déclare formellement l'article 320 : « A défaut de titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. »

Ce texte figure au Code dans le chapitre *Des preuves de la filiation légitime* où il institue entre l'acte de naissance et la preuve testimoniale une preuve particulière qui s'appelle la possession d'état, si bien que la filiation légitime peut être établie de trois manières, par titre, par témoins, par possession d'état.

Or, si du chapitre de la filiation légitime on passe à celui de la filiation naturelle, on ne retrouve aucune disposition semblable. Chose singulière ! la loi en matière de filiation naturelle n'indique pas la possession d'état comme un mode de preuve. Plus haut nous avons trois preuves, ici nous n'en trouvons que deux.

Qu'est-ce à dire ? Le Code, en gardant le silence dans notre section II, a-t-il entendu proscrire la possession d'état



comme preuve de la filiation naturelle? A-t-il jugé inutile de revenir sur une preuve qui, dans son esprit, s'appliquerait à l'une et à l'autre filiation? Telle est la grave question que nous avons à résoudre.

Depuis la promulgation du Code civil jusqu'en 1835, cette question ne fut même pas posée. L'économie du titre VII avait paru démontrer jusqu'à l'évidence que la possession d'état n'est pas une preuve de la filiation naturelle. En effet, si le titre VII énumère d'une part les preuves de la filiation légitime, d'autre part, les preuves de la filiation naturelle, c'est que les deux énumérations sont limitatives et indépendantes l'une de l'autre. S'agit-il d'enfants légitimes? le Code mentionne la possession d'état. S'agit-il au contraire d'enfants naturels? il la passe sous silence. Qu'en conclure, si ce n'est qu'il la rejette? C'est le sentiment qui a longtemps dominé dans la doctrine. Le silence de la loi avait paru suffisant pour écarter la possession d'état en tant que preuve légale. Peut-il exister, disait-on, une preuve légale sans loi?

Cela ne veut pas dire, bien entendu, que la possession d'état n'ait aucune utilité en matière de filiation naturelle. Sans être une preuve légale de la filiation, elle ne laissera pas d'avoir dans certains cas une valeur incontestable. 1° Par exemple, si l'enfant s'appuie sur un acte de reconnaissance et qu'il n'y ait plus qu'une simple question d'identité à trancher, il est clair que la possession d'état prouvera en fait l'identité; 2° de même, lorsqu'un enfant a été reconnu par son père avec l'indication mais sans l'avou de

la mère, la jurisprudence attribue un certain rôle à la possession d'état en décidant qu'elle équivaldra à l'aveu de la mère ; 3° enfin, si nous supposons une action en recherche de maternité naturelle intentée par un enfant muni d'un commencement de preuve par écrit, le juge admettra comme éléments de conviction, non-seulement la preuve par témoins, mais encore les présomptions de l'homme prévues par l'article 1353 et parmi ces présomptions la plus probante sera évidemment la possession d'état. Notons-le bien, dans cette doctrine, la possession d'état ne sera plus, comme en matière de filiation légitime, une preuve complète de la maternité dispensant de toute recherche, elle ne sera qu'un élément de conviction, puisqu'elle devra être précédée d'un commencement de preuve par écrit. Dans cette limite, nul doute que la possession d'état soit admise, mais le tribunal l'appréciera comme les autres présomptions et en tiendra tel compte que de droit. Au contraire, en cas de filiation légitime, la possession d'état à elle seule eût fait preuve complète du lien de famille.

Cette doctrine sur laquelle tout le monde était d'accord a régné durant de longues années. Mais le dissentiment va se produire. D'un jour à l'autre, on a vu naître et grandir une théorie nouvelle dont je vais exposer les différentes étapes. Elle a son point de départ dans l'article 336, texte équivoque, d'après lequel la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père. D'où on a conclu que l'indication de la mère jointe à son aveu prouve la filiation à son égard. Or l'aveu n'est

soumis à aucune forme, il peut être tacite, il peut résulter de la possession d'état. Et si la possession d'état intervient alors comme aveu (on voit poindre ici la doctrine nouvelle) elle intervient nécessairement comme preuve, car ce n'est certes pas l'indication du nom de la mère qui prouve la maternité. On a donc été conduit à considérer dans ce cas particulier la possession d'état comme une preuve suffisante de la filiation naturelle à l'égard de la mère. Le premier pas était fait.

Mais on ne s'est pas arrêté là; on a voulu admettre la possession d'état dans une nouvelle hypothèse. Tout à l'heure elle s'ajoutait à l'indication du nom de la mère portée dans l'acte de reconnaissance, maintenant elle complétera l'acte de naissance et fera preuve de la maternité si elle est conforme à ce titre. A lui seul l'acte de naissance d'un enfant naturel est suspect. En effet la mère s'efforce de cacher son déshonneur et on ne peut lui opposer une déclaration faite par des étrangers et qui n'émane point d'elle directement. Mais quand la mère nourrit, élève et soigne son enfant, quand elle le présente partout comme son fils, elle fait pour ainsi dire *sienne* la déclaration des tiers qui ont assisté à l'accouchement. En un mot l'acte de naissance et la possession réunis constituent une reconnaissance aussi certaine que celle qui serait consignée dans un acte authentique. Ici, comme dans l'hypothèse précédente, ce qui est probant, ce n'est pas l'indication de la mère dans l'acte, c'est la possession d'état. Et si on admet ce mode de preuve dans un cas, il n'y a aucune raison pour le



rejeter dans l'autre. Et voilà la deuxième étape parcourue !

Après avoir acquis ces deux points et obtenu des arrêts conformes de la jurisprudence, les auteurs ont éprouvé le besoin de généraliser et ils ont dit : puisque dans la reconnaissance du père et dans l'acte de naissance, l'indication du nom de la mère ne prouve rien et que la possession d'état prouve tout, c'est que la possession d'état est une preuve complète, et si elle est à elle seule une preuve complète à quoi bon la restreindre à ces deux cas particuliers ?

Proudhon paraît être le premier qui ait professé cette opinion en se fondant sur les travaux préparatoires du Code civil et notamment sur ces paroles de Portalis : « Il est absurde de présenter la possession constante comme un simple commencement de preuve (c'est ce qu'avait proposé la commission) puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Toutes les fois que l'on jouit de son état constamment, publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres. Des traits de possession isolés, passagers peuvent n'être qu'un commencement de preuve ; mais il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante. »

Au cours de la discussion, la commission fit disparaître de son projet la disposition qui présentait la possession d'état comme un commencement de preuve rendant recevable la preuve par témoins. Que signifie cette suppression, ajoute Proudhon, si ce n'est que la commission se rangea à l'avis de Portalis et considéra la possession d'état comme une preuve complète ? Force est donc de tenir pour certain

qu'un enfant naturel est très légalement reconnu par la mère qui l'a allaité, nourri et élevé, alors même qu'elle n'a point déclaré la maternité dans un acte authentique.

Ce système ingénieux ne tarda pas à obtenir faveur et l'on crut un moment que la jurisprudence allait définitivement l'adopter. Il compte en effet à son actif plus de vingt arrêts favorables dont deux arrêts de la Cour de cassation.

Mais qu'on ne se méprenne pas sur le sens de ces arrêts; ils n'ont aucune valeur doctrinale; ce sont de pures décisions de fait, de simples expédients auxquels la rigueur de la loi oblige les tribunaux. En veut-on des exemples? La loi, on le sait, n'admet que la reconnaissance faite par acte authentique; d'autre part elle n'attribue en matière de filiation naturelle aucune force probante à l'acte de naissance; eh bien! sur ces deux points la loi est fort souvent en contradiction manifeste avec la réalité des choses. De cet antagonisme entre le fait et le droit découlent des décisions conformes à l'équité mais contraires aux principes. Le Code condamne le magistrat, mais sa conscience l'absout.

Je ne laisse échapper aucune occasion de signaler cette tendance des tribunaux car elle constitue une critique sévère de la loi et un grave avertissement pour le législateur. Quel que soit son respect de la stabilité des lois, le législateur ne doit pas mettre le juge dans la nécessité de ne sauvegarder l'équité qu'à la condition de violer les textes ou de les tourner à l'aide de biais ingénieux.

Et ce sont là dans bien des cas, les deux seules ressources de la jurisprudence.

Parmi les décisions diamétralement contraires à la loi on peut citer par exemple un arrêt de la Cour de Rouen (1) qui admet la possession d'état lorsqu'elle est conforme à l'acte de naissance. Voici l'espèce. Un enfant est inscrit sous le nom d'Alexis et l'acte de naissance porte l'indication de la mère. Le jour même on le dépose dans le tour de l'hospice avec un billet ainsi conçu : « Je m'appelle Alexis ; j'ai été déposé le 15 octobre 1809 à huit heures du soir. » Dix ans plus tard la mère le réclame, l'élève, l'établit, ne le quitte pas jusqu'à sa mort. L'enfant pourvu d'une telle possession d'état est-il bien le fils de cette femme ? Non, aux yeux de la loi, oui aux yeux de tout le monde ; et la Cour tranche la question par l'affirmative. Pour être extrêmement équitable, l'arrêt n'en est pas moins contraire aux principes. Ainsi que le remarque fort justement M. Laurent « l'acte de naissance n'est pas une preuve légale de la filiation naturelle et la possession d'état pas davantage. Or, comment veut-on que deux preuves qui ne sont pas légales deviennent une preuve légale par leur concours ? Cela est un non sens juridique. »

Eh bien ce non sens juridique se retrouve encore dans un arrêt de la Cour de Grenoble (2) en date du 12 décembre 1850. Un enfant est inscrit sur le registre de l'état civil avec l'indication de la mère quoique sans son aveu. Mais la mère le nourrit, l'élève et le traite constamment

1. Rouen, 19 décembre 1844 (Dalloz 1845 II. 97).

2. Grenoble, 12 décembre 1850. Dalloz. 1851, II. 245.



comme son fils, ce qui constitue une possession d'état au premier chef. L'enfant venant à mourir sans postérité, l'État réclame sa succession en se fondant sur ce qu'il n'est pas reconnu, sur ce qu'il n'a dès lors pas de mère et par conséquent pas d'héritiers. La justice va-t-elle priver une mère si méritante du patrimoine de son fils ? Non, s'est dit le juge, après tant d'années de soins maternels, on ne peut dire à cette femme qu'elle n'est pas mère. Devant le Code elle ne l'est pas, mais elle l'est certes devant la nature. Et le cri de la nature l'emporte sur le texte du Code. Et la Cour déclare l'acte de naissance complété par la possession d'état, le tout au mépris de la loi qui s'oppose à ce que l'acte de naissance fasse preuve de quoi que ce soit, en matière de filiation naturelle.

Même brèche aux principes dans un jugement du tribunal de la Seine. Un enfant dûment inscrit sous le nom de sa mère, reçoit toute sa vie les soins maternels sans être légalement reconnu. Il meurt légataire d'une somme de 2,000 francs que le fisc réclame par deshérence. Que décide le tribunal ? Selon son expression, il cède au cri de sa conscience et déclare l'enfant reconnu par suite de la conformité de la possession avec le titre. « A quelle classe de la société appartiennent les mères naturelles ? Aux classes pauvres et illettrées ! s'écria le tribunal. Que savent-elles d'une reconnaissance ? Elles sont présumées connaître le droit ! Oui, et la société ne veille même pas à ce qu'elles sachent lire. »

Frappé cette fois de l'atteinte portée aux textes, l'État



relève appel du jugement. On se figure aisément l'embarras de la Cour d'appel, entre une loi si dure et une mère si méritante. Elle veut avant tout appliquer la loi, mais elle désire en même temps assurer à la mère le modeste patrimoine du défunt. Comment va-t-elle se tirer d'affaire ? Au grand étonnement de la défenderesse, la Cour commence par déclarer qu'elle n'est point la mère ; mais que la défenderesse se rassure ! Elle n'est pas la mère, c'est vrai, mais tout continue à aller pour le mieux, car si elle n'est pas la mère, elle a nourri et élevé un enfant trouvé dont l'État aurait dû se charger, et c'est bien le moins que l'État lui laisse à titre d'indemnité pour ses avances les 2,000 francs qui font l'objet du litige. Et le tour est joué. On ne saurait, j'en conviens, mettre plus d'esprit et d'équité dans un jugement ; mais, soit dit entre juriscultes, on se croirait devant un charmant vaudeville du Gymnase ou des Variétés et non en présence de la Cour d'Appel de Paris. Le coupable, ici, ce n'est certes pas le juge, c'est le législateur qui, en maintenant une loi inique, impose de véritables acrobaties juridiques aux tribunaux soucieux de concilier l'équité avec le droit.

Les deux arrêts et le jugement que je viens de citer usaient d'ailleurs de ménagements, puisqu'ils n'admettaient la possession d'état qu'en l'appuyant sur l'indication de la mère contenue dans l'acte de naissance ou de reconnaissance.

Mais sous la pression de la doctrine, plusieurs Cours ont décidé que la possession d'état peut, par elle seule et

indépendamment d'un commencement de preuve écrite, prouver la maternité naturelle. Voyez dans ce sens des arrêts de la Cour de Bastia (1) et de la Cour de Bruxelles (2). Et pourtant, nulle position n'est plus défavorable que celle d'un enfant qui, sans acte de naissance ou avec un acte le désignant comme né de père et mère inconnus, invoque devant le tribunal des faits de possession d'état. C'est alors, dit-on, que la possession manque de base.

J'ai suivi ainsi la théorie nouvelle le long de sa troisième étape. Nous touchons à l'heure décisive où elle va pour ainsi dire se transformer en déduisant carrément toutes les conséquences logiques de son principe. Jusqu'ici la maternité seule avait fait l'objet du débat ; désormais la paternité elle-même va être mise en cause. C'est le moment où M. Demolombe produit le célèbre système dans lequel il soutient que la possession d'état prouve la filiation naturelle non-seulement à l'égard de la mère, *mais encore à l'égard du père*. « Lorsqu'en 1835, dit l'éminent jurisconsulte, je proposai pour la première fois cette théorie, je n'ignorais pas combien elle allait paraître téméraire et paradoxale ; elle s'attaquait à une doctrine qu'aucune agression n'avait jamais troublée, et qui régnait aussi paisiblement qu'un axiôme dans le monde scientifique et judiciaire. J'y reviens aujourd'hui fortifié par de précieux suffrages et surtout par l'adhésion de l'un des plus émi-

1. Bastia, 17 décembre 1834 (Dalloz, *Paternité*, n° 648, 1°).

2. Bruxelles, 29 décembre 1852 (Laurent. Tome IV, p. 27, n° 14).

nents professeurs de la Faculté de droit de Paris, M. Vallette. »

En effet dans son *Traité de la paternité et de la filiation*, M. Demolombe reprend et développe brillamment son système. Il part du principe déjà adopté par les auteurs qui l'ont précédé dans cette voie, à savoir que la possession d'état est une véritable reconnaissance, mais il met le principe plus en lumière et il en dégage plus radicalement toutes les conséquences.

Dans l'exposé de ce système, je procéderai souvent par citations, afin d'éviter le reproche adressé à certains auteurs de dénaturer à dessein les opinions qu'ils réfutent.

*Principe.* — « La possession d'état est une véritable reconnaissance, dit Demolombe ; lorsqu'un homme a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien ; lorsqu'il a présenté comme tel dans la famille, dans la société ; lorsqu'il lui a donné son nom ; lorsqu'il a, en qualité de père, pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il est impossible de ne pas dire qu'il l'a reconnu. Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte ; tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore. »

« Que d'avantages, en effet, la possession d'état n'a-t-elle pas sur le titre ! Le titre ne prouve pas l'identité ; la possession d'état la prouve nécessairement. Le titre est l'ouvrage d'un moment, d'un aveu instantané qui peut être le fruit de la surprise ou des obsessions ; la possession d'état est une reconnaissance constante, persévérante, de tous les



jours, de tous les instants, et offrant ainsi au plus haut point, toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité. Le titre est le plus souvent ignoré, secret ; la possession d'état est une reconnaissance publique, notoire, qui a pour témoins la famille, la société tout entière. »

Ce principe posé, M. Demolombe présente les considérations suivantes que je vais essayer de résumer dans deux arguments principaux.

1° La possession d'état prouve la filiation légitime tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère ; elle prouve donc à plus forte raison la paternité ou la maternité naturelle : en effet, l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état est plus probant de la part des père et mère naturels que de la part des père et mère légitimes, car ils ont dû, pour accomplir leurs devoirs envers l'enfant, se mettre au-dessus du blâme de l'opinion sévère pour la faute, plus sévère encore pour le scandale qu'elle entraîne.

A la vérité le titre VII du Code après avoir mentionné la possession d'état dans le chapitre de enfants légitimes, la passe sous silence dans la section relative à la reconnaissance des enfants naturels. Qu'est-ce à dire ? ce silence équivaut-il à une exclusion ? Pas le moins du monde. En effet le législateur a rédigé le chapitre des enfants naturels dans le but à peu près exclusif d'indiquer, parmi les règles de la filiation légitime, celles qui ne sont pas applicables à la filiation naturelle.

C'est ce qu'explique avec force détails M. Demolombe.  
« Plusieurs règles importantes, en ce qui concerne les

preuves de la filiation, venaient d'être posées dans le chapitre II. Si ces règles eussent été toutes et sans modification, applicables aux enfants légitimes et aux enfants naturels, on n'aurait pas fait deux chapitres séparés pour les uns et pour les autres ; mais au contraire, parmi les dispositions du chapitre II, il y en avait de deux sortes, les unes applicables sans modification à la filiation naturelle, les autres qui devaient être modifiées pour être appliquées à cette espèce de filiation. Quant aux premières, il était inutile de les reproduire de nouveau ; il ne s'agissait plus que d'exposer dans un chapitre particulier, les modifications que certaines règles seulement du chapitre II devaient subir dans leur application à la filiation naturelle (1).

Tout ceci revient à dire que le chapitre des enfants naturels ne formule que des exceptions et que les lacunes dont il est plein doivent être comblées à l'aide des textes relatifs aux enfants légitimes. Du moment qu'il n'y a pas d'exception formulée on reste sous l'empire de la règle générale qui régit tout à la fois et la filiation légitime et la filiation naturelle.

Le système du Code est donc celui-ci : étant données des preuves qui s'appliquent les unes sans modification, les autres avec modification à la filiation naturelle, la loi juge inutile de reproduire les premières et se borne à mentionner les secondes.

1. Demolombe. *Traité de la paternité et la filiation*.

Ainsi, elle revient sur la preuve par le *titre* afin de montrer qu'elle ne résulte plus, comme dans la filiation légitime, de l'acte de naissance, mais de l'acte de reconnaissance authentique. De même elle reprend la preuve testimoniale pour expliquer que le commencement de preuve écrite auquel elle est subordonnée ne pourra pas, comme dans la filiation légitime, être remplacée par des indices graves. Pareillement, elle prononce dans un article spécial la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, parce qu'à l'inverse la recherche de la paternité légitime est permise. Mais là, s'arrêtent les différences. A la filiation naturelle comme à la filiation légitime s'appliquent, bien qu'elles ne soient point reproduites, les règles touchant la compétence du tribunal, l'imprescriptibilité et la transmissibilité de l'action. A l'une et à l'autre filiation s'applique encore la possession d'état, et c'est pourquoi il est superflu de la désigner de nouveau. Si la loi avait voulu la rejeter du cadre de la filiation naturelle, elle n'eût pas manqué de le dire formellement car elle eût ainsi dérogé non-seulement au chapitre II mais encore au droit commun, d'après lequel tout droit dont on a la possession est réputé jusqu'à preuve contraire appartenir réellement au possesseur.

Mais, va-t-on dire, les partisans de cette théorie prêtent gratuitement leurs intentions au législateur. Où est la preuve de cette corrélation établie à dessein entre le chapitre III et le chapitre II ? Où est la preuve de cette confiance sans bornes témoignée à la possession d'état ? Mais cette preuve, répond M. Demolombe, elle se trouve dans



les travaux préparatoires du Code civil (1). Et le savant auteur reproduit alors l'argument que Proudhon tirait des paroles de Portalis. A la commission qui ne voyait dans la possession d'état qu'un commencement de preuve rendant admissible la preuve testimoniale Portalis répliquait : « Il serait absurde de présenter la possession constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus constante de toutes les preuves ». D'autre part Cambacérès ajoutait : « Il est difficile de concevoir comment on blesse les principes, en admettant pour preuve la possession d'état acquise à un enfant illégitime contre son père. »

De tout ceci que conclut M. Demolombe ? « C'est que si la commission de rédaction elle-même était portée à ne point admettre la possession d'état à l'égard de la filiation naturelle, cette idée n'est pas celle qui a définitivement triomphé. La preuve en est dans le retranchement qui eut lieu, d'après l'observation de Portalis, de la disposition qui ne présentait cette possession qui comme un commencement de preuve. »

2° Jusque là, tout va bien, mais voici qu'une grave difficulté se présente. L'enfant qui invoque la possession d'état contre son père ne recherche-t-il pas la paternité ? Or, comment concilier ce résultat avec l'article 340, qui interdit formellement une semblable recherche ?

Erreur ! réplique-t-on. L'article 340 n'a rien à faire en

1. *Travaux préparatoires*. Loqué T. 6. p. 30. 125.



cette matière : On ne peut invoquer ici ni son texte ni ses motifs.

Et d'abord son *texte* est hors de cause : *La recherche de la paternité est interdite*, soit ! mais ici il ne s'agit nullement d'une recherche de paternité. Qu'est-ce en effet que la possession d'état ? Une reconnaissance tacite, il est vrai, mais pour le moins aussi probante que la reconnaissance expresse. Or, de même que l'enfant naturel qui oppose une reconnaissance authentique n'intente point une recherche de paternité, de même celui qui se fonde sur la reconnaissance tacite résultant de la possession d'état ne contrevient point à la prohibition contenue dans l'article 340. Il ne plaide point en réclamation d'état. « Son état, il le possède ! la paternité, elle est prouvée ! elle est reconnue ! Il n'y a pas en effet de réclamation d'état possible de la part de celui qui possède son état ; cette action ne se conçoit qu'à défaut de la possession constante ; on ne réclame pas, on ne recherche pas ce qu'on possède (1). » En résumé : dans la recherche de la paternité il y a une preuve à faire tandis que dans la possession d'état il y a une preuve toute faite.

En admettant même que la possession d'état fût contestée, il serait inexact de voir une recherche de paternité dans l'action de l'enfant. On reste dans un cas de reconnaissance. Le demandeur pourvu d'une possession contestée ressemble de tout point à l'enfant qui apporte en justice

1. Demol. *Traité de la paternité et de la filiation*, p. 488.

une reconnaissance authentique déniée par le père et qui pourtant, de l'avis de tous, n'agit point en recherche de paternité. Si l'on se refuse à cette assimilation, il faut dire que l'état de l'enfant ne sera jamais stable et dépendra indéfiniment des caprices du père.

D'autre part, les motifs qui ont dicté l'article 340, à savoir le *scandale* de la recherche et l'*incertitude* de la preuve, sont complètement étrangers à la possession d'état.

Le *scandale* d'où résulterait-il ? La morale publique n'aura pas à redouter ces scandaleuses enquêtes sur les relations secrètes de tel homme avec telle femme.

« Cet homme a-t-il élevé, nourri, établi cet enfant ? Lui a-t-il donné son nom ? L'a-t-il présenté comme son fils, à ses amis, à ses parents, au public ? A-t-il pourvu, en qualité de père, constamment, publiquement, à tous ses besoins ? Voilà les faits positifs qu'il s'agit de prouver ; y a-t-il là le moindre sujet de scandale (1) ? »

Enfin, aucune incertitude de preuve à redouter puisque l'enquête portera, non pas sur le fait mystérieux de la paternité, mais sur l'existence très palpable du *nomen*, du *tractatus* et de la *fama*. Ces faits devant être certains, manifestes et unanimes, l'enquête sera le plus souvent péremptoire.

Ainsi nul scandale, aucune incertitude. L'article 340 n'est donc pas applicable à la possession d'état qui constitue une preuve complète de la paternité naturelle.

1. Demolombe. *Loc. cit.* p. 499.

Tel est le fameux système auquel M. Demolombe a attaché son nom. Disons-le toutefois, la célébrité de cette théorie tient plus aux controverses qu'elle a suscitées qu'aux adhésions qu'elle a obtenues. Il me reste à expliquer la double défaite de la possession d'état devant la doctrine et devant la jurisprudence (1).

1° *Le système de M. Demolombe devant la doctrine.* — Les auteurs le prennent en général de très haut avec l'opinion nouvelle. M. Laurent entre autres la traite avec un dédain superbe (2). « Nous pourrions, dit-il, nous dispenser d'en parler, car elle n'a aucun fondement ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Si nous croyons devoir nous y arrêter, c'est parce qu'elle offre un exemple remarquable d'une mauvaise tendance qui consiste à substituer au système du Code un système nouveau, tendance funeste qui transforme l'interprète en législateur et jette l'arbitraire dans la science du droit en abandonnant tout au caprice des sentiments individuels.

Dans une thèse d'ailleurs fort remarquable un de nos jeunes confrères n'est pas moins dédaigneux. « Quelque excellent que soit ce mode de preuve la loi l'a-t-elle admis ? Voilà, toute la question. Je n'hésite pas à répondre non, et le silence seul de la loi suffirait au besoin. »

Le silence de la loi, je l'avoue, est, en cette matière un argument capital qui répond à toute objection. C'est une excellente fin de non recevoir derrière laquelle on peut se

1. Demolombe *loc. cit.* p. 501.

2. Laurent. *Principes*, t. 4, p. 33, n° 16.



retrancher pour refuser d'entrer en discussion avec nos adversaires. Cette discussion me semble néanmoins intéressante et je vais la tenter.

*La possession d'état est une véritable reconnaissance.* — Voilà le principe que M. Demolombe pose au début de son système et qu'il s'efforce de faire admettre. L'importance de cette première proposition lui paraît telle qu'il consacre une page et demie à la justifier. N'allons pas plus loin, car selon que nous admettons ou rejetons ce prétendu axiome, nous nous constituons partisan ou adversaire de toute la théorie.

La possession est-elle une reconnaissance ? Il suffit pour résoudre cette question de recourir à l'article 334 qui n'institue pas d'autre reconnaissance que la reconnaissance par acte authentique. Il est vrai, dit M. Demolombe, que la reconnaissance par possession d'état n'est pas consignée dans un acte, mais tout ce qu'il faut en conclure c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore. Et il énumère alors les nombreux avantages que cette reconnaissance tacite présente sur la reconnaissance expresse. Tout ce qu'il faut en conclure, puis-je répondre à mon tour, c'est qu'il y avait de bonnes raisons pour admettre la possession d'état comme preuve complète de la filiation naturelle, mais que ces raisons ont échappé au législateur puisqu'il ne voit pas de reconnaissance en dehors de l'acte authentique. On ne peut même pas arguer ici du silence de la loi, car poser l'authenticité, la solennité et la spécialité pour règles de la reconnaissance, c'est dire bien nettement,

quoique *a contrario*, qu'il ne saurait y avoir de reconnaissances tacites. C'était au législateur de voir si, outre la reconnaissance expresse, il voulait admettre la reconnaissance tacite qui résulte de la possession d'état. Du moment qu'il ne l'a pas admise, l'interprète et le juge doivent la rejeter.

L'échec du principe entraîne la ruine de tout le système. On va en juger par l'examen détaillé des arguments qu'on nous oppose.

1° On nous dit : la possession d'état prouve la paternité légitime, elle prouve donc *a fortiori* la paternité naturelle.

J'ai recours au seul texte (art. 320) qui détermine la force probante de la possession d'état et j'y lis ces mots : « A défaut de titre la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » Est-ce assez clair ! De quel état s'agit-il ? De l'état *d'enfant légitime*, répond le texte. La loi crée ici une présomption légale de l'état d'enfant légitime fondée sur la possession de cet état. Or, il est de règle que les présomptions légales s'interprètent restrictivement et ne peuvent être étendues sous prétexte d'analogie.

Ainsi, de deux choses l'une :

Ou vous soutenez avec M. Demolombe que la possession d'état est une reconnaissance et alors je refuse de l'admettre parce qu'elle ne réunit pas les conditions d'authenticité exigées par l'article 334.

Ou vous convenez avec moi que la possession d'état est une présomption légale et alors je l'exclus de la filiation naturelle, parce que l'article 320 la restreint à l'état

d'enfant légitime et que les présomptions légales ne sont susceptibles d'aucune extension.

Étendre des présomptions légales c'est en créer de nouvelles et le législateur seul a ce droit. On doit d'autant moins parler d'extension en notre matière qu'il n'y a aucune analogie entre la filiation légitime et la filiation naturelle. J'ai montré au début de ce travail que, d'un chapitre à l'autre, l'esprit de la loi est tout différent. S'agit-il d'enfants légitimes ? Le législateur déclare que la sécurité de leur état intéresse l'ordre public ; est-il question d'enfants naturels ? il répond que la société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus.

Ainsi, d'un côté, faveur extrême, de l'autre, rigueur excessive. Et l'on voudrait que de principes si contraires la loi ait fait découler un système uniforme ! Ou voudrait qu'elle ait, sauf quelques exceptions, institué des preuves identiques pour deux filiations qu'elle considère d'un œil si différent. Non ! tel n'est pas l'esprit du Code. Cette prétendue corrélation entre le chapitre II et le chapitre III n'existe que dans l'imagination de nos adversaires. Au point de vue des preuves, ces deux chapitres se suffisent à eux-mêmes et sont tout à fait indépendants l'un de l'autre.

Sans doute, certaines règles de la filiation légitime sont applicables à la filiation naturelle, mais c'est parce que leur extension n'est contraire ni à l'esprit ni au texte de la loi en cette matière. C'est dans cette limite seulement que les lacunes du chapitre III peuvent être comblées par les dispositions du chapitre précédent. Mais, sous le rapport



dès preuves, le chapitre III ne présente aucune lacune : le Code a organisé sur la preuve de la filiation naturelle un système complet qui n'a rien de commun avec celui qui régit la filiation légitime. Il est donc interdit de chercher ailleurs, sous prétexte d'analogie, des règles étrangères à cette organisation.

D'ailleurs, les rédacteurs du Code songeaient si peu à faire de la possession d'état une preuve complète de la filiation naturelle, qu'ils la réduisaient dans leur projet au rôle fort secondaire de suppléer le commencement de preuve par écrit à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale. Or, comment concevoir qu'ils aient fait passer tout à coup la possession d'état d'un rang si infime à un rang si élevé sans en dire un seul mot dans la discussion ou dans le texte de la loi ?

C'est ici qu'on m'oppose les paroles de Portalis. On sait que le projet admettait la recherche de la maternité moyennant un commencement de preuve par écrit ou par possession d'état. La discussion s'étant engagée sur ce point, Portalis objecta en effet, que « la possession constante est une preuve complète. » Mais qu'on ne s'exagère pas la portée de cette observation ! Dans quel sens, au dire de Portalis, la possession constante était-elle une preuve complète ? En ce sens que ce serait une preuve à fournir dans l'action en recherche de la maternité. Autrement dit, il s'occupait de la possession, non comme preuve légale, mais comme moyen de preuve au cours d'une recherche de maternité. Voyez dans ce sens un arrêt de la Cour de cas-



sation en date du 16 décembre 1861 (Daloz 62, I, 29). Telle est la signification précise de ce passage si souvent cité. Jamais Portalis n'a dit ce qu'on veut lui faire dire, à savoir que la possession d'état peut être prouvée par témoins, même à défaut d'un commencement de preuve écrite.

Il est tout au moins prématuré de soutenir que la suppression des mots *possession constante* soit due à l'observation de Portalis. Nous n'en savons rien. La séance dans laquelle ces paroles furent prononcées a été close sans que le procès verbal en ait fait la moindre mention. Au surplus Portalis n'a même pas demandé qu'on rayât la *possession constante*. Il a tout simplement trouvé absurde au point de vue scientifique, qu'elle fût présentée comme commencement de preuve et il a proposé en quelque sorte de lui substituer dans ce rôle de semi-preuve « des faits de possession isolés, passagers et purement indicatifs. » Son observation toute théorique ne s'attaquait qu'à un vice de rédaction et ne sortait pas, en tout cas, d'une hypothèse de recherche de maternité. C'est ainsi d'ailleurs que l'a comprise Berlier puisqu'il exprimait l'avis qu'on devait « exiger ou un commencement de preuve par écrit ou des faits de possession. » De tout cela, je conclus que si la possession constante a disparu de l'article actuel, c'est que les rédacteurs du Code n'ont voulu lui attribuer aucun effet en matière de filiation naturelle. Telle est effectivement l'idée qu'exprimait au Corps législatif M. Bigot-Préameneu : « La paternité, disait-il, ne pourra jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance et encore faudra-t-il

pour que les familles soient à l'abri de toute surprise que cette reconnaissance ait été faite ou par l'acte même de naissance, ou par acte authentique. »

Les adversaires de la possession d'état ajoutent un dernier motif. En matière de filiation naturelle, disent-ils, elle est moins caractérisée et par conséquent moins sûre que dans le cas de filiation légitime. Si on l'admettait, la sécurité des familles serait gravement compromise. Rien n'empêcherait par exemple un aventurier de s'introduire dans une famille illustre en prouvant à l'aide de faux témoins son identité avec un enfant décédé qui jouissait de la possession d'état. Je rejette cet argument comme excessif.

J'en ai fini ainsi avec l'argument tiré des travaux préparatoires : j'aurais pu à la rigueur me contenter de répondre que les débats des commissions ne font point loi, mais puisque M. Demolombe a amené la question sur ce terrain, j'ai cru pouvoir montrer que les discussions préliminaires sont plutôt favorables que contraires à l'opinion que je défends.

2° Cette première série d'objections écartée, la controverse se concentre autour de l'article 340. L'obstacle que ce texte oppose à nos adversaires me paraît péremptoire. La recherche de la paternité est interdite, or l'enfant qui, pour établir la paternité, demande à prouver par témoins une possession d'état, poursuit réellement une recherche de paternité, donc son action doit être rejetée. Qu'est-ce en effet que rechercher la paternité ? C'est établir par témoins dans un débat contradictoire sa filiation à l'égard

de tel homme. Or, que fait l'enfant dont la possession d'état est contestée ? il soulève devant la justice ce même débat contradictoire, il établit sa possession et par suite sa filiation à l'aide de cette même preuve testimoniale. Dans les deux cas il y a identité de but, c'est-à-dire recherche de paternité.

Comment M. Demolombe écarte-t-il l'argument décisif que fournit l'article 340 ? On l'a vu, il affirme que la constatation de la possession d'état n'est pas une recherche de la paternité. L'enfant qui a la possession d'état, dit-il, possède la filiation, il ne la recherche pas. A quoi bon rechercher l'état qu'on possède ? Mais c'est là une querelle de mots, une pétition de principes. On recherche bel et bien l'état qu'on possède si la possession, ainsi que cela arrive le plus souvent, n'est pas admise par l'adversaire comme preuve suffisante de cet état. C'est ce qu'explique M. Laurent « les faits qui constituent la possession peuvent être contestés, ils le sont nécessairement, on doit le supposer, pour que la question de preuve puisse s'élever et dès qu'il y a contestation, il y a recherche, débat judiciaire sur la paternité ; or le législateur a voulu éviter ces débats. »

En résumé les textes du Code, pas plus que les travaux préparatoires, ne nous permettent de considérer la possession d'état comme une preuve de la paternité naturelle. Et s'il fallait un dernier argument, nous le trouverions dans l'excès même où sont tombés les partisans trop logiques du système de M. Demolombe. Au mépris des articles 335 et 342 portant prohibition de la reconnaissance et la re-



cherche de la filiation adultérine ou incestueuse, certains jurisconsultes ont prétendu qu'un enfant adultérin ou incestueux peut prouver sa filiation par la possession d'état, attendu que la constatation de cette possession n'implique ni une reconnaissance dans le sens de l'article 334 ni une recherche dans le sens de l'article 340. Certes, la hardiesse de cette opinion a de quoi surprendre. Nos adversaires s'appuient ordinairement sur les intentions présumées du législateur et sur les moindres phrases des travaux préparatoires, mais ici ils font aussi bon marché des uns que des autres : ils ne se soucient plus de l'esprit évident de la loi qui désire effacer jusqu'au souvenir de l'adultère ou de l'inceste, et ils oublient tout ce qui a été répété à profusion dans les discussions provoquées par les articles 335 et 342.

2° *Le système de M. Demolombe devant la jurisprudence.* — La possession d'état a trouvé encore moins de faveur devant les tribunaux que devant la doctrine. Considérée comme preuve de la paternité naturelle, elle ne compte pas un seul arrêt à son actif.

De bonne heure la Cour de cassation (1) s'est appuyée sur le texte si formel des articles 334 et 340 pour rejeter la possession d'état qu'on avait essayé de faire valoir devant elle en invoquant quelques uns des arguments qui ont été développés en 1835 par M. Demolombe.

Plus tard le système a été formellement condamné par

1. Arrêt du 13 mars 1827 (Dalloz, au mot *Paternité* n° 558).

la Cour de Lyon (1) à l'aide de l'argumentation suivante. On s'appuie, dit la Cour, sur une prétendue analogie entre les deux filiations. Cette analogie existe-t-elle ? En aucune façon. On sait en effet que l'un des éléments essentiels de la possession d'état consiste dans l'acceptation de l'enfant par la famille, c'est-à-dire par ceux qui ont un intérêt moral et pécuniaire à le renier. Or l'enfant naturel n'ayant pas de famille aux yeux de la loi, les parents du père n'ont aucun intérêt à le repousser puisqu'il ne peut élever contre eux aucune prétention fondée en droit. La base manque donc à la possession d'état quand la filiation est illégitime. Des décisions analogues ont encore été rendues en 1860 et 1866 par les Cours de Caen, d'Agen et d'Orléans.

Je me contente de citer l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans où la question a été solennellement débattue. On peut lire dans le recueil de Dalloz qui le reproduit *in extenso* le long et savant discours à l'aide duquel l'avocat général décida la Cour à repousser le système de M. Demolombe. Ainsi qu'on peut en juger par l'arrêt dont la teneur suit, la Cour fit valoir pour la première fois un argument historique tiré du décret de brumaire an II. Tout favorable qu'il fût aux enfants naturels, ce décret n'allait pourtant pas jusqu'à leur permettre de prouver dorénavant leur filiation par la possession d'état : il exigeait une reconnaissance par acte authentique. Telle était la législation en vigueur lors de la discussion du Code ; si le Code eût voulu déroger à ces principes, il l'eût déclaré formellement.

1. Arrêt du 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186.

Quoi qu'il en soit voici l'arrêt de la Cour : « Sur la question de savoir si l'action intentée par le S<sup>r</sup> N... en qualité d'enfant naturel reconnu du S<sup>r</sup> N..., est recevable : Considérant qu'en admettant comme constants les faits de possession d'état invoqués par le demandeur, cette possession d'état ne saurait remplacer la reconnaissance voulue par l'article 334, laquelle doit être faite par acte authentique lorsqu'elle n'a pas été faite dans l'acte même de naissance ; que si le législateur a, dans le chapitre II relatif aux preuves de la filiation des enfants légitimes, dit, article 320, qu'à défaut d'acte de naissance la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit, cette disposition spéciale à la filiation légitime, n'est pas reproduite à la section II qui comprend des règles pour la reconnaissance des enfants naturels ; que l'on doit induire de ce silence que le législateur n'a pas voulu accorder la même faveur à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime ; que la loi de brumaire an II elle-même ne permettait qu'aux enfants naturels dont les père et mère étaient décédés lors de sa promulgation de prouver leur filiation par la possession d'état ; pour l'avenir et jusqu'à la promulgation du Code elle prescrivait la reconnaissance par acte authentique ; que si contrairement à cette disposition transitoire, la possession avait dû, sous l'empire du Code Napoléon, remplacer au besoin l'acte authentique, le législateur l'aurait formellement exprimé puisque c'eût été une dérogation à la loi en vigueur de l'an II à l'an XI ; que loin de là, il résulte de l'exposé des motifs présenté par l'ora-



teur du gouvernement à l'appui des dispositions contenues à la section II du chapitre III « que la paternité ne peut jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faut-il que cette reconnaissance soit faite ou par l'acte même de naissance ou par acte authentique ; que la loi n'admet qu'une seule exception, c'est le cas de l'enlèvement » qu'en présence de termes aussi positifs, il n'est pas possible de se méprendre sur la pensée du législateur ; confirme (1). »

Du reste un an plus tard, la Cour de cassation appliqua la même doctrine. Chose curieuse ! le demandeur avait si peu de confiance dans le système de M. Demolombe qu'il ne le soutint pas carrément devant le tribunal. Il se contenta d'invoquer la possession d'état à l'appui d'un acte de vente où son prétendu père figurait comme vendeur et où il était lui-même désigné sous le nom du père. La possession d'état se joignant à cette reconnaissance devait, selon lui, faire reconnaissance complète. Étrange théorie ! Comment deux semblants de preuve formeraient-ils une preuve réelle ?

« Attendu que suivant l'article 334 la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut se faire que par acte authentique, lorsqu'elle ne l'a pas été dans son acte de naissance ; — que les termes de cet article sont limitatifs ; — que si l'article 320 porte qu'à défaut de titre, c'est-à-dire d'acte de naissance, la possession d'état suffit, cette disposition prévue dans le chapitre 2 du tit. 7, liv. 1, C. Nap. intitulé

1. Orléans, 10 mai 1860 (Balloz, 1860, 2, 144).



*Des preuves de la filiation des enfants légitimes*, n'a pas été reproduite dans le chapitre suivant relatif aux enfants naturels et ne peut par conséquent être applicable à ces derniers ; — que si le législateur eût voulu la rendre commune aux unes comme aux autres, il n'eût pas manqué d'en faire la mention expresse ; que son silence à cet égard n'est pas d'ailleurs une omission involontaire ; qu'il résulte au contraire du texte et de l'esprit de la loi que la possession d'état de nature à établir la filiation à défaut d'acte de naissance, n'a été admise qu'en faveur du mariage, fondement de la famille, à des enfants qui en sont issus, puisque l'article 320 en contient l'expression formelle ; — attendu, enfin, que le demandeur né hors mariage n'invoquait à l'appui de sa réclamation en attribution de paternité, ni son acte de naissance qu'il ne représentait même pas, ni un acte authentique de reconnaissance ; que dès lors la prétendue possession qu'il alléguait ne pouvait suppléer à la reconnaissance dont le susdit article 334 a défini la forme, ni servir même à interpréter l'acte de vente d'où le demandeur voulait faire sortir la preuve de la filiation à l'égard de son père et attribuer à ce dernier acte le caractère et la force d'une reconnaissance qu'il n'avait pas pour objet ; — qu'il a donc été fait à la cause une juste application des articles de la loi précités ; — rejette (1). »

Le double examen auquel nous venons de nous livrer montre que le système de M. Demolombe tend plutôt à

1. Cour de cassation. Arrêt du 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862. I, 29).

perdre du terrain qu'à en gagner. La jurisprudence le repousse et le nombre des auteurs qui le défendent décroît de jour en jour.

Il y a trois ans, M. Valette le professait encore à la Faculté de droit de Paris, mais depuis la mort de notre célèbre et regretté maître, la possession d'état a cessé d'avoir faveur dans l'enceinte de l'école. Pour en donner la preuve, il me suffira de rappeler que dans leurs derniers cours sur la matière, MM. Beudant, Bufnoir, Boistel et Demante ont, chacun de leur côté, combattu l'opinion de M. Demolombe.

Enfin, signe caractéristique du déclin de ce système ! M. Béranger dans son projet de loi sur la recherche de la paternité ne propose pas d'ériger la possession d'état en preuve légale ; il se borne à la présenter comme un simple préalable rendant admissible l'action en recherche de la paternité.

Du reste, l'auteur de ce système confesse lui-même avec beaucoup de franchise le complet insuccès de ses efforts :

« Nous n'avons pas réussi jusqu'à présent toutefois ; et même notre entreprise a eu cette singulière fortune que tandis que nous nous efforcions d'obtenir que l'on décidât que la possession d'état fait preuve de la filiation naturelle non-seulement à l'égard de la mère, mais encore à l'égard du père, il est advenu au contraire que l'on a décidé qu'elle ne ferait pas preuve, non-seulement à l'égard du père, mais même à l'égard de la mère » !

« C'est là, si l'on veut, à un certain point de vue, un succès de notre démonstration, qui tendait, en effet, à

établir qu'aucune distinction n'est possible, en ce qui concerne la preuve résultant de la possession d'état, entre le père et la mère naturels. »

« Mais nous confessons volontiers qu'il s'en faut bien que ce soit ce succès-là que nous ayons poursuivi. »

L'échec du système de M. Demolombe nous démontre une fois de plus que les textes relatifs à la preuve de la filiation s'interprètent restrictivement dès qu'on les applique aux enfants naturels. J'accorde volontiers que la possession d'état est en fait, sinon en droit, la meilleure des reconnaissances, mais ce que je nie, c'est qu'elle puisse, sans une réforme du Code, être présentée comme une preuve légale de la filiation hors mariage.

---



## CHAPITRE III

### DE LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ NATURELLE

#### I. — ANCIEN DROIT

Sous l'ancien régime la recherche de la paternité était de droit commun. Il est permis de voir dans cette règle une des traces de l'influence toute-puissante qu'exerça jadis le droit canonique sur la plupart de nos institutions. L'église qui ne cessa d'encourager le mariage ne pouvait rester indifférente devant la question des unions illégitimes et c'est sous son action que la recherche de la paternité entra dans nos mœurs. Il fallait avant tout découvrir le père de l'enfant pour le forcer à épouser la mère ; il fallait que leur commerce irrégulier fit place à une union consacrée par le sacrement.

« La chose étant avérée, l'on a accoutumé d'amener en la dite église, l'homme et la femme qui ont forfait en leur honneur, et la estans conduicts par deux sergents (au cas qu'ils n'y veulent venir de bonne volonté), ils sont espousez ensemble par le curé du dit lieu (1). »

Alors, comme aujourd'hui, le mariage était en pareil cas

1. Du Breuil. *Antiquités de Paris*, p. 90.

le remède par excellence. Toutefois s'il inspirait une trop grande répugnance au séducteur, celui-ci était libre de choisir la mort comme alternative. En effet, d'après l'article 497 de la coutume de Bretagne, tout individu convaincu d'avoir suborné une fille mineure de vingt-cinq ans, sous prétexte de mariage « ou autre couleur » était condamné à mort.

En fait l'homme préférait tout à la mort et se hâtait d'épouser.

Avec le temps la législation s'adoucit et l'on modifia de la manière suivante le texte primitif de la coutume de Bretagne.

« Les personnes convaincues de séductions ou reconnues coupables d'avoir eu avec des filles ou veuves un commerce illicite seront condamnées à telles peines qu'il appartiendra. »

En résumé, l'examen des documents anciens nous révèle en matière de séduction l'existence et l'application simultanées de deux jurisprudences ; le *mariage ou la mort* faisaient le fond de l'une et de l'autre, mais la première donnait le choix à l'homme tandis que la seconde le laissait à la femme. Dans ce dernier cas le séducteur était conduit au supplice au milieu d'un appareil d'ignominie, mais la fille séduite pouvait venir le réclamer et l'on procédait sur le champ au mariage.

Au surplus, ce sont là des textes de droit pénal que je me borne à citer en passant afin de montrer quel était en

notre matière l'esprit de l'ancienne législation. J'arrive maintenant au droit civil proprement dit.

I. — *De la maxime VIRGINI PRÆGNANTI CREDITUR*

*Creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo prænantem esse* : « On doit croire la fille-mère qui indique l'auteur de sa grossesse. » Telle est la célèbre maxime autour de laquelle gravite notre sujet et que l'on présente comme le résumé de l'ancienne jurisprudence en matière de recherche de paternité. Hâtons-nous de dire que cette maxime n'avait pas la portée que son sens naturel permettrait de lui attribuer. Ainsi que je le montrerai plus loin, elle laissait entière la question de paternité et n'avait d'autre effet que d'assurer provisoirement des aliments à l'enfant et des secours à la femme accouchée. Restreinte à un intérêt purement pécuniaire, cette confiance accordée à la fille-mère ne laissait pas de paraître bizarre, aussi invoquait-on pour la justifier une foule de considérations plus ou moins graves. On y voyait l'œuvre de la nécessité plutôt que de la logique. Parmi les motifs qui ont contribué au succès de la règle *virgini prægnanti creditur*, on peut citer l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des paroisses, le désir de réprimer tout commerce illicite et la condition inférieure des bâtards dans l'ancien droit.

1° *Intérêt de l'enfant*. — Tant pour l'intérêt public que pour celui de l'enfant, nous disent les anciens auteurs, il faut lui assigner une personne qui l'entretienne et l'em-



pêche de tomber dans la misère. Ce n'est pas une paternité que la justice déclare ainsi, c'est une aumône qu'elle ordonne. Après tout si la condamnation a quelque chose d'arbitraire, celui qui en est victime ne doit, suivant le mot de Fournel, « imputer qu'à son imprudence et à son inconduite de s'être exposé au soupçon. »

2° *Intérêt des paroisses.* — Puisqu'il ne s'agissait que d'empêcher l'enfant de tomber dans la misère, le système le plus naturel eût été de mettre les frais d'accouchement et d'entretien à la charge des paroisses. Mais tel n'était pas l'esprit de l'ancien droit. Sans doute le premier objet est de pourvoir à la subsistance de l'enfant, mais le second est d'en décharger la paroisse et il n'y a pour cela qu'un moyen c'est de condamner d'urgence le défendeur à la provision. En un mot, tant qu'il ne s'agissait que de la provision on était bien plus préoccupé de l'intérêt des paroisses que de la réalité de la paternité.

Aujourd'hui encore, le même souci se présente en Suisse dans le canton d'Argovie. Dès qu'il s'agit d'un enfant naturel que ses père et mère ne pourraient nourrir, la commune a le droit exorbitant : 1° d'opposer toutes les exceptions dont jouit le père ; 2° de se substituer à la mère lorsqu'elle n'agit point contre le prétendu père ; 3° d'empêcher un homme pauvre de reconnaître un enfant naturel.

3° *Répression des désordres.* — Aux yeux de l'ancienne législation, tout commerce illicite était un fait punissable. Il était d'usage de condamner les coupables « en une peine



pécuniaire applicable au pain des prisonniers ou autres œuvres pies. » Rien de plus naturel par suite que l'obligation imposée à un homme de nourrir l'enfant de la femme qu'il a fréquentée. C'est par application de ce principe qu'on pouvait condamner solidairement aux frais de nourriture les divers individus à qui la femme s'était livrée à l'époque de la conception de l'enfant. L'enfant n'ayant qu'un père, la condamnation prononcée contre plusieurs hommes n'est point la sanction du devoir de paternité, mais la peine du commerce illicite.

4° *Condition inférieure des bâtards.* — L'ancien droit, n'accordant à l'enfant naturel aucune part de la succession de ses parents, était par cela même beaucoup plus facile que le droit moderne sur le choix des preuves de la filiation. Après tout, disait-on, « il ne s'agit point de l'honneur d'un citoyen, mais d'un objet purement pécuniaire. »

Tels sont les motifs qui ont fait admettre cette fameuse règle *virgini prægnanti creditur*, dont on a souvent dénaturé le sens véritable et qui, depuis plus d'un siècle, sert d'aliment à tant de controverses passionnées. On doit croire la fille-mère ! s'écrient avec indignation mille auteurs scandalisés. Mais chacun tremblera devant elle de peur qu'en détournant les yeux sur lui, elle ne l'infecte de paternité ! Et après ce beau mouvement oratoire renouvelé de l'avocat général Servan, tous de proclamer la recherche de la paternité le plus grand fléau des temps anciens et des temps modernes !

Or, comme l'a si bien démontré un des auteurs qui ont

le mieux étudié la partie historique de la question (1), bon nombre de jurisconsultes se méprennent sur la portée de la maxime *virgini prægnanti creditur*. Pour préciser le sens de cette règle, il faut chercher les éléments dont se compose un procès de paternité.

## II. — *Des divers éléments d'un procès en recherche de paternité.*

D'après les documents de la jurisprudence, toute action de ce genre passe par deux péripéties soumises à des principes différents, savoir : le *provisoire* qui se juge sur une présomption, et le *fond* que l'on tranche d'après des preuves.

Par exemple, lorsqu'une fille enceinte vous désigne comme l'auteur de la grossesse, le juge, sur cette seule indication, vous condamne à pourvoir jusqu'à nouvel ordre aux besoins de l'enfant : c'est le *provisoire*. La femme est ensuite mise en demeure de prouver les rapports de cohabitation qu'elle vous impute : fait-elle cette preuve ? vous êtes déclaré père de l'enfant ; ne la fait-elle pas ? elle est condamnée à vous rendre la provision : voilà le *fond*.

Il n'en faut pas davantage pour convaincre d'erreur ceux qui attribuent à la maxime *virgini prægnanti creditur* assez de force pour trancher tout le procès.

C'est ce qu'on va comprendre en examinant plus à fond

1. Baret. *Histoire critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle.*

le but et le fonctionnement de ces deux phases de la procédure.

I. *Du provisoire.* — La décision préalable n'avait d'autre but que d'assurer à la fille enceinte un secours pécuniaire se répartissant en frais de *gésine* ou d'accouchement et en une *provision* ou somme destinée à l'entretien de l'enfant. Sauver à tout prix la femme du dénûment qui conduit si souvent à l'infanticide ou au suicide, tel était sur ce point l'esprit de l'ancienne jurisprudence. Et comme les frais d'accouchements ne sont pas de nature à souffrir de retards, on comprend que le juge les mette à la charge du premier individu désigné par la femme, quitte à l'indemniser sur de plus amples informations. La déclaration de la femme valait donc par elle-même, indépendamment de toute preuve et sans qu'il y eût à considérer les circonstances qui pourraient la rendre suspecte. Il n'était même pas nécessaire d'exiger le serment. Selon le mot de Fournel : « le juge qui a sous les yeux la plainte, a tout ce qu'il faut pour prononcer sur la provision. »

Des considérations de nature diverse semblent justifier le rôle important attribué dans cette première partie du procès à la maxime *virgini prægnanti creditur*. C'est, d'une part, la nécessité de pourvoir d'urgence aux besoins de l'enfant sans mettre la dépense à la charge des paroisses, d'autre part, la garantie de sincérité qui s'attache à une déclaration faite le plus souvent dans les douleurs de l'enfantement alors que l'existence de la femme est compromise. C'est enfin l'imprudence d'un homme qui, s'il n'est



pas l'auteur de la paternité, doit tout au moins se reprocher la turpitude de ses relations.

Mais, cette décision provisoire ne préjuge-t-elle pas forcément la sentence définitive ? Si la présomption de paternité qui résulte de la déclaration de la fille est assez forte pour motiver une condamnation en dommages-intérêts, comment l'homme contre qui cette condamnation est prononcée, parviendra-t-il, quant au fond, à se dégager de la paternité elle-même ?

Cette objection soulève deux difficultés dont l'une porte sur le caractère provisoire de la décision préalable, l'autre sur les moyens à l'aide desquels le défendeur peut repousser la présomption.

Je m'explique d'abord sur le premier point. Les anciens auteurs s'accordent en général à reconnaître que la décision du provisoire ne préjuge en rien la décision du fond. C'est ce que déclare formellement Papon (1) dès le xvi<sup>e</sup> siècle.

« Le juge doit pourvoir sur les aliments, et après s'enquérir de la vérité à laquelle n'est fait préjudice par telle provision d'aliments. » Après lui, Fournel (2) formule à plusieurs reprises la même doctrine en termes encore plus catégoriques.

« Quelle que soit la provision accordée à la mère et de quelque manière qu'elle ait été exécutée, elle ne forme aucun préjugé contre le défendeur. Ce jugement ne lui enlève aucun de ses moyens pour impugner la paternité qu'on

1. *Recueil d'arrêts*, édition de 1607.

2. *Traité de la séduction*, pages 104 et 105.

lui attribue et dont la preuve continue d'être à la charge de la mère. » Plus loin, Fournel revient sur la même idée et l'accentue davantage en exprimant une de ses conséquences.

« Si par l'évènement de la contestation, le prétendu père est déchargé de la demande, il y a une action en restitution de la provision qu'il aura été contraint de payer et par les mêmes voies qu'il aura été contraint. »

L'opinion de Papon et de Fournel est confirmée par le passage suivant de Denizart (1) : « La simple déclaration d'une fille ou femme libre, que l'enfant dont elle est grosse est des œuvres d'un homme qu'elle nomme, suffit, suivant les docteurs Faber et Boërius, pour obliger l'accusé à se charger provisoirement (seulement) de la nourriture de l'enfant ; mais elle ne suffit pas pour le contraindre à s'en charger définitivement, parce que personne n'est admis à être juge de sa propre cause. »

Solution identique dans Poullain-Duparc (2). « La déclaration d'une fille n'établit qu'une présomption sur laquelle le général de la paroisse pourrait obliger le garçon de se charger provisoirement de l'enfant. Mais pour l'en charger définitivement, il faudrait des preuves de familiarités suffisantes. »

De tout ce qui précède, je conclus : 1° que la déclaration de la mère est valable sans preuve ni serment ;

1. Denizart. Répertoire. *Au mot grossesse*, p. 585.

2. Poullain-Duparc. *Principes du Droit français suivant les maximes de Bretagne*. Tome VIII, p. 116.

2° qu'elle n'a d'effet que pour la condamnation pécuniaire ;  
3° qu'elle ne constitue point un titre pour la mère et laisse entière la question de paternité.

II. *Du fond.* — Dans la première phase du procès un simple intérêt pécuniaire était en jeu ; dans la seconde c'est la paternité proprement dite qui va faire l'objet du débat. Le litige devient beaucoup plus grave. On ne se contentera plus, pour donner gain de cause à la femme, de la plainte qu'elle porte contre le premier homme venu, on la mettra en demeure de prouver que cet homme est réellement le père de l'enfant dont elle est enceinte ou accouchée. Or pour établir avec certitude la paternité deux preuves seraient de rigueur ; 1° la preuve du commerce de l'homme avec la femme pendant la période normale de la conception de l'enfant ; 2° la preuve de la fidélité de la femme envers cet homme pendant la même période. On conçoit en effet que si la femme s'est livrée en même temps à plusieurs, le doute qui pèse sur la paternité ne pourra jamais être dissipé. La première de ces preuves est facile à fournir, mais la seconde présente des difficultés telles qu'elle eût rendu illusoire l'action en recherche de paternité. Aussi l'ancienne jurisprudence contrairement à la règle *probatio incumbat actori* avait rejeté sur le défendeur le soin d'établir le commerce simultané de la femme avec plusieurs hommes ; la preuve dont le demandeur était ainsi dispensé se transformait en exception entre les mains du défendeur.

En un mot deux règles résument le système (1).

1. Baret. Hist. crit. des règles sur la preuve de la filiation naturelle



1° La femme, pour obtenir gain de cause, *au fond* doit prouver ses rapports avec le défendeur.

2° Le défendeur pour échapper aux conséquences de cette preuve doit établir que la femme s'est livrée en même temps à plusieurs individus. C'est ce qu'on a l'habitude d'appeler en termes un peu barbares l'exception *plurium constupratorum*.

Je reprends l'étude de ces deux règles.

I. *Preuve des rapports de l'homme avec la femme.* — De l'avis de tous les auteurs la preuve de la fréquentation est pour la fille une condition indispensable. « Sans une preuve de fréquentation, dit Poullain-Duparc, la seule déclaration de la fille répétée même dans le temps de ses couches, ne peut pas faire de preuve, car que doit-on penser des déclarations d'une personne qui s'est livrée au déshonneur ? » Fournel exprime la même opinion dans les divers passages qui ont servi à démontrer le caractère tout provisoire de la première décision. Reste à savoir comment cette preuve pourra être faite. D'après Fournel (1) la cohabitation illicite peut être établie de trois manières : par la preuve littérale, par la preuve conjecturale et par la preuve naturelle.

1° *Preuve littérale.* — Les écrits nécessaires à cette preuve devront contenir l'aveu de la « cohabitation charnelle » ou tout au moins la faire présumer fortement par le style

page 17. Poullain-Duparc. T. VIII. p. 112. Denizart, § 15 au mot : grossesse.

1. Fournel. Traité de la séduction, pages 130 à 135.



familier dans lequel ils sont conçus. Ces écrits, lettres, billets ou registres domestiques devront, bien entendu, émaner du défendeur ; on accordera la même force probante à l'extrait de baptême signé par le prétendu père.

2° *Preuve conjecturale*. — « Il y aurait, nous dit Fournel, de l'injustice à exiger d'une fille enceinte qu'elle apportât des témoignages *de visu* du commerce illicite qu'elle impute à son adversaire ; il suffit qu'elle soit en état d'offrir des témoins de certaines familiarités qui soient de telle nature qu'elles entraînent avec elle la présomption naturelle d'une intime habitude. »

3° *Preuve naturelle*. — C'est celle qui résulte de certains signes physiques communs à l'enfant et au prétendu père. Fournel en donne quelques exemples : « Si dans la famille de l'accusé tous les enfants viennent au monde avec six doigts et que l'enfant soit né avec cette difformité ; si l'accusé est nègre et que l'enfant soit mulâtre ; si l'accusé est sourd et muet et que l'enfant soit affligé de la même infirmité etc. »

Les diverses hypothèses citées par Fournel ne sont d'ailleurs que des applications du principe ancien reproduit dans l'article 1353 du Code civil à savoir que les présomptions de l'homme sont admises dans tous les cas où la loi autorise la preuve testimoniale. En somme tous les moyens sont bons pourvu qu'ils soient assez sérieux pour entraîner la conviction du juge.

Telle était la rigueur des principes sur la preuve de la cohabitation. En fait, il faut en convenir, le juge se laissait

facilement convaincre et cela pour plusieurs raisons tirées de certaines particularités de notre ancien droit : 1° Le grand souci de la jurisprudence était de décharger la paroisse des frais nécessaires à l'entretien de l'enfant ; 2° la paternité naturelle entraînait alors des conséquences moins graves qu'aujourd'hui puisque la qualité d'enfant naturel donnait droit, non pas à la succession, comme dans le Code civil, mais à une pension alimentaire ; 3° l'ancien droit témoignait une grande sollicitude à l'enfant exposé au plus complet dénuement faute de père.

*Exception à la nécessité de la preuve.* — Dans un cas tout spécial, l'intérêt qu'inspirait la position de la femme donnait naissance à une véritable exception. Je veux parler de la *servante* qui désigne son maître comme l'auteur de la grossesse et qui à ce titre est dispensée de toute espèce de preuve. « Si c'est une concubine tenue à *pot et olle*, déclare Papon, on doit demeurer à son serment si elle affirme que l'enfant est de son maître lequel ne peut venir au contraire, hors qu'il prouve qu'elle se soit prostituée dans ce temps à un autre qu'à lui. » Fournel nous apprend toutefois que cette faveur accordée à la servante ne tarda pas à tomber en désuétude. « On ne conçoit pas, dit-il, que cette jurisprudence ait eu quelque durée. Il était d'une souveraine injustice d'imposer au maître d'une fille enceinte l'obligation d'indiquer l'auteur de sa grossesse, rien n'étant plus facile à une servante que de dérober aux yeux de son maître les traces de ses intrigues. Ce sont ces abus bien connus qui ont déterminé la jurisprudence à ne

plus donner aux servantes engrossées cette foi aveugle dont elles étaient honorées ; elles n'ont absolument aucune prérogative sur les autres filles, leur déclaration n'a d'effet que pour la provision, et lorsqu'il s'agit du fond de la contestation, la qualité de maître ne forme pas le moindre préjugé. »

Fournel et Denizart citent plusieurs arrêts en ce sens et Poullain-Duparc nous apprend que l'exception dont jouissait la servante ne subsista guère qu'en Bretagne.

II. *De la preuve du commerce de la femme avec plusieurs hommes.* — Si à la preuve d'un commerce charnel fournie par la femme, le défendeur oppose l'exception *plurium constupratorum* ; en d'autres termes s'il parvient à prouver, qu'à l'époque de la conception, la femme s'est livrée à plusieurs hommes, il paralyse définitivement l'action dirigée contre lui. Telle est du moins l'opinion adoptée par la majorité des auteurs. D'une part en effet, Favre dans son *Codex definitionum* présente comme certaine la proposition suivante. « Si Titius reste convaincu d'avoir fréquenté une femme et s'il ne prouve pas que cette femme a eu commerce avec d'autres, la femme sera crue. » D'autre part Papon nous apprend que la jurisprudence repousse : 1° la « femme demeurant à part et ayant bruit de plusieurs » ; 2° la femme qui après avoir accusé son maître est convaincue de s'être « prostituée dans ce temps à autre que lui. » Poullain-Duparc répète à son tour que la preuve de la fréquentation suffit à faire condamner le garçon : « à moins qu'il ne prouve le mauvais commerce de la fille avec



d'autres. » Enfin Denizart cite à l'appui de cette doctrine un arrêt du Châtelet en date du 10 octobre 1760 d'après lequel « il suffit qu'une fille se soit abandonnée à plusieurs hommes, quoiqu'elle ne soit pas du nombre de ces filles qu'on trouve communément dans des lieux de débauche, pour qu'elle ne puisse contraindre celui qu'elle accuse d'être l'auteur de la grossesse à se charger de l'enfant dont elle est accouchée. »

De cette ensemble de textes et d'arrêts je conclus que l'exception *plurium constupratorum* était en général considérée comme un moyen de défense péremptoire. Le système dominant peut donc se résumer dans les quatre propositions suivantes :

1° On condamne à une provision, sans autre preuve, l'homme que la mère désigne comme l'auteur de la grossesse ;

2° La sentence rendue sur la provision ne préjuge en rien la décision à intervenir sur le fait de la paternité ;

3° Pour le fond du procès, la mère n'a qu'à établir son commerce avec le prétendu père ;

4° Le défendeur est renvoyé de la poursuite s'il prouve que la femme s'est livrée à d'autres hommes.

Je l'ai dit et je le répète, il s'en faut de beaucoup qu'il y ait, en matière de paternité, unité de doctrine et de jurisprudence. Toutes les opinions ont trouvé des auteurs pour les soutenir et des tribunaux pour les appliquer. Je m'en tiens néanmoins au système que je viens d'exposer, parce qu'il s'appuie sur un très grand nombre d'arrêts et de textes

et qu'il peut, dès lors, être considéré comme l'expression de l'opinion générale.

L'examen approfondi des décisions judiciaires a permis à M. Baret (1) de découvrir à côté de ce système général trois ou quatre systèmes vicieux qui ont tour à tour obtenu faveur auprès de la doctrine et de la jurisprudence.

« A côté de ce système général, il y avait les opinions dissidentes, les décisions de tribunaux isolés, inspirées soit par la faveur des circonstances, soit par la toute-puissance d'un brocart dont on ne prenait pas le soin d'examiner le vrai sens, soit par l'idée qu'il faut décharger les paroisses de l'entretien des bâtards. En un mot, il y avait les faiblesses, les erreurs, les exagérations. »

### III. — *Des variations de l'ancienne jurisprudence.*

Tout en appliquant d'une manière à peu près constante le système qui vient d'être développé, la jurisprudence se permit de temps à autre quelques innovations inconsidérées, quelques écarts de doctrine plus ou moins graves. M. Baret a classé ces décisions isolées en quatre catégories que je vais examiner successivement.

*Premier système.* — La règle *virgini prægnanti creditur* fait foi, non-seulement pour la provision, mais encore pour la paternité. Ce système que les adversaires de la

1. *Hist. crit. des règles sur la preuve de la fil. nat.*, p. 21 à 34.

recherche de la paternité présentent comme le système général de l'ancienne jurisprudence, était, au contraire, le plus rarement appliqué. C'est à peine si l'on peut citer en sa faveur une décision judiciaire, encore cette décision émanait-elle d'un simple baillage, et fut-elle réformée par un arrêt du parlement de Normandie.

*Deuxième système.* — La déclaration de la fille est une demi-preuve qui doit être complétée par la preuve de la cohabitation. « Ainsi, nous dit Denizart, la réunion de ces deux présomptions, c'est-à-dire de la déclaration de la fille et de la preuve acquise par les dépositions des témoins, de familiarités suffisantes pour faire présumer un commerce charnel est regardée comme une preuve sur laquelle il est permis de se décider en pareil cas ; mais l'une de ces deux présomptions serait seule suffisante. » Ce système qui conduit le juge à déclarer la paternité sur les plus vagues apparences de familiarité est fondé sur une erreur de Denizart dont on peut lire la réfutation détaillée dans le livre de M. Baret (1).

*Troisième système.* — L'homme ne peut pas repousser la preuve de la cohabitation par l'exception *plurium constupratorum*. Ce système est celui de Fournel dans son *Traité de la séduction* (2) : « L'inconduite de la fille n'est point une raison pour dispenser l'accusé de se charger de l'enfant, si, du reste, il est suffisamment avéré qu'il y a eu

1. *Hist. crit.*, § 3, p. 27 et suivantes.

2. Fournel, p. 119 et 121.



copulation entre les parties. » Et l'auteur cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Tournelle criminelle qui condamne un homme marié à se charger d'un enfant naturel, quoiqu'il fût établi que la mère de cet enfant entretenait en même temps un commerce illicite avec un tiers.

Ainsi que le fait judicieusement observer M. Baret, l'opinion de Fournel à cet égard est en contradiction flagrante avec la doctrine qu'il professe sur la force probante de la déclaration de la fille. Il répète à satiété que cette déclaration n'est pas prise en considération quant au fond et que la preuve du commerce charnel tranche le débat indépendamment de toute déclaration. « Dès lors, ajoute M. Baret, comment comprendre que si l'on n'a pas donné à la déclaration de la femme la moindre autorité sur un fait qu'elle connaît, à savoir les relations qu'elle a eues avec tel homme, on ait accordé à cette déclaration pleine et entière puissance quant à un fait qu'elle ne peut pas connaître avec certitude, à savoir quel est, parmi ceux qui l'ont fréquentée dans le même temps, le père de l'enfant. »

Je ne puis mieux faire que de citer en entier le passage si juste et si spirituel dans lequel M. Baret (1) expose et refute la théorie de Fournel.

« Voici, dit M. Baret, le raisonnement de Fournel : « il faut, pour l'intérêt public et celui de l'enfant, assigner à celui-ci un père qui prenne soin de son éducation. » Voici la majeure ; il faut un père !

1. Baret. *Hist. Crit.* pages 23 et 24.



Or, « bien que le commerce entretenu par la fille avec plusieurs hommes rende naturellement la paternité équivoque » (il l'avoue sans difficulté), « c'est néanmoins une chose certaine que la paternité appartient à quelqu'un de ceux qui ont fréquenté la mère. »

Donc « on ne peut chercher le père que parmi ceux qui ont fréquenté la mère. »

« Le raisonnement, poursuit M. Baret, est comme on le voit fort modéré, car avec une majeure pareille, on pourrait aisément donner pour père à l'enfant le premier venu ; mais Fournel se contente, et il faut lui en savoir gré, d'un de ceux qui ont fréquenté la mère : il faut un père, on le prendra parmi ces gens-là ; mais puisque la paternité est équivoque, comment choisir celui qui sera le père ? tirera-t-on au sort ? Non, on croira la déclaration de la mère. « La déclaration de la mère est un grand préjugé ; il est assez raisonnable de croire que, sur cet article, la mère a des notions capables de lui faire distinguer le véritable auteur de la paternité. » Du reste, Fournel ne croit guère à la bonté de ces raisons et il finit par les mettre de côté.

« Il faut un père à l'enfant, le bon sens veut qu'on le choisisse parmi ceux qui se sont exposés à le devenir.

« Après tout, l'objet du magistrat n'est pas de rencontrer nécessairement l'auteur de la paternité naturelle, il suffit qu'il y ait dans les présomptions de quoi asseoir une paternité vraisemblable. »

Il n'en faut pas davantage, ce me semble, pour démontrer que ce système ne se tient pas en logique puisqu'il part de

principes diamétralement opposés à ceux qui professent ailleurs ses propres partisans et qu'admet la jurisprudence dominante. Je dois ajouter qu'en fait l'opinion de Fournel ne compte à son actif qu'un petit nombre d'arrêts.

*Quatrième système.* — Lorsque plusieurs hommes seront convaincus d'avoir fréquenté en même temps la même fille, ils seront solidairement chargés de l'entretien de l'enfant. On cite dans ce sens un arrêt du Parlement de Paris en vertu duquel quatre personnes sont solidairement condamnées à pourvoir à la subsistance du même enfant. Ce système est le plus absurde de tous, aussi l'arrêt qui l'applique reste-t-il à peu près isolé. Fournel le trouve singulier, mais c'est parce qu'il tient à sa formule : « il faut un père à l'enfant » on lui en donne quatre, c'est trop !

Les adversaires de la recherche de la paternité aiment à s'armer de cet arrêt pour s'opposer à toute modification de l'article 340, mais leur objection tombe d'elle-même si l'on considère que cet arrêt n'a point fait jurisprudence et qu'il se borne d'ailleurs à statuer sur une question de provision.

Les développements qui précèdent m'ont permis de suivre la recherche de la paternité jusqu'à la Révolution. Cette étude rétrospective suffit, je crois, à établir que l'ancienne jurisprudence dégagée de ses exagérations et ramenée à son système dominant ne mérite pas les attaques violentes dont elle a été l'objet de la part de Servan et des rédacteurs du Code civil. En la considérant comme lettre morte, le législateur moderne a fait œuvre de réaction ; il a cédé outre

mesure au penchant qui le poussait à constituer *a priori* une société toute nouvelle, sans tenir compte des données de l'expérience.

## II. — TRANSITION ENTRE L'ANCIEN ET LE NOUVEAU DROIT

Il m'a paru intéressant d'étudier sous une rubrique spéciale les diverses phases de discrédit par lesquelles a dû passer l'ancien système pour arriver au complet effronnement que consacre le Code civil. Si j'en crois certains auteurs, la recherche de la paternité était le grand fléau de l'ancien régime, famille, morale, société, tout succombait devant cette peste d'un nouveau genre.

La famille était à la merci des intrigants qui parvenaient à s'y glisser à l'aide de preuves frauduleuses ; un mensonge inspiré par l'intérêt pouvait jeter le trouble dans la famille la plus honorable.

La morale était profondément atteinte par le scandale des débats. « Tantôt, nous dit-on (1), la fille déroulait des lettres ou des billets dans lesquels son amant avait peint sa brûlante ardeur et fait des aveux d'intimité, tantôt elle rassemblait un nombre plus ou moins grand de témoins qui venaient dévoiler à la face de la justice les fréquentations assidues, les rendez-vous secrets, les coups d'œil passionnés qui sont le prélude du mystère. » Le scandale ! faible

1. Coulet et Vaunois, *Étude sur la recherche de la paternité*, p. 15.



argument s'il en fut ! Comme si l'équité devait être sacrifiée à cette *ultima ratio*. comme si la séparation de corps, le désaveu de paternité, l'enlèvement, la bigamie, les poursuites en adultère ne fournissaient pas une matière bien autrement féconde en révélations scandaleuses ! Du reste, pour me servir du mot de M. Laurent, le scandale ne doit pas arrêter le législateur, car ceux qui s'en plaignent sont d'ordinaire les coupables.

Enfin, la société elle-même était sur le volcan : nul n'était à l'abri de l'accusation de séduction, les femmes ne résistaient que pour la forme ; la porte était ouverte aux plus ignobles convoitises ; victimes d'un odieux système, des milliers d'innocents devenaient pères bon gré, mal gré, etc., etc.

Tel est le ton qui domine chez nos adversaires. A les entendre, l'ancien régime retentissait d'un tolle universel ; c'était d'un bout à l'autre de la France un *cri général* contre la recherche de la paternité. Tous nous disent que cette institution a succombé sous le poids de la réprobation qu'elle avait soulevée depuis plusieurs siècles.

C'est avec ces préventions que j'ai commencé moi-même l'étude de l'ancienne jurisprudence ; je ne prêtais qu'une oreille distraite aux enseignements de nos vieux auteurs ; à chaque instant je m'attendais à être surpris par le cri général tant de fois signalé. Or, grande a été ma surprise lorsqu'en feuilletant Papon, Poullain-Duparc, Denizart, Fournel, Bacquet je me suis vu dans l'impossibilité de saisir le moindre écho du tolle universel contre lequel j'étais en

garde. Pourtant si j'avais quelque chance de le rencontrer c'était bien chez les auteurs qui du xvi<sup>e</sup> au xviii<sup>e</sup> siècle se sont occupés de la recherche de la paternité, de la séduction ou de la bâtardise.

Somme toute, le cri général de l'ancien régime se réduit à un réquisitoire de l'avocat général Servan, document presque contemporain de la Révolution et inspiré, dès lors, par le même esprit.

Le retentissement de ce discours m'oblige à en citer quelques extraits.

« La maxime du président Fabre règne depuis longtemps dans notre législation et notre jurisprudence. Mais d'après une variation récente de cette jurisprudence, loin de chercher à étendre cette règle, on cherche à la resserrer, disons le mot, à l'abolir. » (Il avoue lui-même que la jurisprudence tend à dégager son système de ce qu'il a d'excessif : voilà qui affaiblit singulièrement la portée de son réquisitoire) !

« Oui, sans doute, je croirai même sur ses faiblesses le témoignage d'une fille qui se tait, et jamais celui d'une fille qui ose parler ; je croirai ses larmes et jamais ses récits. Que des parents demandent à une fille encore pudique quel est l'auteur de sa honte, qu'ils le nomment, qu'ils la pressent de l'avouer.... elle pleure, voilà tout l'aveu que la pudeur peut proférer » (ne faisons pas de sentiment : larmes silencieuses ou récriminations bruyantes, tout cela est affaire de tempérament plutôt que de pudeur).

« Mais quand on voit une fille se présenter à un tribunal pour lui dévoiler son affreux état, en nommer l'auteur, désigner les époques, faire consacrer à ses yeux et sur le papier l'histoire de son infamie, quand après un pareil malheur, une fille se montre encore sensible à l'intérêt, quand elle ose envisager des dédommagements pour une perte qui n'est bien sentie qu'autant qu'on la croit inestimable, alors on doit se dire : voilà une fille qui a franchi toutes les barrières de son sexe, rien ne peut plus l'arrêter je m'en défie, non parce qu'elle a commis une faute, mais parce qu'elle a conçu et exécuté le dessein de la publier ; dès ce moment, je vois dans son caractère une audace qui la bannit de son sexe » (Pour mon compte je vois dans la démarche de la femme non pas de l'audace, mais l'accomplissement d'un devoir. La fille-mère qui pour sauver son enfant de la misère — et c'est le cas le plus fréquent — se résigne à poursuivre le séducteur sans se laisser intimider par les sévérités de l'opinion publique, fait preuve, à mon avis, d'un courage héroïque qui la relève de sa chute et la rend beaucoup plus digne d'intérêt que celle dont on ne peut tirer un aveu) (1).

« Je ne vois pas, ajoute Servan, comment on peut concilier la maxime du président Fabre avec cette protection

1. « Avouer tout haut sa faute quand aucune force sociale ne vous y contraint, l'avouer pour la réparer sous le coup de la réprobation universelle c'est là un de ces faits qui manifestent mieux la grandeur de l'âme humaine que l'innocence ineffleurée d'une vie toute virginale (Légouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 302).



que la justice doit à tous les citoyens. On fuira devant la fille-mère, chacun tremblera de peur qu'en détournant les yeux sur lui, elle ne l'infecte de paternité (L'argument est facile à retourner, je ne vois pas, puis-je répondre à mon tour, comment on peut concilier l'abandon de l'enfant avec cette protection que la justice doit à tous les citoyens. Au surplus, la maxime du président Fabre n'ayant d'effet que pour la provision, je ne vois pas en quoi le premier venu pourra craindre d'être infecté de paternité).

« Eh quoi ! poursuit l'orateur, sommes-nous des peuples barbares, la mère et l'enfant sont-ils exposés dans des bois ? » (Non, mais pour être dans des villes ils n'en sont pas plus heureux : aujourd'hui encore, malgré les progrès de la charité publique ou privée, l'abandon pousse bien des filles-mères au suicide ou à la prostitution, et il n'est pas de jour où les journaux ne constatent quelque nouvel infanticide).

« On prétend que la maxime du président Fabre est utile aux mœurs ; j'avouerai, dit Servan, que je ne découvre pas ce rapport. Cette maxime est-elle utile aux mœurs parce qu'elle les corrige ? Si on soutient qu'elle prévient les débordements du libertinage, je répondrai d'abord qu'elle ne prévient pas les faiblesses du sexe, puisqu'elle lui donne la certitude d'être secouru et l'espérance d'être dédommagé. *« On dit que ce sont les hommes qui sont les séducteurs, non ; ce sont les femmes qui, à l'aide de cette règle, s'enhardissent et séduisent les hommes »* (Quelle confiance accorder à un document qui contient de



semblables exagérations : ce sont les femmes qui séduisent les hommes ! N'est-ce pas là un paradoxe contre lequel protestent les données de l'expérience et la nature des choses. Nul n'a mieux réfuté cette boutade qu'un auteur contemporain, le R. P. Toulemont (1). « La loi actuelle semble agir d'une certaine manière sur le sexe féminin pour le détourner de la tentation de se laisser séduire. Mais, en réalité, elle ne fait que l'exposer davantage à ce péril, parce qu'en assurant l'impunité à l'autre sexe, elle l'invite en quelque sorte et le provoque à séduire. *C'est-à-dire qu'en présence de deux forces qui concourent très-inégalement à la séduction, la loi au lieu de comprimer la plus puissante et la plus fouguese lui vient en aide et lui communique une impulsion nouvelle* » (On peut consulter sur le même point l'*Histoire morale de la femme*, par M. Legouvé).

Bref ! Servan conclut en ces termes : « Fermons désormais cette voie trop large ouverte à la vengeance. Je vous supplie, au nom de l'ordre public, d'abroger cette règle, car les filles qui se laissent séduire n'ont qu'à s'en prendre à leurs propres faiblesses. »

Le discours que je viens de résumer est, à ma connaissance, la seule protestation importante qui se soit élevée dans l'ancien régime contre la recherche de la paternité naturelle. Ce document constitue le principal argument historique de nos adversaires. Ils l'invoquent à toute occasion

1. *Études religieuses*. Février 1874, p. 256.

et cela bien à tort, selon moi. Somme toute, ce n'est qu'un discours d'avocat et l'on sait que les discours de cette nature sont toujours des plaidoyers *pro domo* qu'on ne doit pas séparer de l'espèce particulière à laquelle ils se rapportent. Dans un réquisitoire plus que partout ailleurs l'effet oratoire tend à se substituer à la discussion juridique. l'amour-propre à l'impartialité. Et qui donc était plus sensible à l'amour-propre que Servan, lui qui donna, dit-on, sa démission de magistrat de dépit d'avoir échoué dans cette même affaire. Au surplus si l'on se place au point de vue de Servan, son discours ne prouve jamais qu'une chose, c'est que le parlement de Grenoble était un des rares tribunaux qui appliquait la maxime *virgini prægnanti creditur* au fond de l'affaire.

Ce n'est pas sans motif que j'insiste si longuement sur le discours de Servan : il a, selon moi, une double importance historique : d'une part, en effet, il marque le point de transition entre l'ancien et le nouveau droit, d'autre part il a exercé une influence décisive sur la solution définitive de notre problème. Grâce à son retentissement, ce discours a presque seul accrédité l'idée que la recherche de la paternité était le fléau de l'ancien régime. A force d'être répétée d'après Servan, cette idée, comme cela arrive fréquemment, a pris peu à peu la force d'un axiome ; elle est devenue un préjugé populaire dont les meilleurs esprits n'ont pu se défendre.

Tel était l'état de l'opinion publique lorsque la question des enfants naturels se posa devant la Révolution.

Je vais résumer rapidement le droit intermédiaire en matière de recherche de paternité, si tant est qu'il y ait droit précis sur ce point dans la loi du 12 brumaire an II.

La Convention, on le sait, voulait refondre toutes nos institutions d'après un idéal parfait de liberté et d'égalité. Partant de ces principes, elle déplorait l'inégalité de condition sociale établie entre les bâtards et les enfants légitimes ; elle ne professait qu'une médiocre estime pour le mariage dans lequel elle voyait, suivant le mot de Cambacérès, une « *destruction de l'homme et des droits du citoyen* » ; elle ne dédaignait pas d'affecter des sympathies pour l'union libre à seule fin de vexer ce qu'elle appelait la « *faction des pères de famille*. »

Dès le 4 juin 1793 elle s'empresse d'assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes en posant en principe que « les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits de successibilité que les autres enfants » (Loi du 12 brumaire an II).

Il devenait dès lors inexact de dire, comme dans l'ancien droit, que l'homme condamné dans un procès en paternité n'avait qu'un enfant à nourrir, puisque l'enfant entraît dans la famille et succédait à ses père et mère. C'est ce que la Convention comprit. Pour faire contre-poids à sa bienveillance, le législateur témoigna une extrême sévérité en matière de preuves de la filiation naturelle. En présence de semblables dispositions, le sort de la recherche de la paternité était jugé à l'avance.

Quand la question se présenta, le discours de Servan



était encore de fraîche date : le système qu'il préconisait faisait échec à l'ancien régime ; il était nouveau et radical ; il répondait à un certain besoin de réformes : c'était là plus de raisons qu'il ne fallait pour assurer son succès. Aussi la Convention qui n'avait pas de temps à perdre en discussions juridiques l'adopta de confiance, sans aucun examen. Je suis heureux de me trouver d'accord sur ce point avec un des jeunes docteurs de notre Faculté, M. Jonnesco (1) qui caractérise en ces termes l'œuvre de la Révolution en matière de recherche de paternité. « Excessive dans tout, dans le bien, comme dans le mal, haïssant tout ce qui rappelait l'ancien état de choses, sans se donner la peine de voir si tout était vraiment mauvais, n'ayant d'ailleurs ni le loisir, ni la patience de réfléchir mûrement, la Révolution jeta dans la même réprobation et les abus de l'ancienne jurisprudence et le principe même de la recherche de la paternité. »

Ce système a trouvé place dans les articles 8 et 11 de la loi du 12 brumaire an II, où se trouvent réunis les seuls modes de preuve admis par le droit intermédiaire pour la constatation de la filiation naturelle.

ART. 8. — Pour être admis à l'exercice des droits ci-dessus, dans la succession de leur père décédé, les enfants nés hors mariage sont tenus de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des

1. *De la recherche de la filiation naturelle* p. 40.

soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation.

ART. 11. — Néanmoins en cas de mort de la mère avant la promulgation du Code, la reconnaissance du père faite devant un officier public, suffira pour constater à son égard l'état de l'enfant né hors mariage, et le rendre habile à lui succéder.

Quelle que soit la réputation d'obscurité si justement acquise à la loi du 12 brumaire an II, on ne peut douter que ces deux articles n'aient la prétention de déterminer les modes à l'aide desquels la filiation naturelle pourra être établie. Or, parmi ces modes ne figure point la recherche de la paternité. Étant donné l'esprit qui anime le législateur cette lacune s'interprète nécessairement par une suppression.

En effet dès le début de la Convention on voit percer chez les nouveaux législateurs le désir d'abolir l'ancienne institution. Les deux projets de Code civil successivement présentés par Cambacérès à la Convention contiennent un article ainsi conçu : « la loi n'admet pas la recherche de la paternité non avouée. » Et cet article deux fois reproduit fut deux fois voté par l'Assemblée avant la clôture définitive de ses sessions.

C'est ainsi d'ailleurs que la Cour de cassation (1) a interprété le droit intermédiaire par un arrêt en date du 26 mars 1806. « A compter de la loi de brumaire, dit la

1. Dalloz, au mot *Paternité*, 589, II.

Cour, toute recherche de la paternité non reconnue est abolie. même relativement aux aliments pour l'enfant, aux frais de gésine et aux dommages-intérêts pour la mère. »

L'étude de ces divers projets nous a conduit jusqu'au Code civil, ce *grand édifice de législation* dont parle si pompeusement le tribun Duveyrier : « Il faut après avoir longtemps marché sur des ruines, élever le grand édifice de la législation civile, édifice simple dans sa structure, mais majestueux dans ses proportions, grand par sa simplicité même, et d'autant plus solide que, n'étant pas bâti sur le sable mouvant des systèmes, il s'élèvera sur la terre ferme dès lois de la nature et sur le sol vierge de la République (1). »

Lors de la rédaction du Code civil, la question de la paternité se pose de nouveau devant le législateur.

Nous allons la suivre au Conseil d'État et au Tribunat où elle provoque une des plus intéressantes discussions de notre histoire juridique. Du reste, si l'on discute, ce n'est pas que l'on hésite entre le maintien ou la suppression de la règle ancienne : il ne s'agit que du plus ou moins d'étendue à donner à la prohibition. Ici encore, le discours de

1. A ce panégyrique enthousiaste, il me paraît piquant d'opposer cette boutade de M. Accolas. « Le Code vint, œuvre de transaction entre les idées de l'ancien régime et celle de la Révolution, base hybride et équivoque de la société civile, qu'éclaire et que vivifie si lentement la lumière de l'idée ; en définitive vaste ossuaire où des esprits médiocres n'ont su qu'entasser les débris de vingt siècles et où la main du premier consul n'apparaît que lorsqu'il s'agit d'attenter à l'idée du juste ». (*Enfants naturels*, p. 37, 38).



Servan joue son rôle et exerce son influence. Lorsque les orateurs prennent la peine de raisonner, comme Bigot-Préameneu et Lahary, au lieu de se lancer dans l'emphase comme Duveyrier, ils ne font guère que renouveler les arguments déjà produits par l'avocat général du parlement de Grenoble. Preuve nouvelle que les griefs dont on charge l'ancien système proviennent tous d'une seule et même source !

Comme documents juridiques et spécimens de l'éloquence du temps, les discours des orateurs que je viens de nommer me paraissent curieux et dignes d'être cités.

Voici d'abord comment s'exprime Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs du titre : *De la paternité et de la filiation* :

« Depuis longtemps, dans l'ancien régime, un cri général (encore le cri général !) s'était élevé contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. L'homme dont la conduite était pure, celui dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus, n'était point à l'abri de l'attaque d'une femme impudente ou d'enfants qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. En un mot, les recherches de la paternité étaient considérées comme le fléau de la société. »

Lors de la communication officielle au Tribunat, Lahary fit, au nom de la section de législation, un rapport approbatif dont j'extrais les passages suivants.

« Tribuns, ce projet de loi a pour but d'assurer l'état et



le repos des familles, de fixer l'une des bases fondamentales de l'édifice social. Trop longtemps, il faut le dire, ces bases ont été violemment ébranlées ; trop longtemps le vice et l'immoralité y ont porté de cruelles atteintes ; trop longtemps enfin la législation elle-même, destinée à en garantir la stabilité, a malheureusement contribué à la miner sourdement en prêtant son appui à la fraude et à l'impudeur... pour tout dire enfin, en *décernant aux enfants nés d'unions illégitimes tous les droits et les honneurs de la légitimité.* »

Je relève en passant ce membre de phrase où le tribun renchérit sur une erreur que j'ai déjà reprochée à Servan. Tout cela est inexact : l'ancien régime n'accordait aux enfants naturels *ni les droits de la légitimité* puisqu'il les écartait totalement de la succession de leurs père et mère, *ni les honneurs* de cette même légitimité puisqu'il rabaissait socialement les bâtards au point de leur interdire l'accès de certaines fonctions publiques (1). Ceci dit en manière de parenthèse, je reviens au rapport de Lahary.

« Que de femmes impudentes osaient publier leur faiblesse, sous prétexte de recouvrer leur honneur ! Combien d'intrigants, nés dans la condition la plus abjecte, avaient l'incroyable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus distinguées et surtout les plus opulentes. Elle cessera enfin cette lutte scandaleuse trop funeste aux mœurs ! En proscrivant la recherche de la paternité, la loi

1. « En France, dit d'Aguesseau, les bâtards des personnes du commun sont serfs avant Saint-Louis ; ils sont soumis aux droits de chevage et de formariage, comme les autres mainmortables. »

prémunit la faiblesse et l'inexpérience contre les dangers de la séduction *et met un frein à la perversité des femmes flétries et éhontées.*

On le voit, le paradoxe de Servan a fait fortune : *ce sont les femmes qui séduisent les hommes !* inutile de revenir sur cette accusation dont j'ai montré plus haut toute la fausseté.

Ainsi ont parlé Bigot-Préameneu et Lahary ; et leurs démonstrations ont suffi pour décider le Conseil d'État et le Tribunat à soutenir le projet. Reste à obtenir le vote du Corps législatif devant lequel la question va se débattre une troisième fois. La parole est au tribun Duveyrier dont on connaît déjà la pompeuse éloquence. Je reprochais tout à l'heure à Lahary et Bigot-Préameneu de ne pas citer à l'appui de leur projet des autorités antérieures à l'avocat général Servan. Duveyrier se garde bien de donner dans ce travers : telle est son ardeur contre la recherche de la paternité qu'il va chercher des arguments contre elle jusque dans Euripide et Aristote.

« La nature a vu reculer ses barrières et pénétrer ses secrets. Le génie a interrogé les météores, mesuré les astres, décomposé les éléments, sondé les profondeurs de la terre et des mers ; le courage a franchi les immensités inaccessibles, parcouru la plaine des eaux et l'espace des airs. L'homme fier de ses facultés intellectuelles, se dit formé à l'image de Dieu, et ce qu'il ne connaît pas encore il aspire incessamment et s'obstine à le connaître. »

« Or le secret de la paternité épouvante presque seul et

tiennent enchaînées ses tentatives ambitieuses ; et les Aristote, comme les Alexandre, ne cherchent pas même dans les lois mystérieuses de la reproduction des êtres, un moyen de discerner l'enfant auquel ils donnent le jour.

« C'est absolument le même principe qui a démontré la nécessité d'instituer le mariage, qui démontre la nécessité hors le mariage d'interdire toute recherche de paternité. La nature ayant dérobé ce mystère à la connaissance de l'homme, à ses facultés morales et physiques, aux perceptions les plus subtiles des sens, comme aux recherches les plus pénétrantes de la raison, et le mariage étant établi pour donner à la société, non pas la preuve matérielle, mais à défaut de cette preuve la présomption légale de la paternité, il est évident lorsque le mariage n'existe pas, qu'il n'y a plus ni signe matériel, ni signe légal. » (Toujours le raisonnement *a priori*, toujours la substitution de l'idée pure au fait d'expérience ! Sans doute en logique, la paternité est toujours incertaine, mais en fait, il est bien des cas où elle pourra être suffisamment constatée, par exemple dans l'hypothèse d'un concubinage bien établi avec une femme d'ailleurs sans reproche et à propos d'enfants pourvus de la possession d'état).

Bref ! la discussion définitive aboutit à l'adoption d'un article ainsi conçu : « La recherche de la paternité est interdite : dans le cas 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. »



III. — DROIT MODERNE

I. — *De la prohibition de la recherche de la paternité.*

Le juste combiné avec l'utile, tel est le fond du droit positif. La loi civile découle de la loi naturelle et l'une doit toujours refléter l'autre, à moins que de puissantes considérations sociales ne s'interposent entre elles.

Or, que nous dit le juste à propos de l'état de l'enfant.

Il nous dit que tout enfant, dès sa naissance, porte en lui le droit à cet état, à cette situation légale d'où résulte sa personnalité civile et qui lui assigne une place dans la famille et dans la société. « Est-ce que la justice n'est pas violée, s'écrie un ardent partisan de la recherche de la paternité (1), si l'enfant qui, pour vivre et se développer, ne peut se passer ni de son père ni de sa mère, est dépouillé de la liberté de rechercher son père ou sa mère ? Ne le sera-t-elle pas, si le devoir qui s'impose à l'un comme à l'autre n'oblige par le fait de la loi que l'un des deux, si l'on consacre l'obligation de la mère en permettant au père d'échapper à la coercition ? »

Après avoir entendu le juste, laissons parler l'utile.

Ici le langage est bien différent. L'utile nous dit que la faculté donnée à l'enfant naturel de rechercher son père porterait à l'ordre public une atteinte irréparable. Au

1. Emile Accolas, *Les enfants naturels*, p. 59, bibl. démoc.

point de vue de l'utile, la recherche de la paternité compromet tout à la fois : la famille en la laissant à la merci des intrigants qui en forcent l'entrée, les tribunaux en les exposant à des décisions arbitraires, la vertu des femmes en les affranchissant des conséquences de leurs fautes, les mœurs publiques en jetant de scandaleux débats en pâture à la foule, etc., etc. Inutile d'énumérer de nouveau ces considérations. On a vu plus haut comment l'utile s'est exprimé à cet égard par la bouche des Servan, des Bigot-Préameneu, des Lahary, des Duveyrier.

Ces arguments l'emportent-ils sur les premiers ? Il n'est pas encore temps de discuter cette grave question. Tout ce que je tiens à constater pour le moment, c'est que dans ce débat contradictoire entre le juste et l'utile, gain de cause est resté à ce dernier. Avant d'examiner si ce succès est de bon aloi, je dois me borner à expliquer l'article 340 qui en est le résultat.

*De la portée de l'article 340.* — Aux termes de notre article « la recherche de la paternité est interdite. » En apparence rien de plus simple que ces trois mots ; et cependant autour d'eux gravitent les plus hautes questions juridiques, politiques et sociales.

Traisons d'abord la question de droit. On a discuté sur le sens plus ou moins précis de cette formule : *la recherche de la paternité est interdite*. Il suffit de se reporter aux discussions auxquelles elle a donné lieu et de peser les termes si généraux dans lesquels elle est conçue pour voir qu'elle édicte une prohibition absolue. D'une part,

en effet, sous quelque face que se présente l'action en recherche de la paternité, les motifs bons ou mauvais invoqués à l'appui de l'article 340 trouvent une égale étendue d'application ; et d'autre part, le texte ne dit pas limitativement : la recherche de la paternité est interdite à *l'enfant*, il formule une prohibition générale envers et contre tous, sans distinguer quel est le demandeur ni quel est le défendeur.

De là, je conclus que la recherche de la paternité est interdite quel que soit son but. En d'autres termes, elle ne peut être intentée ni contre le prétendu père, par l'enfant ou par la mère, ni contre l'enfant, par des tiers intéressés à le faire déclarer fils naturel. Ce dernier point a été pourtant fort discuté. L'intérêt de la controverse apparaît surtout en matière de succession. On conçoit très-bien, par exemple, que des collatéraux aient intérêt à faire déclarer un légataire fils naturel du défunt afin de restreindre son émolument dans la limite de la quote-part assignée par la loi aux enfants nés hors mariage. La question se pose donc en ces termes :

*Les héritiers peuvent-ils agir en recherche de paternité contre un légataire afin de prouver qu'il est le fils naturel du défunt ?*

D'après un premier système la prohibition de l'article 340 ne s'applique pas à cette hypothèse. En effet, il est de principe que la fraude fait toujours exception, et, dans notre espèce, il y a eu fraude, puisque le père n'a omis de reconnaître son enfant que pour lui donner dans sa succession un émolument supérieur à la portion légale. On ajoute



que la recherche de la paternité ne présente pas ici ses inconvénients ordinaires, puisque la conduite du *de cujus* fait présumer qu'il est réellement le père de l'enfant.

Le second système au contraire refuse l'action aux héritiers. Tout pécuniaire que fût le but poursuivi, l'action ne serait pas moins une recherche de paternité, recherche proscrite d'une manière générale par l'article 340. Sans doute de la part du père, il y a eu fraude et la fraude qui reste impunie est un grand mal, mais de la part des héritiers, il y aurait recherche de paternité, et cette recherche est un mal bien plus grand puisque les rédacteurs du Code la considéraient comme le fléau de l'ancien régime. Entre deux maux le législateur a dû choisir celui qui lui semblait le moindre.

En vain alléguerait-on que la paternité est dans ce cas plus probable que dans tous les autres.

Les motifs qui ont inspiré l'article 340 ne sont-ils pas généraux ? Bigot-Préameneu et Duveyrier n'ont-ils pas répété à satiété que la paternité est couverte d'un voile impénétrable ? Pourquoi cette observation générale n'engloberait-elle pas tous les cas ? Ce ne serait donc que devant le droit sacré de l'enfant que le droit resterait impénétrable : dès que la question d'argent serait agitée par les héritiers, ce voile s'empresserait de tomber ? Une telle conclusion serait tout à la fois immorale et illogique : immorale, parce qu'elle estimerait l'intérêt pécuniaire de l'héritier supérieur à l'intérêt moral de l'enfant ; illogique, parce qu'elle serait pré-



cisément le contre-pied du principe qui a servi de point de départ au législateur.

Le jurisconsulte Merlin a soutenu notre système avec un luxe d'arguments qui me semble superflu dans une question que le texte et l'esprit de la loi suffisent à résoudre.

Toujours sur la portée de l'article 340 on peut se demander si la recherche de la paternité serait possible contre un étranger résidant en France. La raison de douter vient de ce que les étrangers ne sont soumis en principe qu'à la loi de leur pays. Mais nous savons qu'aux termes de l'article 3 du Code civil les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Or, l'article 340 est au premier chef une disposition de police et de sûreté puisque le législateur l'a si étroitement rattachée à l'ordre public. Par suite, une Française ne serait pas admise à faire déclarer père de son enfant un étranger résidant en France, alors même que la loi personnelle de ce dernier autoriserait une action de ce genre. Cette observation présente un vif intérêt, lorsque le prétendu père est originaire de la Suisse, de l'Angleterre, de la Prusse et des autres pays où la recherche de la paternité est permise. MM. Laurent, Demolombe, Bonnier résolvent la question dans le même sens. On peut citer en outre à l'appui de leur doctrine un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 mai 1858.

La solution que j'ai donnée sur ces deux points prouve bien que la prohibition de l'article 340 est absolue. Il ne faudrait pas cependant, comme l'ont fait certains auteurs, renchérir sur la rigueur déjà si grande du Code civil. Le diffé-

rend a été soulevé plus d'une fois. On s'est posé la question suivante:

*L'action est-elle une recherche de paternité quand le débat porte uniquement sur un acte de reconnaissance? —* Voici l'espèce : un enfant a été reconnu par son père ; il produit l'acte de reconnaissance, mais un tiers intéressé soulève la question d'identité en prétendant que cet acte s'applique à un autre enfant. L'action de l'enfant est-elle une recherche de paternité ? Sur ce point la jurisprudence et la doctrine sont en désaccord.

D'après la Cour de cassation (1), la preuve de l'identité est dans ce cas une véritable recherche que la loi prohibe d'une manière absolue. Demander à prouver à l'aide d'une reconnaissance contestée qu'on est bien le fils de tel individu, n'est-ce pas agir en recherche de paternité ?

Ce système est repoussé par la majorité des auteurs.

A l'argument tiré des termes si absolus de l'article 340, je réponds qu'en interdisant la recherche de la paternité, la loi suppose qu'il n'est intervenu aucun acte de reconnaissance. Du moment que cet acte existe, la paternité est authentiquement déclarée ; un seul point reste obscur, c'est l'identité, fait ordinaire qui peut être constaté conformément au droit commun. En d'autres termes, ce ne sont point les *secrets de la nature* que l'on prétend ici saisir et prouver, c'est un pur fait qui tombe sous les sens, que des témoins peuvent affirmer, que de simples présomptions suffiront le plus souvent à établir.

1. Cassation, 18 juin 1851 (Dalloz, 1851, I, 177).

Mais on objecte que ce système permet au premier venu de s'introduire frauduleusement dans une famille en se faisant délivrer une copie de l'acte de reconnaissance, et en prétendant être l'enfant auquel l'acte s'applique. Je fais observer d'abord qu'il n'est pas toujours très-facile de connaître l'officier public qui a reçu l'acte, surtout si cet officier est un notaire ; mais à supposer ce détail connu, l'aventurier dont il est question ne me paraît avoir que de maigres chances de succès. En effet, de deux choses l'une : ou le véritable enfant est mort et alors les intéressés n'auront pas beaucoup de peine à retrouver l'acte de décès qui confondra l'imposteur, ou il est encore vivant et alors il interviendra lui-même et les juges ne manqueront pas de repousser le demandeur. Sans doute des erreurs peuvent se produire, mais quel est le procès auquel on puisse garantir une décision infaillible ?

C'est dans ce sens qu'a statué la Cour d'appel de Lyon par un arrêt en date du 30 août 1848, arrêt annulé à tort selon nous par la Cour de cassation.

## II. — *Exception à la prohibition de la recherche de la paternité.*

A la prohibition de l'article 340 le législateur n'oppose qu'une seule exception, encore la rend-il très-peu pratique par les conditions auxquelles il la subordonne : 1° *enlèvement* de la femme ; 2° *coïncidence* de l'enlèvement avec la conception de l'enfant. • Dans le cas d'enlèvement, dit le



texte, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapportera à celle de la conception le ravisseur pourra être, sur la demande des parties, déclaré père de l'enfant. »

L'esprit des rédacteurs du Code était à tel point porté à la réaction contre le système de l'ancien droit qu'ils eurent tout d'abord la pensée de s'en tenir à la prohibition absolue. Le premier consul entr'autres était hostile à toute exception. Aucune circonstance ne lui semblait de nature à primer ce grand principe ; le rapt, le viol même ne devaient avoir d'autre effet que d'ouvrir au profit de la victime une action en dommages-intérêts. L'accord fut cependant moins complet sur ce point. A la suite de la conférence tenue entre la Commission et la section de législation du Tribunal, on comprit la nécessité de faire pour certains cas particuliers une brèche au fameux principe, mais cette brèche on la fit aussi droite que possible. Non contents de subordonner l'exception aux deux conditions que j'ai indiquées, les rédacteurs déclarèrent que, même dans ces limites, la déclaration de paternité ne serait point obligatoire pour le juge. La question avait été soulevée par Treilhard. « Le concours de l'époque de l'enlèvement avec celle de la conception, disait-il, ne laissant aucun doute sur la paternité, toute recherche, tout examen devient inutile, et il n'est plus possible de laisser au juge le pouvoir de décider le contraire ; la déclaration de paternité est ici la suite nécessaire de la peine de l'enlèvement. » M. Boulay réfuta cet argument en faisant observer qu'il serait dangereux de rendre l'exception absolue et d'accorder la déclaration de pa-

ternité sur la simple demande des parties sans autre examen, attendu qu'en fait la coïncidence de l'enlèvement avec la conception n'est jamais certaine. Portalis ajouta que l'intention de punir un tiers ne peut pas devenir un motif déterminant pour donner l'état-civil. « La peine de l'enlèvement sera la recherche de la paternité. »

Ces motifs amenèrent une modification du projet. La phrase : *sera* déclaré père..., qui figurait dans le texte primitif fut remplacée par les mots : *pourra* être déclaré père. La coïncidence de l'enlèvement avec la conception n'est donc pas une présomption invincible, puisque le juge peut ne pas déclarer la paternité.

En somme, l'exception formulée par l'article 340 est plus nominale que réelle. Les annales de la jurisprudence n'offrent guère qu'un seul exemple de recherche de paternité pour enlèvement, encore s'agit-il d'un rapt de séduction et non d'un rapt de violence. C'est le cas de dire que l'exception confirme la règle.

Le texte parle d'enlèvement, mais c'est là un mot vague qu'il importe de préciser.

*L'enlèvement doit-il être entendu dans le sens pénal du mot ?*

Certains auteurs ont résolu la question par l'affirmative. Les travaux préparatoires prouvent, d'après eux, que l'enlèvement a été considéré en tant que délit. D'une part en effet Portalis a dit que la déclaration de paternité est la *peine* de l'enlèvement, et Duveyrier a ajouté plus clairement encore qu'elle est la conséquence d'un *crime* prouvé ;

d'autre part les rédacteurs du Code ne sauraient être accusés d'avoir voulu rendre leur exception illusoire, et c'est la conséquence à laquelle on aboutit en prenant le mot enlèvement dans le sens vulgaire.

Malgré ces considérations la majorité des auteurs enseigne que le législateur n'a point entendu se référer à la loi pénale. Il n'est pas nécessaire que l'enlèvement constitue un délit et que le délit soit constaté par la condamnation du ravisseur. On cite à l'appui de cette doctrine un argument historique d'une grande force. Le Code pénal des 25 septembre, 6 octobre 1791, seul en vigueur lors de la rédaction de l'article 340, ne punissait l'enlèvement qu'autant qu'il avait été commis par violence sur une fille au-dessous de quatorze ans accomplis ; or, le Code civil ne considère la femme comme nubile qu'à l'âge de quinze ans ; par suite, si on entend l'enlèvement dans le sens pénal, on aboutit à cette conséquence illogique que la loi ne permet la recherche de la paternité que dans une hypothèse où la maternité est légalement impossible. Une semblable absurdité ne saurait être attribuée au législateur. C'est donc que la loi pénale n'a ici aucun rapport avec la loi civile. Le sens du mot *enlèvement* doit être cherché non pas dans le Code pénal, mais dans le dictionnaire de l'Académie Française. Or, nous y lisons que ce mot exprime le fait de déplacer, de détourner une personne par la violence. Ce n'est pas l'âge de la personne, ce n'est pas le caractère criminel qui constitue l'enlèvement au point de vue civil : c'est la violence employée contre la femme. Ainsi, bien que



l'enlèvement d'une jeune fille de quinze ans ne fût point puni par le Code pénal de 1791, le coupable pouvait néanmoins tomber sous le coup de l'article 340 et être déclaré père de l'enfant.

Les travaux préparatoires ne sont pas contraires à cette interprétation. Ce qui est décisif en matière civile, disait Duveyrier, c'est qu'il y ait violence et oppression ; si ce fait coïncide avec la conception, il y a probabilité que le ravisseur est le père. C'est sur cette probabilité et non sur le caractère criminel de la violence que le législateur a fondé son exception. Inutile d'ajouter que si l'enlèvement prévu par l'article 340 n'est pas un crime, le ravisseur n'a pas besoin d'être condamné par un tribunal pour pouvoir être déclaré père.

*Le rapt de séduction est-il un enlèvement dans le sens de l'article 340 ?*

D'après M. Demolombe, l'article 340 emploie le mot enlèvement dans un sens générique comprenant tous les faits de violence, de fraude ou de séduction au moyen desquels le ravisseur est parvenu à conduire une jeune fille d'un lieu dans un autre pour abuser d'elle. Voici ses raisons : 1° Dans l'ancien droit l'enlèvement s'entendait non-seulement du rapt de violence, mais encore du rapt de séduction et il est tout naturel de penser que les auteurs du Code ont employé le mot dans la même acception ; 2° interprété de la sorte le mot enlèvement donne à l'exception un cercle d'application large et équitable, tandis que le système contraire la rend à peu près dérisoire ; 3° cette



extension ne présente aucun danger puisqu'en cas de doute sur la conduite de la femme le juge reste libre de ne point déclarer la paternité. « Comment ! s'écrie M. Demolombe, voilà un homme qui, par fraude, a enlevé une fille mineure, ou qui, même par séduction a décidé une fille mineure au-dessus de seize ans à le suivre ; l'éducation de cette jeune fille, ses mœurs jusque-là toujours pures, les circonstances du fait enfin qui témoignent qu'elle a été sous la puissance exclusive du ravisseur, tout démontre aux magistrats que ce ravisseur est certainement le père de l'enfant... et la paternité ne pourrait pas être recherchée contre lui ! cela ne serait-il pas inique et immoral ? »

On cite en outre à l'appui de ce système, un arrêt de la Cour d'appel en date du 29 mars 1821 (1).

En 1812, lors de la guerre d'Espagne un officier de la grande armée avait séduit et emmené hors du domicile paternel une jeune Espagnole de quinze ans, fille d'un notaire de Cordoue. La famille avait réclamé son enfant avec instance, mais l'autorité militaire, toujours antipathique à l'idée du droit, était restée sourde à toute supplication. La jeune fille suivit son séducteur en France où elle accoucha d'un enfant. Cet incident ne modifia point la situation. L'officier se mit en devoir de subvenir aux besoins de l'enfant dont il se reconnaissait le père dans les lettres qu'il adressait à sa maîtresse. Mais en 1820 rupture vit procès. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Paris et dans le départ vo-

1. Paris, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Paternité*, 603).

lontaire de la jeune fille, l'enlèvement prévu par l'article 340 du Code civil et déclara le séducteur père de l'enfant bien que la paternité ne fût pas légalement constatée.

Malgré ces considérations le système contraire compte un grand nombre de partisans. Le sens usuel du mot *enlèvement* exprime, dit-on, une idée de contrainte, de déplacement par violence. Or la jeune fille séduite qui suit volontairement son séducteur (et c'est le cas de l'arrêt précité) ne peut pas alléguer qu'elle a été enlevée par la force, sa fuite de la maison paternelle est toute volontaire et ne saurait constituer un enlèvement proprement dit. En un mot c'est la violence qui est l'élément essentiel de l'enlèvement. Ainsi l'ont entendu les auteurs du Code pénal de 1791 qui ne punissaient que l'enlèvement par violence ; ainsi devaient l'entendre treize ans plus tard les rédacteurs de l'article 340. Sans doute, le Code pénal de 1810 a cru devoir incriminer ultérieurement le rapt de séduction, mais cette modification n'a pu avoir pour effet d'éliminer la condition *sine qua non* à laquelle avait été subordonnée la recherche de la paternité.

En effet, pourquoi le législateur s'est-il résigné à faire brèche à un principe qu'il prisait si fort ? Parce que l'enlèvement comporte l'idée d'une séquestration violente qui ôte à la femme tout moyen de se livrer à autrui et dissipe, par suite, la plupart des doutes qui, en temps ordinaire, planent sur le fait de la paternité. Du moment que le ravisseur a eu la femme en son pouvoir exclusif, il devient très probable qu'il est réellement le père et il n'y a plus alors

aucun danger à le laisser poursuivre comme tel. Mais dans le rapt de séduction ce danger tant redouté du législateur reparait avec toute sa gravité ; la femme garde alors sa liberté de mouvement et il n'est pas impossible qu'elle en ait profité pour avoir commerce avec d'autres personnes.

Quant à l'arrêt de la Cour de Paris, il n'est pas d'un grand secours juridique au système de M. Demolombe. C'est une de ces décisions d'équité très-fréquentes en notre matière, décisions où le magistrat touché par l'intérêt particulier de la cause sacrifie la rigueur du texte aux exigences du fait et au cri de sa conscience.

Tout en excusant cette tendance chez le juge nous la déclarons absolument incompatible avec notre rôle de jurisconsultes. Ce que nous voyons, nous autres, dans un procès, c'est le point de droit ; le fait n'exerce sur nous aucune influence ; les raisons de sentiment sont impuissantes à nous décider ; nous tirons rigoureusement des principes les conséquences qu'ils comportent ; interprètes de la loi, nous sommes impassibles comme elle. Ce devoir accompli, nous n'en sommes que plus forts pour demander la réforme de la loi, si les conséquences auxquelles elle aboutit nous paraissent iniques.

*De l'enlèvement de la femme majeure.* — S'il s'agit d'un rapt de séduction, la question se décide *a fortiori* d'après les principes qui m'ont servi à résoudre la difficulté précédente. En effet, la femme majeure étant libre de choisir à son gré sa résidence, ne peut plus alléguer qu'elle a été enlevée dès qu'elle a volontairement suivi son séducteur.



Si au contraire elle est victime d'un rapt de violence, rien ne s'oppose à ce qu'elle invoque le bénéfice de l'exception prévue par l'article 340. Sa majorité ne saurait constituer une fin de non-recevoir puisqu'elle ne la met point à l'abri de la violence. Cette conclusion est d'ailleurs conforme au principe que j'ai posé au début, à savoir que l'article 340 se borne à poser la violence comme élément constitutif de l'enlèvement sans distinguer si la femme qui en est victime est majeure ou mineure.

*Du viol comme cause de la recherche de la paternité.*

On agite vivement la question de savoir si le viol doit être assimilé à l'enlèvement en ce qui concerne la recherche de la paternité.

Un premier système décide la question négativement.

Toute exception, dit-on, est de stricte interprétation. Si tel est le cas des exceptions ordinaires, à plus forte raison en est-il ainsi d'une exception qui déroge à une des règles les plus importantes du Code civil. Il faut donc restreindre la recherche de la paternité à l'hypothèse précise que prévoit l'article 340, c'est-à-dire à l'enlèvement seul.

L'intention du législateur d'exclure le viol comme cause de la recherche de la paternité ressort clairement des travaux préparatoires. Dans les diverses rédactions proposées pour l'article 340, nous voyons le viol mis sur le même pied que l'enlèvement tant qu'il ne s'agit que de dommages-intérêts, mais dès que la recherche de la pater-

nité est en cause, les projets d'article cessent de mentionner le viol. On peut en juger par les spécimens suivants :

Rédaction du Conseil d'État : « La recherche de la paternité est interdite. Lors même que la conception de l'enfant concourra avec des circonstances de *rapt* ou de *viol*, il n'y aura lieu qu'à des *dommages-intérêts* envers la mère.

Rédaction du Tribunat. « La recherche de la paternité est interdite quand bien même l'époque de la conception d'un enfant concourrait avec des circonstances de *rapt* ou de *viol*, qui donneraient lieu à des dommages-intérêts au profit de la mère.

Rédaction définitive : « Dans le cas d'*enlèvement* lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties, déclaré père de l'enfant.

Ici, le mot *viol* disparaît. Qu'est-ce à dire ? si ce n'est qu'en présence de la substitution de l'idée de paternité à l'idée de dommages-intérêts, le législateur a considéré le viol comme une cause d'action insuffisante et l'a sciemment rejeté du nouveau texte.

Pour être sous-entendues les causes de la différence ainsi faites entre le viol et l'enlèvement n'en sont pas moins faciles à saisir. C'est d'abord une raison physiologique ; le viol est rarement fécond : la science a prouvé que la nature même proteste contre cet acte monstrueux. A cette considération s'ajoute un argument juridique d'un grand poids. Dans l'enlèvement, la continuité des rapports impo-

sés par la violence de la femme mise en charte privée, rend la paternité du ravisseur très-probable, au contraire, dans le viol, le fait tout passager du rapprochement n'a qu'une force probante médiocre lorsqu'il s'agit de déterminer si l'auteur du crime est réellement l'auteur de la conception. On peut faire observer en dernier lieu que la preuve de la paternité est bien plus scandaleuse en matière de viol que dans le cas d'enlèvement.

M. Demolombe considère au contraire le viol comme un enlèvement momentané. A ses yeux, les motifs allégués plus haut pour justifier la différence entre l'enlèvement et le viol, ne sont pas plus sérieux au point de vue physiologique qu'au point de vue juridique.

Il est de fait que le docteur Tardieu, dans ses traités de médecine légale, estime avec MM. Littré et Robin que « la femme peut concevoir par le viol. »

Quant aux arguments juridiques, ils tombent devant les considérations suivantes. Loin d'être impossible la preuve de la paternité sera d'autant plus aisée que le viol établit d'une manière certaine le fait du rapprochement, fait dont l'enlèvement ne fournit qu'une présomption. De plus, la coïncidence du viol avec la conception pourra être prouvée avec une précision impossible dans le cas d'enlèvement. D'ailleurs, cette doctrine n'offre aucun danger, car, s'il conserve quelque doute, le juge a toujours la ressource de ne pas déclarer la paternité.

Chose singulière, ce système invoque aussi en sa faveur les travaux préparatoires. En écrivant le mot *enlèvement*,



les rédacteurs du Code ont sous-entendu le viol. Les deux rédactions du Conseil d'État et du Tribunal font figurer côte à côte le viol et le rapt, tandis que la rédaction définitive ne mentionne que l'enlèvement. Or personne ne demande la cause de cette modification. Que faut-il en conclure si ce n'est que dans la pensée de tout le monde le mot *enlèvement* était un terme générique comprenant à la fois le rapt et le viol? Au surplus, dans la discussion à laquelle donna lieu l'exception proposée, Bonaparte qui voulait maintenir la prohibition d'une manière absolue parle expressément du viol comme synonyme du rapt. Et c'est ainsi que les travaux préparatoires soufflent le froid et le chaud!

*De la coïncidence de l'enlèvement avec la conception.*

J'ai déjà dit que l'enlèvement n'est pas la seule condition à laquelle est subordonnée l'exception de l'article 340 : il faut de plus que cet enlèvement coïncide avec l'époque de la conception de l'enfant ; mais ici une grande difficulté se présente. Comment déterminera-t-on l'époque de la conception ? Le juge aura-t-il recours aux présomptions des articles 312, 313 et 315 ou à une expertise médicale ?

La question est très controversée.

La plupart des auteurs soutiennent qu'il est naturel de recourir pour fixer cette date aux présomptions établies en matière de légitimité. Par suite, si au moment où la femme accouche, l'enlèvement existe depuis moins de cent quatre-



vingts jours, ou s'il a cessé depuis plus de trois cents jours, le juge ne pourra pas déclarer le ravisseur père de l'enfant. Au contraire, si l'enfant vient au monde après le cent quatre-vingtième jour d'un enlèvement qui continue, ou avant le trois centième jour qui s'écoule depuis qu'un enlèvement a cessé, le tribunal aura à apprécier en fait s'il doit ou ne doit pas déclarer la paternité. Et ce pouvoir d'appréciation subsiste lors même que l'enlèvement a duré depuis le premier jusqu'au dernier jour de la plus longue gestation.

MM. Laurent et Marcadé repoussent ce système. Il est de principe, nous disent-ils, que les présomptions sont de droit strict et ne peuvent être étendues sous prétexte d'analogie. Les présomptions légales relatives à l'époque de la conception ont été établies en faveur de la filiation légitime et peuvent d'autant moins être étendues à la filiation naturelle que ces deux filiations ne comportent aucune analogie puisque la loi est favorable à la première tandis qu'elle est hostile à la seconde.

D'ailleurs, du moment que le Code donne au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la paternité, cette question des présomptions est dénuée de tout intérêt. Puisque ces présomptions ne lient plus les juges, comme en matière de filiation légitime, elles cessent en réalité d'être des présomptions. En somme la décision dépendra uniquement des faits, des mœurs de la jeune fille enlevée, de sa conduite avant ou après l'enlèvement, de la constitution physique de l'enfant, de l'aveu que le ravisseur

aura fait de la paternité, de l'expertise médicale ordonnée par le tribunal etc.

*Des personnes intéressées à agir en recherche de paternité pour cause d'enlèvement.*

Aux termes de l'article 340, « le ravisseur pourra être, sur la demande des *parties intéressées*, déclaré père de l'enfant. » Reste à savoir quelles sont ces parties intéressées. Est-ce simplement l'enfant et la mère? Certains auteurs l'affirment, mais l'opinion la plus générale c'est qu'en se servant du terme vague de *parties intéressées*, la loi a entendu accorder l'action à tous ceux qui ont un intérêt quelconque à faire déclarer la paternité.

En conséquence, l'action appartient :

1° *A l'enfant*. — Ce point est hors de controverse. L'action présente pour l'enfant un intérêt si manifeste qu'on est allé jusqu'à soutenir qu'il avait seul qualité pour agir en recherche de paternité.

2° *A la mère et aux autres représentants de l'enfant*. — La mère peut agir, soit de son chef, soit à titre de représentant. A défaut de mère, l'action appartient au tuteur *ad hoc* qui a été désigné à l'enfant mineur par le conseil de famille (si toutefois on peut appeler ainsi un conseil qui n'est composé que d'amis).

3° *Aux créanciers de l'enfant*. — Cette hypothèse comporte une distinction.

Le créancier prétend-il intenter directement l'action au

nom de son débiteur ? Sa prétention sera rejetée parce qu'elle se fonde sur un droit moral exclusivement attaché à *la personne* et dont l'article 1166 interdit l'exercice au créancier.

Le créancier se borne-t-il au contraire à agir en vertu d'un intérêt pécuniaire, par exemple à l'appui d'une action en pétition d'hérédité ? Dans ce cas, les auteurs diffèrent d'opinion.

Les uns enseignent que l'action ne doit pas être admise attendu que le créancier n'a pas dû compter sur le patrimoine d'un père inconnu au moment où il a traité avec l'enfant. Les autres soutiennent au contraire que la demande est recevable. L'action, disent-ils, doit être accordée au créancier de l'enfant naturel, tout comme elle l'est au créancier de l'enfant légitime.

Dans ce dernier cas, en effet, le créancier n'a pas dû non plus, compter sur le patrimoine des parents légitimes, puisque cette parenté n'était pas établie lors de l'événement qui a donné naissance à la dette. Et cependant on n'hésite pas à lui reconnaître qualité pour agir. D'autre part, quel est l'objet capital d'un tel litige ? C'est avant tout un intérêt pécuniaire, un droit de succession. Or les créanciers peuvent, aux termes de l'article 788, se faire autoriser à accepter la succession échue à leur débiteur ; donc, si la loi leur accorde ce droit, elle leur accorde aussi la possibilité de l'établir et si ce droit dépend de la filiation de leur débiteur, elle leur donne nécessairement le moyen de faire preuve de cette filiation.



4° *Aux héritiers de l'enfant.* — On conçoit très bien l'intérêt que présente la recherche de la paternité pour les héritiers de l'enfant naturel. A l'égard des descendants, cet intérêt est écrit dans l'article 759 : « En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits (de succession) fixés par les articles précédents. » Pour les collatéraux, ce même intérêt ressort de l'article 766 : « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères et sœurs légitimes... Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels ou à leurs descendants. » De ces deux textes où l'intérêt des héritiers de l'enfant naturel est si bien mis en lumière, qu'on rapproche l'article 340 où il est dit que « le ravisseur pourra être sur la demande des parties intéressées déclaré père de l'enfant : ce simple parallèle ne suffit-il pas à trancher la question par l'affirmative ?

Il est du reste superflu, étant donné notre sujet, (Preuves de la paternité naturelle) d'insister davantage sur ces diverses hypothèses qui ne se présentent guère que lorsque la maternité seule est en jeu. On se rappelle en effet que la recherche de la paternité naturelle, telle que l'autorise l'article 340, n'a guère fourni qu'une décision aux recueils de jurisprudence.

*Du tribunal compétent pour statuer sur la recherche de la paternité.*

Cette question n'est pas moins controversée que les précédentes.

Marcadé estime qu'il y a lieu d'appliquer à la recherche de la paternité naturelle : 1° l'article 326 qui attribue compétence exclusive aux tribunaux civils en fait de questions d'état ; 2° l'article 327 qui subordonne l'action criminelle au jugement à intervenir sur la réclamation d'état. Ces articles sont, il est vrai, contenus dans le chapitre de la filiation légitime, mais l'on sait que ces dispositions s'appliquent également à la filiation naturelle lorsque la loi n'y déroge ni expressément ni tacitement. Les tribunaux civils seront donc seuls compétents pour connaître de la recherche, et le ministère public ne pourra exercer aucune poursuite contre le ravisseur, tant que la question de paternité ne sera pas tranchée au civil. Ici, comme ailleurs, le civil tient le criminel en état. La raison en est que la juridiction criminelle inspire moins de confiance au législateur que la juridiction civile. Il a voulu dès lors empêcher que la décision d'un tribunal criminel influât sur la décision à intervenir au civil.

M. Bertauld enseigne au contraire que la compétence du tribunal en matière de recherche de paternité naturelle n'est régie ni par l'article 326, ni par l'article 327. Et, dès lors, non-seulement le ministère public peut poursuivre

le ravisseur avant que la question de paternité ait été tranchée par la juridiction civile, mais l'enfant ou sa mère ont eux-mêmes qualité pour se porter parties civiles devant le tribunal criminel, à l'effet de faire déclarer la paternité de l'auteur de l'enlèvement. Ce système est conforme aux principes, et ne présente aucun danger au point de vue de la preuve. D'une part, en effet, les articles 326 et 327 dérogent aux articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle ; ils constituent des exceptions à une règle générale et à ce titre ils ne sont susceptibles d'aucune extension par voie d'analogie. D'autre part, la juridiction criminelle offre ici les mêmes garanties que la juridiction civile puisqu'elles admettent toutes deux la preuve par témoins et qu'elles n'exigent ni l'une ni l'autre un commencement de preuve par écrit. Du moment qu'aucun préjugé n'est à craindre, il est naturel de rentrer dans le droit commun (1).

Demolombe propose un système mixte qui consiste à distinguer entre l'article 326 et l'article 327. Le premier de ces articles s'applique évidemment à la recherche de la paternité naturelle ; en effet, il confère aux tribunaux civils une compétence exclusive pour toutes les questions d'état et M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, l'a présenté comme une maxime générale. Mais tel n'est pas le cas de l'article 327. Cet article n'a de raison d'être qu'à une double condition : il faut que le procès criminel, s'il commence le premier, ait pour conséquence de préjuger le

1. Bertauld. *Questions et exceptions préjudicielles*, n° 35.



procès civil ; il faut, en outre, que la preuve admise dans l'un n'inspire pas la même confiance que la preuve reçue dans l'autre. Or, en l'espèce, cette double condition fait défaut. D'un côté, l'arrêt criminel ne préjuge rien puisqu'il ne prouve que l'enlèvement et laisse entière la question de paternité, question qui dépend, en outre, et de la coïncidence de la conception avec l'enlèvement et de la décision toujours facultative des juges civils. D'un autre côté, même garantie au criminel qu'au civil, puisque les deux juridictions ont à leur service des modes de preuves identiques.

M. Laurent ajoute une autre raison tirée du texte de l'article 327. Ce texte suppose « un délit de suppression d'état. » Or, en quoi l'enlèvement de la femme supprime-t-il l'état de l'enfant ? N'est-ce pas, au contraire, ce même enlèvement qui permet à l'enfant de se constituer un état à l'aide de la recherche de paternité ? Du reste, ce n'est que par concession que M. Laurent prend part à la controverse. A ses yeux, la question ne devrait même pas être posée. Effectivement, si l'on admet avec lui que l'action en recherche de paternité n'a rien de commun avec l'enlèvement considéré comme crime, on doit nécessairement conclure que l'action criminelle et l'action civile sont indépendantes l'une de l'autre. S'il fallait attendre pour agir au criminel que le tribunal civil ait statué sur la question d'état, on attendrait souvent fort longtemps, car il peut se faire qu'en dépit du rapt, il n'y ait pas de question d'état faute de coïncidence entre le rapt et la conception de l'enfant.



C'est ainsi que parlant de deux points opposés, MM. Demolombe et Laurent arrivent à la même conclusion, à savoir que rien ne s'oppose à ce que le ministère public poursuive le ravisseur avant que la question de paternité ait été jugée ou même soulevée au civil.

IV. — *La prohibition de la recherche de la paternité devant la jurisprudence.*

AU CRIMINEL ET AU CIVIL.

Les développements qui précèdent sont fort arides, mais ils étaient indispensables pour nous permettre d'apprécier dans toute sa rigueur la situation faite par le Code à la fille-mère et à l'enfant naturel. J'ai montré d'abord que la loi rejette toute reconnaissance du père consentie autrement que par acte authentique ; j'ai soutenu ensuite avec la grande majorité des auteurs, qu'à défaut de reconnaissance, la loi ne considère point la possession d'état comme une preuve de la paternité naturelle ; j'ai établi enfin qu'en cas d'abandon, la mère et l'enfant ne peuvent intenter aucune recherche de paternité. Le caractère si restrictif de l'article 340 m'a surtout préoccupé. Je me suis attaché à démontrer que ce texte ne formule à propos de rapt qu'une exception purement dérisoire puisqu'elle exige la coïncidence entre l'époque de l'enlèvement et celle de la conception et qu'elle exclut, du moins à mon avis, et le viol et le

rapt de séduction. Ces restrictions successives délimitent notre véritable terrain. L'article 340 n'accorde sa protection qu'aux filles enlevées de force. Or, chacun sait que, sur dix mille filles devenues mères, il en est à peine une seule qui soit victime d'un enlèvement proprement dit. Tout compte fait, les filles violées, les filles mises à mal par contrainte morale, les filles séduites par promesse de mariage, en un mot, l'immense majorité des filles-mères reste hors la loi civile.

De l'avis de la plupart des auteurs, de l'avis même des professeurs de notre Faculté (cours de MM. Beudant et Bufnoir), la rigueur du Code en ces matières ne s'explique que par une réaction excessive contre l'ancien droit. Or une loi des réactions violentes, c'est d'amener des réactions en sens inverse. Cet axiome s'est vérifié une fois de plus. Devant les innombrables victimes de l'article 340, un cri de protestation (et un vrai *cri général*, cette fois), est parti de la jurisprudence, de la doctrine, de la presse, du théâtre et du roman.

La jurisprudence a eu à se prononcer la première et pour cause.

Les séducteurs sont très platoniques de langage : ils parlent sans cesse de passions idéales et de sentiments éthérés ; en fait, de ces passions idéales résulte chaque année un nombre incalculable de bâtards. Selon sa coutume, le père ne tarde pas à abandonner la mère et l'enfant. C'est alors que la situation se corse. Si la femme est violente, elle demande à l'infanticide, à l'avortement, à l'acide sul-

furique, au revolver, la protection que le Code civil n'a pu lui accorder ; si elle est calme et mieux conseillée elle se présente devant les tribunaux civils à l'effet d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause non pas *l'auteur de l'enfant* (l'article 340 défend d'employer cette expression), mais l'auteur de la grossesse.

Dés gens bien embarrassés en pareil cas, ce sont les juges. A celle que la loi proscriit vont toutes les sympathies des juges du tribunal et du public, sur *celui* que la loi couvre tombe au contraire l'universelle réprobation.

« Il y a, dit Balzac, dans le tableau que présente une jeune fille abandonnée par son séducteur, je ne sais quoi d'imposant et de sacré : ce sont des serments ruinés, de saintes confiantes trahies ; et, sur les débris des plus aimables vertus, l'innocence en pleurs, doutant de tout, en doutant de l'amour d'un père pour son enfant. »

« Mais lui, l'inconnu maudit, s'écrie M. Légouvé, lui qui a abandonné sa fille et la mère de sa fille, lui qui n'a pas même assuré à la pauvre petite créature la goutte d'eau qui devait la nourrir, il n'a commis son atroce action que par avarice et par ingratitude ; et la loi l'absout et ne le recherche même pas. »

Un tel contraste est bien de nature à jeter le trouble dans l'âme du juge. D'autres considérations non moins graves expliquent d'ailleurs sa perplexité. Somme toute, le juge n'est qu'un homme, un homme dont le passé n'est pas exempt de faute, un homme qui, ne se trouvant pas impeccable, ne se reconnaît peut-être pas le droit de con-



damner. Assurément, je ne veux pas insinuer par là que les juges soient d'anciens séducteurs, mais séducteurs ou non, nous sommes tous plus ou moins responsables de la chute d'une jeune fille, comme l'a dit très justement M<sup>me</sup> de Gasparin (1).

« La jeune fille mal vêtue qui rencontre à chaque instant des femmes couvertes d'habits somptueux, en reste longtemps pensive. Et savez-vous ce que lui dit ce luxe : « Tu es aussi jolie... tu es plus jolie ! Pourquoi cette chétive robe d'indienne sous laquelle tu frissonnes ?... Pourquoi ce petit châle d'étoffe grossière autour de ta taille élancée ?... Pourquoi ce bonnet misérable sur tes beaux cheveux ?... Si tu voulais... » — *Si tu voulais !* parole de feu qui tombe sur un cœur déjà troublé ; parole que lui répète chaque étalage de modiste, chaque splendide magasin que la foule assiège, chaque regard admirateur qui glisse sur elle ; parole qui retentit le soir dans son froid réduit ; parole qu'au jour de la lutte Satan lui crie de ses mille voix : *Si tu voulais !* — Elle frissonne... et puis, la pauvre enfant, elle écoute... et puis, elle sent.

« *Qui d'entre nous osera dire qu'il n'est pas coupable du déshonneur de cette jeune fille ?* »

Loin d'être un hors d'œuvre, ces différentes citations de simples littérateurs nous expliquent mieux qu'une longue étude juridique la situation délicate dans laquelle se trouve le tribunal. Placé entre la loi et l'équité le magistrat de-

mande à la seconde des biais pour faire échec à la première. Le juste est son but : il louvoie pour y parvenir ; autant que possible, il essaie des mouvements circulaires. mais s'il ne trouve pas de détour, il entre carrément dans la place et viole la loi en parfaite sécurité de conscience.

1° *Au criminel*, cette tendance se traduit par d'innombrables acquittements. Par suite de l'intérêt qu'inspire la fille abandonnée, l'infanticide, l'avortement, l'assassinat et mille autres crimes non moins odieux trouvent aujourd'hui grâce devant les cours d'assises. Pour n'en citer qu'un exemple la moyenne des acquittements en fait d'avortement ou d'infanticide tend à s'élever à 40 0/0. Dans leur Exposé des motifs MM. Bérenger, de Belcastel, etc., mettent fort bien en lumière les causes de cette surprenante indulgence. « Lorsqu'il y a notoirement séduction, le jury s'étonne de voir comparaître en liberté et seulement comme témoin celui qu'il considère à juste titre comme le premier coupable et il refuse de condamner pour ne point être inégal dans sa justice » (1).

Dernièrement encore, dans trois affaires de meurtre qui ont passionné tour à tour le public, les journalistes et les auteurs dramatiques, on a vu le jury exagérer sa pitié pour la fille séduite au point de prononcer des acquittements véritablement scandaleux. A ce compte, on peut se faire

1. Sénat. Session 1878. Annexe au procès-verbal de la séance du 16 février 1878. *Proposition de loi relative à la recherche de la paternité* présentée par MM. Bérenger, de Belcastel, Foucher de Careil, Schoelcher, sénateurs, page 9.

justice soi-même, et nous voilà revenus à l'état barbare ! Pourquoi ? parce que loi civile ne protège pas suffisamment la fille séduite et l'enfant naturel.

M. Alexandre Dumas fils a résumé ces trois procès dans de courts dialogues que je demande la permission de citer à titre de « documents humains » pour servir à l'histoire de la jurisprudence criminelle en matière de séduction (1).

Je commence par l'affaire de M. Morembat poursuivi pour avoir frappé le séducteur de sa fille d'un coup de couteau en pleine poitrine.

LA LOI, *à la jeune fille*. — « Vous avez causé le désespoir et le crime de votre père. Vous allez mettre au monde un enfant sans père, sans état civil, probablement sans morale et sans instruction, puisque vous êtes sans ressources, enfant qui va être un danger et une charge pour la société, tout cela parce que vous n'avez pas su résister à votre passion. C'est abominable, ce que vous avez fait là ; mais nous n'y pouvons rien, rasseyez-vous. — Qu'on amène le jeune homme. »

LA LOI, *au jeune homme*. — « Vous avez déshonoré une jeune fille, vous l'abandonnez ainsi que votre enfant, vous refusez de l'épouser, c'est abominable, ce que vous faites là ! nous n'y pouvons rien. Rasseyez-vous. — Faites lever le père. »

LA LOI, *au père*. — « Vous avez voulu vous faire justice vous-même, ce qui est défendu par toutes les lois ; vous avez voulu tuer, ce qui est défendu par toutes les morales, humaine et divine ; vous avez frappé d'un couteau, vous avez accompli volontairement, sans hésitation, sans remords, un homicide, un crime, ce qui doit être puni de l'échafaud ou des galères. C'est abominable, ce que vous avez fait là ! mais nous n'y pouvons rien. Ne vous rasseyez pas, on vous acquitte ; vous pouvez tous rentrer chez vous. »

1. *Les femmes qui tuent*. page 33.



Vient ensuite l'affaire de M<sup>lle</sup> Bière (1) traduite en Cour d'assises pour avoir déchargé un revolver dans le dos de l'amant qui l'avait abandonnée après l'avoir rendue mère.

LA JUSTICE. — « Pourquoi avez-vous frappé cet homme ? »

L'ACCUSÉE. — « Parce que l'enfant que j'avais eu de lui est mort par lui et que, mon enfant étant mort, et son père m'ayant abandonnée, je voulais que cet homme mourût. »

LA JUSTICE. — « C'est abominable ; mais on vous acquitte ; vous pouvez vous retirer. »

Même situation, mêmes demandes et mêmes réponses dans le procès de la servante Virginie Dumaire (2).

LA JUSTICE. — « Vous regrettez d'avoir donné la mort à cet homme ? »

L'ACCUSÉE. — « Non ; ce serait à recommencer que je recommencerais. »

LA JUSTICE. — « Pourquoi l'avez-vous tué ? »

L'ACCUSÉE. — « Parce que j'avais un enfant de lui et que je voulais qu'il reconnût cet enfant et que je ne voulais pas qu'il m'abandonnât. »

Après avoir cité entre mille ces exemples topiques, l'éminent moraliste arrive à cette conclusion qui nous ramène dans le vif de notre sujet et qui corrobore l'observation faite plus haut par M. Bérenger sénateur.

« Voilà donc les enfants, ou plutôt l'enfant qui entre

1. *Les femmes qui tuent*, p. 73.

2. *Les femmes qui tuent*, p. 75-78.



dans le débat et qui parle en faveur de la femme, de la mère, de celle qui lui a donné le jour, au risque de sa propre vie, au milieu des angoisses, des terreurs, des tortures et des cris, voilà l'enfant qui entre dans le débat et qui, mort ou vivant, du sein de sa mère, du fond de son berceau ou du fond de sa tombe, prend la défense de sa mère, que vous voulez condamner contre son père qui vous échappe et le voilà défiant la loi qui recule. »

D'aucuns me blâmeront peut-être de citer des auteurs dramatiques en si grave et si docte débat. Pour mon compte, je crois faire œuvre de haute gravité en contrôlant la doctrine quelquefois partielle des jurisconsultes par l'opinion plus désintéressée des simples littérateurs. Lorsque je vois l'accord s'établir entre deux éléments si contraires, j'ai en main le plus puissant des arguments. Tel est précisément le cas qui nous occupe. A son insu, M. Dumas fils traduit ici en langue vulgaire ce que M. Jacquier avait déjà dit en langue juridique : « La loi civile tient en échec le Code pénal (1). »

Cette tendance des tribunaux criminels éveille depuis longtemps les inquiétudes des moralistes. Voici notamment en quels termes la juge M. Légouvé.

« La loi civile absout le père, elle ne le recherche même pas. Voilà l'iniquité qui arrache de nos cœurs, comme de celui des juges, cette absolution dont la justice frémit ! Or, sachons-le bien, il n'est pas d'atteinte plus profonde à la

1. Jacquier. *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle*, p. 53.

morale d'un pays que la violation publique des principes de la justice. La conscience générale se déprave par cette indulgence inique plus encore que par l'attentat, et à force de voir absoudre le crime, les masses finissent par le confondre avec l'innocence. Purifions donc, purifions notre Code de cette immoralité qui pousse la femme à commettre l'homicide et le juge à l'absoudre (1). »

2° *Au civil*, le phénomène dont je parle a affecté des formes encore plus bizarres. Sur ce nouveau terrain, la question à juger se pose en ces termes. « Une fille-mère abandonnée a-t-elle un moyen de contraindre le père qui, en fait, est notoirement connu, à contribuer d'une manière ou d'une autre à l'entretien de l'enfant ? » Eh bien, il faut le reconnaître, saisis de la question ainsi formulée, les juges civils ont commencé par répondre négativement. Forcés dans leurs derniers retranchements par l'article 340 avec lequel ils n'avaient pas encore appris à louvoyer, ils ont tout d'abord appliqué la loi dans son excessive rigueur et rejeté impitoyablement les demandes en dommages-intérêts intentées par les filles-mères.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation témoignent de la sévérité des magistrats et de leur bon vouloir à appliquer la loi nouvelle.

Je cite, pour donner la note, le premier arrêt qui ait été rendu postérieurement à la promulgation du Code civil (2).

1. Légouvé. *Histoire morale des femmes*, p. 300.

2. Plusieurs autres arrêts analogues avaient déjà été rendus, sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II.

Arrêt de la Cour de cassation, du 26 mars 1806.

« La Cour...

« Attendu que toute recherche de paternité est abolie, non-seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relativement aux aliments pour l'enfant, aux frais de *gésine* et aux dommages-intérêts pour la mère, par la raison que la paternité étant indivisible, *un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour l'autre* ; qu'en condamnant M... à des dommages-intérêts et aux frais de gésine, le tribunal a commis un excès de pouvoir, et violé l'article 340, par ces motifs casse. »

La Cour de cassation réussit pendant un certain temps à faire prévaloir cette doctrine dans toute la France. Sûres à l'avance d'être repoussées d'emblée par l'article 340, les filles séduites cessèrent d'implorer le secours des tribunaux. On vit, dès lors, disparaître peu à peu du rôle des audiences et les actions en dommages-intérêts pour la mère et les demandes de pension alimentaire pour l'enfant. Cette jurisprudence si dure n'était somme toute que la stricte application de la loi. Mais que peut la loi contre la nature des choses, contre la conscience publique, contre le sentiment de pitié qu'excitent les victimes ? Une telle jurisprudence ne devait pas durer.

Dès l'année 1840, un mouvement de réaction se manifesta parmi les juridictions inférieures. On se prit à se regretter, du moins quant à la *provision*, le système adopté en droit coutumier : on fit plus, on y revint par un détour de la pratique. Les tribunaux de première instance admi-



rent des demandes en dommages-intérêts fondées sur le préjudice causé par la grossesse et les Cours d'appel elles-mêmes confirmèrent dans leurs arrêts les jugements qu'elles auraient dû réformer.

La doctrine s'intéressa à cette résistance. Les hautes spéculations juridiques ne purent défendre les jurisconsultes purs du sentiment de pitié que le cri de détresse de l'enfant provoquait dans l'âme des juges. L'un des premiers M. Morelot (1) ancien doyen de la Faculté de droit de Dijon s'ingénia à trouver des biais subtils pour tourner l'article 340 et fit part de ses découvertes aux tribunaux. Les conseils qu'il leur donne peuvent se résumer en ces termes : Soyez adroits ! protestez d'abord de votre respect pour l'article 340 en déclarant que vous ne recherchez pas la paternité ; citez ensuite l'article 1382 aux termes duquel. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Cela, fait appuyez-vous tout bonnement sur ce texte pour dire que la fille devenue mère par le fait d'un tiers a subi un dommage et a droit à une réparation.

Les tribunaux acceptèrent le conseil avec reconnaissance et rendirent des décisions ainsi conçues :

« Considérant qu'il ne s'agit nullement de rechercher si le sieur S... est le père de l'enfant dont la demoiselle M... est accouchée le 12 février 1849 ; que la demoiselle

1. *De la reconnaissance des enfants illégitimes*, p. 272.

M... demande uniquement à prouver que sa grossesse était l'œuvre du sieur S..., que cette demande a pour but, non de constater l'état civil de l'enfant, mais d'obtenir la condamnation du sieur S... à la réparation d'un préjudice qui lui était imputable (1). »

Rien de plus curieux que cet arrêt ! Rechercher la paternité... oh ! loin de nous cette pensée ! semblent dire les juges : tout autre est notre but ; nous ne prétendons pas prouver que S... soit *l'auteur de l'enfant*, mais simplement (chose bien différente !) qu'il est *l'auteur de la grossesse*. Si vous voulez, nous le déclarons père pour les aliments, mais nous nous gardons bien de le déclarer père pour l'état civil.

Ce tour de force exécuté, les tribunaux demandèrent aux auteurs s'ils étaient contents des résultats de leurs conseils. Pas précisément ! répondirent ceux-ci. Violer l'article 340, rien de mieux ! mais il faut le violer avec adresse, avec esprit, sans contradiction flagrante, le plus juridiquement possible.

Et Marcadé donna un nouveau conseil aux tribunaux.

« La seule précaution à prendre sera de laisser ici passer les faits sans leur donner leur qualification propre, *d'admettre les choses en écartant les mots*. Pleine latitude pour les choses que les juges examineront et apprécieront dans tous leurs détails pour attribuer consciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due, confor-

1. Cour d'appel de Montpellier, 10 mai 1851, II, 179, 1855.

mément à l'article 1382 ; *extrême réserve dans les termes*, de manière à ne rien écrire dans les pièces de procédure et surtout dans le jugement qui contienne une attribution de paternité, l'article 340 ne le permettant pas. On parlera de la séduction de la fille par l'homme, des rapports intimes qui ont existé entre eux, de la perte de la considération que cet homme a causée à la femme, de l'avenir dont il l'a privée, du préjudice qu'il lui a porté ; *mais on aura soin de ne préciser nulle part que c'est lui qui l'a rendue mère*, que c'est de ses œuvres qu'elle est enceinte, que c'est lui qui a été l'auteur de sa grossesse attendu que de telles précisions ne sont autre chose que de véritables affirmations de paternité (1).

Forte de l'approbation de ces divers jurisconsultes, la jurisprudence s'est définitivement formée dans un sens favorable aux filles-mères. Depuis l'arrêt de cassation de 1845 (2) qui constate d'une manière officielle le revirement, les décisions judiciaires conformes n'ont fait que se multiplier d'un bout à l'autre de la France.

Certaines Cours suivent le conseil de Marcadé en éliminant avec soin de leurs arrêts, tous les termes qui seraient de nature à faire induire une attribution de paternité. D'autres tribunaux ne font pas tant de façons et rendent des jugements aussi illégaux dans la forme que dans le fond. On trouve un exemple frappant de cette désinvolture dans la

1. *Revue de la jurisprudence*, t. III, p. 205.

2. Coulet et Vaunois. *Recherche de la Paternité*, p. 48-53.



phrase suivante extraite d'un arrêt de la Cour de Toulouse :  
« Attendu que la fille S... peut être admise à prouver qu'elle serait devenue mère par suite de ses relations avec G... »  
N'est-ce pas là une violation, non plus dissimulée, mais ouverte et directe de l'article 340 ! Ainsi s'exclament MM. Coulet et Vaunois et sur ce point ils ont raison. Mais là, où ils ont tort, c'est quand ils prétendent que la Cour de cassation n'a consacré le système actuel que « dans un jour de *regrettable distraction* » (1). Nos jeunes confrères sont trop familiers avec les recueils de la jurisprudence pour ignorer que, depuis l'année 1845, la Cour de cassation saisie de plusieurs pourvois analogues, notamment en 1862, en 1864 et en 1873 n'a rien trouvé de mieux que de confirmer purement et simplement son ancienne doctrine. Une jurisprudence qui dure trente ans, *distraction* !... le mot est joli !... et nous pardonnons l'erreur en faveur du trait d'esprit.

Somme toute, arrêts de la Cour de cassation ou arrêts de Cours d'appel, les décisions favorables aux filles mères sont très nombreuses (2) et forment aujourd'hui une jurisprudence bien assise qu'il serait difficile de renverser. En compulsant le répertoire de Dalloz, j'ai essayé de faire œuvre de synthèse sur ces arrêts, mais je n'ai pas tardé à constater qu'il est impossible d'en dégager un système unique. Statuant en fait plutôt qu'en droit, ces décisions

1. *Op. cit.*, p. 48.

2. En 1875 seulement, on compte dix arrêts de Cour d'appel conformes. Voir Jonnescò. Recherche de la filiation naturelle, p. 187.



changent de doctrine selon l'espèce qu'elles ont à résoudre. Néanmoins, malgré la variété des arrêts et élimination faite de certains cas particuliers, je crois qu'on peut voir dans les règles que je vais formuler ci-après les principes généraux sur lesquels les tribunaux s'appuient communément.

Et d'abord, la jurisprudence semble établir une première distinction en examinant si le commerce illicite entre l'homme et la femme constitue une simple fornication ou une séduction dolosive. Dans le premier cas, elle rejette en général la demande de la femme, dans le second cas, elle en tient un compte plus ou moins grand, selon que la victime est plus ou moins âgée, qu'elle a été séduite par contrainte morale ou par promesse de mariage, qu'elle a eu du séducteur un ou plusieurs enfants. Je vais examiner successivement ces diverses hypothèses.

I. *Fornication simple*. — Dans certains cas, le commerce illicite est le résultat d'une faute commune, d'un entraînement réciproque, d'un libertinage mutuel. C'est ce qui arrive quand l'homme s'est adressé sans dol ni fraude : 1° A une femme (fille ou veuve) plus âgée que lui et parfaitement capable de défendre sa vertu ; 2° à une femme déjà notoirement compromise par ses aventures galantes ; 3° à une jeune fille qui se livre sans trop de résistance par calcul, par curiosité malsaine, par délire immodéré des sens. Ce sont là, somme toute, des cas d'abandon volontaire dans lesquels les tribunaux n'ont pas à intervenir. « La femme qui s'est complaisamment livrée a dû prévoir les conséquences de sa débauche ; elle a donné son libre

consentement ; elle a voulu s'abandonner ; elle n'a pas à se plaindre ! *Volenti non fit injuria*. Elle ne peut donc, cette pécheresse, se retourner contre son complice pour lui demander une indemnité (1).

La Cour d'appel de Bastia (2) a consacré ces principes avec une fermeté que les partisans des dommages-intérêts eux-mêmes ne sauraient critiquer.

« La Cour.....

« Considérant qu'il est de principe constant sous la législation actuelle que les filles délaissées n'ont point d'actions en justice envers leur séducteur pour en obtenir des dommages-intérêts.

« Considérant qu'il n'est d'ailleurs articulé dans la cause *aucun fait précis de séduction* ;

Considérant que les relations intimes qui ont existé entre les parties ont été le résultat d'un *entraînement réciproque* et d'une *volonté libre et réfléchie* ; que l'on ne saurait sérieusement soutenir dans de telles circonstances, qu'une femme peut être admise à réclamer par la voie judiciaire le prix de sa faiblesse, de son déshonneur ou de son libertinage que c'est par une inexacte appréciation du droit que les premiers juges ont condamné le sieur X... à payer à la fille B... une pension alimentaire ; par ses motifs, infirme... »

Ces mots : *considérant qu'il n'est articulé aucun fait*

1. Milet. *La séduction*, p. 49-51.

2. Bastia, 28 août 1854 (Dalloz, 1856, II, 16).

*précis de séduction* contiennent bien les éléments de la distinction que je signalais plus haut entre la fornication simple et la séduction dolosive ; ils impliquent que s'il y avait eu séduction la Cour aurait rendu une décision différente. MM. Coulet et Vaunois (1) ont donc tort de citer cet arrêt comme un retour pur et simple au système de l'article 340.

Je disais, il y a un instant, qu'en cas d'inconduite notoire de la femme, le commerce charnel prend le caractère d'une fornication qui ne peut servir de base à une action en dommages-intérêts. Toutefois ce principe n'est pas appliqué d'une manière absolue par les tribunaux. La jurisprudence qui, je le répète, n'a pas de système unique en ces matières semble déclarer, dans un jugement du tribunal de Schlestadt, que cette considération n'est pas de nature à faire rejeter l'action en dommages-intérêts.

Voici l'espèce. Dans un village de l'Alsace, Théophile Cahn avait fait la connaissance d'une jeune fille qu'il ne tarda pas à séduire à l'aide d'une promesse de mariage. Il s'en suivit une liaison de huit années constatée en fait par une correspondance sentimentale et par la naissance de deux enfants. Dans le louable désir de faire une fin, Théophile consentit à épouser... non pas la femme séduite (les Lovelaces de village ne sont pas naïfs à ce point) mais une autre jeune fille aussi largement pourvue de capitaux que de vertus. Exaspérée de ce lâche abandon, la délaissée cita

1. *Recherche de la paternité*, p. 79.



l'infidèle devant le tribunal de Schlestadt pour s'entendre condamner à lui payer 5,000 francs, tant à titres de dommages-intérêts que pour frais de couche et entretien de l'enfant. Théophile Cabn, homme pratique articula et offrit de prouver les faits suivants :

1° Que déjà, en 1854, la demanderesse avait entretenu des relations avec un S<sup>r</sup> L. jusqu'au mariage de celui-ci, et avec d'autres individus de la commune ;

2° Qu'elle avait passé avec le dit L. des journées entières à Strasbourg ;

3° Que dans les années 1856 à 1859 elle avait été fréquemment rencontrée, à minuit, hors de la commune, accompagnée de plusieurs jeunes gens.

4° Que lors de la naissance de son premier enfant, elle recevait chez elle nuitamment divers individus ;

5° Qu'elle recevait de ceux qui venaient ainsi chez elle de l'argent et des cadeaux.

La demanderesse diffamée par cette série d'accusations y répondit par une demande additionnelle en 2,000 francs de dommages-intérêts.

Le tribunal rejeta l'offre de preuve en ces termes :

« Considérant que ces faits, s'ils étaient prouvés, ne détruiraient pas la vérité des griefs de la demanderesse qui se trouvent parfaitement justifiés par une correspondance non interrompue de 1851 à 1859 inclusivement.... condamne, etc. »

Le tribunal va peut-être un peu loin. Il revient, ce me semble, au système de l'ancien droit ; que dis-je ? Il le

dépasse puisque la majorité de nos vieux auteurs considéraient comme péremptoire l'exception *plurium constupratorum* dûment justifiée. Tout ce qu'on peut dire en faveur de ce jugement, c'est que la demanderesse s'était livrée à la suite de promesses de mariages réitérées et que, malgré les doutes qui s'élevaient sur sa conduite, les juges étaient jusqu'à un certain point autorisés à considérer le commerce illicite comme le résultat de la séduction.

II. *De la séduction proprement dite.* — Nous venons de voir qu'en présence de certaines liaisons, le juge estime qu'il y a faute égale chez les deux complices et laisse à chacun sa part de responsabilité en refusant d'allouer des dommages-intérêts à la femme. Mais ce sont là des situations presque exceptionnelles. Dans la plupart des cas, la faute se répartit très-inégalement entre l'homme et la femme : la femme était presque une enfant, elle était innocente, elle résistait ; l'homme a persisté : séducteur roué, il a prodigué la flatterie, le mensonge, la ruse ; il a essayé de vaincre cette résistance par mille obsessions ; il a exécuté avec une infernale persévérance le plan qu'il s'était froidement tracé ; sa faute comporte des mois entiers de préméditation ; la faute de la femme est le résultat d'une minute d'égarement. Oserait-on dire ici que la responsabilité est égale ? L'homme n'apparaît-il pas comme auteur principal de la faute plutôt que comme complice ? Sans doute, il y a encore consentement chez la femme séduite, mais qui ne voit combien ce consentement est surpris et incomplet ?

« Entre l'être innocent, ignorant des choses de la vie, dominé par la sensibilité d'un cœur qui à peine s'éveille et par une imagination pleine de rêves de l'enfance qui ne croit ni au mal ni au mensonge, et le Lovelace roué, ayant à son service une expérience acquise au prix de je ne sais combien de larmes répandues par ses anciennes victimes, un langage plein de banalités toujours neuves et toujours enchanteresses pour celle qui les entend pour la première fois, ne reculant ni devant le mensonge, ni devant la menace, peut-on raisonnablement dire qu'il y a liberté de consentement, faute réciproque, deux coauteurs d'une même honte et non pas une victime et un coupable (1). »

Dans cette hypothèse, le séducteur réussit avec plus ou moins de facilité, selon l'âge de la jeune fille, selon l'ascendant qu'il exerce sur elle, selon la nature des promesses qu'il lui prodigue. Il est donc naturel que ces diverses circonstances influent sur le jugement à intervenir. Le classement des arrêts spéciaux à la séduction m'a permis de constater que le tribunal tient surtout compte : 1° de l'âge ; 2° de la contrainte morale ; 3° de la promesse de mariage.

1° *De l'âge.* — La pratique des audiences nous a parfois montré des femmes d'un certain âge, formées à l'école de l'expérience, connaissant à fond les hommes et les choses, qui s'épuisaient en efforts ingénieux pour se faire, sinon enlever (elles l'auraient bien voulu), du moins séduire par

1. Jonnesco. *Recherche de la filiation naturelle*, p. 190.



des garçons fort jeunes et fort riches. Dans ce cas, les rôles sont intervertis, la femme devient séductrice, et c'est le jeune homme qui est séduit. Je n'ai pas besoin de dire que la seule considération de l'âge suffira ici pour écarter toute action. Il est évident, par exemple, qu'aucun tribunal n'accorderait de dommages-intérêts à une femme de quarante ans, veuve de deux ou trois maris, qui allèguerait que son innocence a été surprise par un collégien de seize à dix-sept ans.

En supposant même une espèce beaucoup plus favorable à la femme, on peut affirmer que sa demande serait infailliblement repoussée. J'en vois la preuve dans un jugement du tribunal du Puy qui rejette l'action d'une servante âgée de vingt-six ans, que son maître avait séduite et rendue mère après lui avoir fait, disait-elle, une promesse formelle de mariage. Voici les considérants du jugement.

« Attendu que les tribunaux ne doivent admettre qu'avec une réserve extrême, les présomptions ou les preuves qui les exposerait à confondre la chute d'une jeune fille qui cède à l'empire de la séduction avec la faute de celle qui succombe à un entraînement mutuel ou au dérèglement des sens ;

« Attendu qu'en semblable matière, *ils doivent surtout prendre en considération l'âge*, la maturité de celle qui prétend être une victime et les circonstances qui ont pu sérieusement lui faire croire à la possibilité d'un mariage ;

Attendu que de prime abord, les circonstances dans lesquelles se serait produite la grossesse de la fille N.,...



s'opposant à ce que l'on admette qu'elle se soit livrée à H... sous la pression que ce dernier aurait exercée sur elle en lui promettant de l'épouser, qu'*en effet elle avait vingt-six ans* quand elle est entrée comme cuisinière chez ce dernier ; qu'il est difficile de croire qu'à *cet âge* et dans la position qu'elle occupait chez son maître elle ait pu penser d'une manière sérieuse que ce dernier voulait faire d'elle son épouse légitime (1). »

Même doctrine dans un arrêt de la Cour de Caen (2) relatif à la liaison d'un jeune étudiant avec une fille plus âgée que lui et devenue enceinte de ses œuvres :

« Attendu qu'il n'est pas même allégué que Paul Vautier ait *séduit* Marie Huteaux, ni lui ait fait des promesses de mariage ; que celle-ci était *plus âgée* que lui ; qu'elle avait plus d'expérience de la vie de Paris (où elle résidait depuis plusieurs années) que le jeune étudiant qui arrivait de province ; qu'elle a volontairement et librement noué à ses risques et périls des relations coupables avec Vautier. »

On le voit, *l'âge* est ici la considération capitale puisqu'elle entraîne la décision des juges, dans la première espèce, malgré une présomption de promesse de mariage et dans la seconde, malgré un aveu de paternité qui résultait de la correspondance.

Mais, si on modifie l'hypothèse ; s'il s'agit, par exemple, d'une fille de seize ans, la demande aura de grandes chan-

1. Tribunal du Puy, 29 janvier 1869 (Dalloz, 1870, 3, 12).

2. Cour d'appel de Caen. 5 juillet 1865 (Sirey, 1875, 2, 231).

ces de succès. On conçoit, en effet, qu'une toute jeune fille n'ait pu prévoir les graves conséquences morales et *matérielles* d'un acte que son séducteur lui présentait comme un amoureux badinage. On le comprend mieux encore si la fille séduite est une enfant de treize à quatorze ans. Qu'on ne se récrie pas ! le cas s'est présenté plus d'une fois. Sous ce rapport les recueils de la jurisprudence nous offrent tout ce qu'on peut imaginer de plus révoltant. On va en juger par l'espèce suivante.

Peu de jours après sa première communion Brigitte Beaudoin est placée comme bonne dans un ménage offrant toutes les garanties de moralité désirables. Malheureusement la maîtresse de la maison a un frère, le S<sup>r</sup> Gibout, âgé de vingt-quatre ans, qui ne trouve rien de mieux, pour occuper ses loisirs, que de s'exercer à la séduction sur cette enfant de treize ans. Il réussit à en abuser et finit par la rendre mère, mais comme il n'a pas employé la violence, son acte ignoble ne constitue ni un crime ni un délit passible de la loi pénale. A défaut de juridiction répressive, les parents de la jeune fille s'adressent au tribunal civil qui condamne le séducteur à 5.000 francs de dommages-intérêts. Appel de ce dernier et arrêt de la Cour de Dijon ainsi conçu :

« La Cour considérant que dans la cause actuelle, il s'agit d'une *enfant de treize ans et demi, venant de faire sa première communion*, placée de confiance, comme domestique dans une maison qui semblait offrir toute garantie, et qui se trouve victime des séductions d'un jeune

homme de *vingt-quatre ans*, frère de la maîtresse de la maison ; que l'*inégalité d'âge*, d'intelligence, de position, même de forces physiques ne permettent pas de douter qu'il y ait eu à l'égard de la jeune Brigitte Beaudoin, une contrainte morale exclusive d'un consentement intelligent et d'un entraînement volontaire ; que dans ces circonstances exceptionnelles, la réparation incombe donc toute entière au séducteur, qui n'a pas craint d'ailleurs d'ajouter à ses premiers torts celui des plus graves et des plus injurieuses imputations, « considérant que la somme de 5.000 francs de dommages-intérêts allouée par le jugement à la jeune Brigitte Beaudoin, sur la demande de son père, n'est point excessive, eu égard à son état d'absolu dénûment, à la charge de l'enfant dont elle est devenue mère, et au préjudice moral résultant de la conduite du Sr Gibout envers elle ! Considérant que cette somme n'est point hors de proportion avec la situation de fortune de l'appelant ; par ces motifs, confirme le jugement. » (1)

Ici encore, l'âge si tendre de la fille séduite est le motif déterminant et c'est à tort, ce me semble, que l'arrêt fait intervenir la contrainte morale puisque le séducteur n'est pas le maître de la maison et que la séduction n'est pas, dès lors, le résultat d'un abus d'autorité.

Ces deux exemples d'hypothèses contraires suffisent je crois à expliquer dans quelle mesure l'âge du séducteur et de la fille séduite influe sur l'admission ou sur le rejet de

1. Dijon, 16 avril 1861 (Dalloz, 1861, 5, 423).



la demande. Je n'insiste pas davantage sur ce point et je passe à la deuxième considération.

2° *De la contrainte morale.* — De toutes les formes qu'affecte la séduction, la plus odieuse est peut-être cette contrainte morale dont les servantes et les ouvrières d'atelier sont particulièrement victimes. Le suborneur abuse alors de deux choses sacrées : de son autorité de maître ou de patron et de la misère de celles qu'il occupe. Comme le dit éloquemment M. Assolant (1) « une malheureuse ouvrière qui voudrait gagner vingt sous dans son atelier est souvent obligée de subir les insultantes caresses du patron et plus souvent celles du contre-maitre. Et comme s'indigner ? Il faut être patiente et résignée. Le pain est à ce prix. » Les servantes n'ont pas un meilleur sort. « On pourrait croire dit M. Jules Simon (2) que les domestiques, vivant auprès des familles aisées ont des mœurs plus régulières. Il n'en est rien. Beaucoup d'entre elles trouvent un séducteur dans la maison même où elles servent. Quelquefois c'est le maître lui-même qui corrompt les mœurs d'une pauvre fille doublement séduite par son autorité et par sa fortune. »

Dans ces différents cas, il n'est pas rare de voir les tribunaux condamner le séducteur sur la seule preuve de la contrainte morale et en l'absence même de toute promesse de mariage. « La justice, dit à ce propos M. Laurent (3)

1. *Le droit des femmes. Le livre de femmes* p. 122.

2. *L'ouvrière* p. 227.

3. Laurent, *Principes de droit civil français*, p. 133.

doit être inexorable dans sa réprobation pour ces coupables manœuvres qui sont une cause incessante d'immoralité. »

Plusieurs Cours, entr'autres celles de Grenoble, de Rennes, de Dijon (1), ont fréquemment appliqué cette doctrine dans des espèces relatives à des ouvrières et à des servantes.

L'arrêt de la Cour de Dijon prononce une condamnation en dommages-intérêts au profit d'une ouvrière de fabrique séduite par le fils de son patron dont toute la défense consistait à opposer qu'il avait lui jeune homme de dix-sept ans, été provoqué par une fille de treize ans.

De même le tribunal civil de la Seine, par jugement en date du 6 juillet 1867, a condamné un patron à servir une rente viagère de 300 fr. par an à une jeune fille qu'il occupait comme apprentie et qu'il avait séduite.

La séduction par contrainte morale se présente encore dans le fameux procès de Caen où intervinrent les plus célèbres avocats de l'époque et qui passionna si longtemps le public et la presse. Je résume en deux mots cette retentissante affaire déjà connue sans doute de la plupart de nos lecteurs.

Le sieur L... maire de la ville, marié et père de famille, doublement influent par ses fonctions, sa grande fortune et ses relations, ne craignit pas d'abuser de tous ces avantages sur la fille de son boulanger à peine âgée de quinze ans, qui lui portait chaque jour le pain à domicile ainsi que

1. Grenoble, 28 mars 1864 (Dalloz, 1865, II, 22). Dijon 1<sup>er</sup> décembre 1868 (Dalloz, 1868 II, 248). Rennes, 11 avril 1866 (Dalloz, 1866, II, 184).

cela se pratique en province. Entourée d'obsessions et de manœuvres frauduleuses la jeune fille après une longue résistance céda tout à coup. « Sublime sacrifice ! » s'écrie le séducteur dans ce style poncif que les romans du jour mettent à la mode. Avec l'âge vint le remords, la jeune fille voulut revenir au bien, elle voulut apprendre un métier afin de se soustraire aux liens honteux qui la retenaient dans le désordre : le séducteur l'en empêcha. Bref ! cette contrainte fut la cause déterminante d'une liaison de vingt années d'où naquirent six enfants.

Saisi d'une action en dommages-intérêts, le tribunal de Vire condamna le séducteur.

Sur l'appel de ce dernier, la Cour de Caen connut de l'affaire et rendit un arrêt confirmatif dont voici le passage le plus saillant (1) :

« Considérant que la faute dont la fille G... se prétend la victime, ressort non seulement des lettres de L... mais des autres faits constants au procès ; que l'intimée avait à peine dix-huit ans lorsque L... avait obtenu d'elle ce qu'il appelle son « sublime sacrifice », qu'elle était fille d'artisans *qui avaient eu besoin de recourir à la bourse de l'appelant* ; qu'elle était pure et sans expérience (c'est encore lui qui l'a écrit dans les lettres produites) ; que L... au contraire avait le *double de son âge* ; qu'il était dans une *position élevée par sa fortune et ses relations* ; que pour vaincre une résistance qu'il avait d'abord éprouvée puis-

1. Caen, 10 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 132).



qu'il traite de « sacrifice » la chute de la fille G... il a dû employer de ces manœuvres auxquelles une fille innocente et pure ne saurait résister ; que cette séduction qui ne peut être comparée aux séductions ordinaires dans lesquelles on ne saurait trouver un coupable et une victime, constitue donc de la part de L... une véritable faute dont il doit la réparation s'il y a eu préjudice souffert, — or, considérant que la fille G... par suite de ses relations coupables avec elle, a vu son « avenir brisé » (c'est encore lui qui le dit dans ses lettres), que sans la séduction dont elle a été victime elle eût pu vivre honnêtement et devenir une mère de famille honorable, que c'est par le fait de L... qu'une pareille existence lui a été refusée ; *qu'elle n'a pas appris un métier qui eût pu lui servir à subvenir à ses besoins, et que c'est encore par la faute de l'appelant qu'elle a été privée de cette ressource* ; qu'il lui a donc causé un préjudice grave dont, aux termes de l'article 1382, il doit être responsable. »

Finalement la Cour élevant le chiffre de l'indemnité fixée par les premiers juges condamna l'appelant à payer 4000 fr. à la défenderesse, plus une rente viagère de 500 fr. pour elle et pour chacun de ses enfants.

Flétri par cet arrêt le séducteur, au lieu de se faire oublier, eut le front de se pourvoir devant la Cour de cassation (1) (les hommes riches peuvent seuls s'offrir à ce luxe) mais, mal lui en prit, car la Cour suprême reconnut

1. Cassation, 26 juillet 1864 (Dalloz, 1864, t. 347).



l'arrêt fondé en droit et en reproduisit les termes flétrissants. Il faut, s'écrie à ce propos M. Laurent « que les séducteurs en gants jaunes apprennent qu'il y a une justice déjà sur cette terre. »

Cette célèbre espèce, on le voit, rentre parfaitement dans notre classification. La *contrainte morale* était ici justifiée : 1° par les fonctions publiques dont le séducteur était revêtu ; 2° par le rôle de créancier qu'il jouait à l'égard des parents de la jeune fille ; 3° par la grande inégalité d'âge (dix-sept ou dix-huit ans d'une part et quarante ans de l'autre) ; 4° par les moyens qu'il avait employés pour maintenir la plaignante sous sa domination en l'empêchant d'exercer une profession honnête.

3° *De la promesse de mariage.* — Nous connaissons déjà la séduction sous deux formes très dangereuses : l'abus du jeune âge et l'abus de l'autorité. Mais ce n'est pas tout : comme le Protée antique la séduction varie ses formes à l'infini. A en croire les hommes à bonnes fortunes et les magistrats, la promesse de mariage est le plus puissant moyen pour triompher de l'innocence d'une jeune fille. Écoutons d'abord Don Juan (1) homme compétent, s'il en fut, en pareille matière. « Eh ! dites-moi donc un peu, belle Charlotte, vous n'êtes pas mariée, sans doute. — Non, monsieur, mais je dois bientôt l'être avec Pierrot, le fils de la voisine Simonnette. — Quoi ! une personne comme vous serait la femme d'un simple paysan ! Non, non, c'est

1. Molière. *Le Festin de Pierre*, Acte II. Scène II.

profaner tant de beautés, et vous n'êtes pas née pour demeurer dans un village. Vous méritez sans doute, une meilleure fortune et le ciel, qui le connaît si bien, m'a conduit ici tout exprès pour rendre justice à vos charmes. — Voyez-vous, monsieur ? il n'y a pas plaisir à se laisser abuser. Je suis une pauvre paysanne, mais j'aimerais mieux me voir morte que déshonorée. — Moi, j'aurais l'âme assez méchante ? Sachez que je n'ai d'autre dessein que de vous épouser. En voulez-vous un plus grand témoignage ? M'y voilà prêt quand vous voudrez (se tournant vers Sganarelle), et je prends à témoin l'honnête homme que voilà de la parole que je vous donne. »

Sous une forme plus ardue, mais non moins probante, les arrêts des Cours contiennent le même enseignement. .

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Grenoble, que la manœuvre la plus ordinaire, mais aussi la plus sûre pour tromper et séduire une jeune fille a toujours été de lui promettre le mariage ; que cette jeune fille, persuadée que son affection est partagée, qu'elle ne tardera pas à être unie à l'homme qu'elle aime, perd facilement de vue qu'elle peut commettre une faute ; qu'elle se trouve alors « dans certaines circonstances préparées par son séducteur, fatalement entraînée au moment d'une ivresse naturelle à accorder ce qu'elle ne pourra bientôt plus refuser » (1).

Tous les auteurs sont d'accord sur l'effet irrésistible de la promesse de mariage comme moyen de séduction. »

1. Grenoble, 10 juin 1880.

Quelle est la jeune fille qui ne pense au mariage, s'écrie M. Jonnesco, et à ce mot magique n'oublie le souci de l'heure présente ? » Et d'autre part le grand poète, à qui j'emprunte les vers suivants, n'exprime-t-il pas le cri de toutes les jeunes filles (1) ?

Est-ce une illusion ? cette heure tant rêvée  
L'heure du mariage elle est donc arrivée !

On ne saurait donc nier que la promesse de mariage n'ait *en fait* les plus graves conséquences. Mais *en droit* quelle est la valeur de cette convention ? La question, vu son intérêt, demanderait à être traitée avec une certaine ampleur historique. Je vais l'étudier rapidement en droit romain, en droit coutumier et en droit français.

### *De la valeur juridique de la promesse de mariage.*

En droit romain la promesse de mariage *sponsio* constituait l'engagement désigné sous le nom de fiançailles, *sponsalia*. En cas d'inexécution, l'obligation des parties se résolvait dans le paiement des dommages-intérêts dont la quotité était fixée par le juge. Les promettants pouvaient d'ailleurs eux-mêmes joindre un pacte d'arrhes à leur convention (2).

1. Théophile Gautier, *La Comédie de la mort*.

2. Accarias (*Précis de droit romain*. Tome I, p. 150. 2<sup>e</sup> édition).



En droit coutumier, la promesse de mariage ou convention de fiançailles avait un double effet moral et pécuniaire : effet moral, car elle créait entre les familles un lien de piété et d'alliance assez fort pour constituer dans certains cas un empêchement au mariage et faire qualifier d'adultère le commerce de la fiancée avec autrui : effet pécuniaire parce qu'elle s'adjoignait en général à un pacte d'arrhes dont le tribunal pouvait, en cas d'exagération, modifier les clauses. Aujourd'hui encore le Code Saxon et le Code de Vaud attribuent aux fiançailles le singulier privilège de conférer la légitimité aux enfants nés ou conçus sous la foi de la promesse de mariage.

En droit actuel, rien de tel ! Le Code dit bien que *la promesse de vente vaut vente*, mais il ne dit nulle part que la promesse de mariage vaille mariage, ni même qu'elle se résolve en dommages-intérêts. Le principe qui a prévalu depuis la Révolution c'est celui de la liberté absolue du mariage. Le législateur moderne veut qu'on puisse toujours se dédire du *mariage promis* et il voudra bientôt qu'on puisse se dédire même du *mariage contracté*. Aussi est-il de jurisprudence constante qu'une clause pénale stipulée pour le cas d'inexécution d'une promesse de mariage est nulle de plein droit par suite de la nullité de la clause principale.

Mais si la promesse de mariage est sans force juridique, par elle-même, elle peut, dans les conséquences qu'elle entraîne, fournir matière à une réparation civile. Tel est par exemple le cas où un futur époux, en vue d'un mariage

projeté, s'est démis d'un emploi, a fait un voyage coûteux, a offert la corbeille de noces à sa fiancée. Si la rupture est de la part de celle-ci, un pur caprice, nul doute qu'elle ne doive d'abord rendre la corbeille et indemniser ensuite l'ex-prétendu des autres frais et loyaux coûts de voyage. C'est ce qu'ont décidé maintes fois les tribunaux civils en se fondant sur l'article 1382. « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

C'est par une extension de cette doctrine que la jurisprudence, envisageant non plus un préjudice matériel, mais un préjudice moral est arrivée à considérer comme faits dommageables la séduction et la grossesse d'une jeune fille qui s'est livrée sous la foi d'une promesse de mariage.

L'état actuel de la jurisprudence sur ce point est parfaitement résumé dans l'arrêt suivant de la cour de Toulouse (1) :

« Attendu que l'inexécution d'une promesse de mariage, isolée de toute autre circonstance, ne peut motiver une action en dommages-intérêts ; mais qu'il doit en être autrement lorsque cette promesse a été l'un des éléments d'une persévérante séduction auprès d'une jeune fille circonvenue par des assiduités, des obsessions et des assurances propres à capter sa confiance et à dissimuler le piège ainsi tendu à sa pudeur. »

Afin de préciser plus nettement encore le jeu de la pro-

1. Toulouse. 28 novembre 1864 (Sirey. 65, II, 5).

messe de mariage dans les procès en séduction, je ne saurais mieux faire que de citer *in extenso*, comme type du genre, un arrêt de la cour de Bordeaux (1) très fortement motivé, sinon en droit, du moins en équité et en fait.

« Attendu que lorsqu'à un fait de séduction certain, incontestable, avoué, vient se joindre le fait également certain d'une promesse de mariage, employée comme moyen de séduction, ayant agi avec efficacité et amené la faute et la grossesse, il peut y avoir lieu suivant les cas, et en procédant avec une grande réserve, à imposer une réparation à celui qui par de semblables moyens aurait occasionné un pareil dommage.

« Qu'il serait contraire à toute justice que le séducteur habile et persévérant, qui, à l'aide d'une promesse de mariage réitérée et rendue croyable, serait parvenu à triompher d'une fille, jusqu'alors honnête, et à la perdre, pût ensuite l'abandonner dans sa honte et dans son malheur et laisser à sa charge tous les inconvénients et toutes les misères résultant d'une faute commune....

« Attendu qu'il est constant que Louise L. fille mineure, a été en butte aux obsessions les plus vives et les plus incessantes du sieur F.... fils, alors âgé de vingt-deux ans ; qu'après avoir vainement usé comme il l'a reconnu lui-même, de tous les moyens de séduction ordinaires, ce ne fut qu'à l'aide de la promesse de mariage la plus formelle, la plus solennellement jurée et la plus souvent répétée,

1. Bordeaux. 23 novembre 1852.



qu'il réussit à vaincre sa résistance ; que le doute n'est pas permis sur ce point en présence des deux lettres écrites en 1847 par le sieur F... à la demoiselle Louise L... qui ont été produites au procès ; qu'il y reconnaît et y proclame dans les termes les plus formels, qu'il n'a séduit Louise qu'à force de démarches et de persécutions ; qu'il ne l'a obtenue qu'à condition de l'épouser ; qu'il donne sa parole d'honneur sur le saint nom de Dieu qu'il réparera sa faute ; que ces aveux précis, confirmés encore par les protestations du même genre que le sieur F... ne cessait de prodiguer à Louise qu'il appelait sa femme, et avec laquelle il prenait toujours le titre de mari, établissent contre lui la réalisation de la double condition exigée par la jurisprudence pour motiver la condamnation aux dommages-intérêts. »

La promesse de mariage alimente presque à elle seule le contingent des procès en séduction et parmi les arrêts auxquels elle sert de fondement les auteurs n'ont que l'embaras du choix. La décision que je viens de transcrire nous la montre pour ainsi dire à son état normal. Dans d'autres cas, elle affecte un caractère plus odieux encore.

Il s'est rencontré par exemple des séducteurs versés dans la basoche qui après avoir vu leurs promesses de mariage échouer contre une vertu toujours invulnérable et incrédule, se sont avisés, pour frapper le grand coup, d'ajouter les actes aux paroles (ne confondons pas, il ne s'agit ici que d'actes notariés). Le contrat pécuniaire de mariage reste sans effet lorsqu'il n'est pas suivi de la célébration



légale. Or, quel moyen à la fois plus persuasif pour la jeune fille et moins dangereux pour le séducteur !.. On se rend chez le notaire en habit de gala (l'aspect sévère de l'étude fait toujours bien sur l'esprit de la fiancée) ; on stipule au profit de celle-ci des conventions matrimoniales très avantageuses, on appose de part et d'autre les signatures prescrites et quand la gravité et la cravate blanche de l'officier ministériel ont suffisamment opéré, on se retire bras dessus bras dessous en se traitant réciproquement de mari et femme.

La pauvre jeune fille qui cède après un tel cérémonial est certes bien excusable. C'est ce qu'a pensé la Cour d'appel de Montpellier en rendant l'arrêt ci-dessous (1) :

« La Cour : — Considérant en fait que le sieur S..., s'était lié envers la demoiselle M..., par une promesse de mariage ; que cette promesse est authentiquement constatée par le contrat de mariage passé devant M. Malaval, notaire ;

« Considérant qu'il est établi par les circonstances de la cause que des relations intimes ont existé entre S..., et sa fiancée, et ont été amenées par la promesse de mariage faite par S....

« Considérant que la demoiselle M..., devenue enceinte a mis au monde, le 12 février 1849, une fille ; — considérant que la demoiselle M..., soutient que sa grossesse est l'œuvre de S..., et que celui-ci en la délaissant, lui a infligé un grave préjudice ;

1. Montpellier 10 mai 1851. Coulet et Vaunois, p. 57.

« Considérant qu'il ne s'agit nullement de rechercher si le sieur S..., est le père de l'enfant dont la demoiselle M..., est accouchée le 12 février 1849 ; — que la demoiselle M..., demande uniquement à prouver, par voie d'induction que sa grossesse était l'œuvre du sieur S..., etc. — Par ces motifs, condamne S..., à payer. »

Mais la promesse de mariage ne s'est peut-être jamais présentée sous un jour plus révoltant que devant la Cour d'appel de Bastia. Il y a environ quarante ans, dans un pays profondément catholique, on a vu un homme faire du sacrilège un moyen de séduction, tromper un prêtre afin de tromper une jeune fille, conduire sa fiancée au pied des autels, lui persuader que le mariage religieux suffit et l'abandonner après l'avoir rendue mère. Saisie d'une demande en dommages-intérêts pour la femme et en aliments pour l'enfant, la Cour refusa les aliments par respect pour le principe de la prohibition de la recherche de la paternité, mais elle accorda les dommages-intérêts en ayant soin de déclarer que le préjudice résultait de la promesse du mariage suivie de la célébration du mariage religieux.

Ces derniers exemples suffisent, je crois, à donner une idée exacte de l'état de la jurisprudence en matière de séduction. C'est donc aujourd'hui un principe généralement reconnu que la mère d'un enfant naturel a le droit de demander des dommages à l'auteur de la grossesse, sous condition de prouver que celui-ci s'est rendu coupable d'un dol, c'est-à-dire d'une séduction par abus de jeune âge, par contrainte morale ou par promesse de mariage.

V. — *Examen critique de la jurisprudence.*

Les arrêts dont je me suis servi, chemin faisant, pour appuyer les théories qu'on vient de lire, ont eu l'avantage de dérouler successivement aux yeux du lecteur les divers cas de séduction, les procès auxquels ils donnent lieu et les décisions qui les résolvent. Nous sommes, dès à présent, renseignés sur le courant d'idées qui entraîne la magistrature dans un mouvement de réaction contre l'article 340. Le terrain est donc préparé pour une généralisation ou tout au moins pour un examen critique de la jurisprudence actuelle.

Je l'ai déjà dit, la tendance des tribunaux a son point de départ dans l'article 1382.

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Or, l'application de ce principe général à notre matière soulève tout d'abord une question fort controversée.

La séduction d'une fille est-elle un dommage susceptible de réparation civile, c'est-à-dire appréciable en argent ?

A la question ainsi posée les juges répondent oui sans hésiter. Nous en avons vu plusieurs exemples dans les arrêts que j'ai recueillis. J'en cite un entre mille.

« Considérant que la réparation du préjudice causé doit, en principe, s'appliquer à *toute espèce de préjudice, quel qu'il soit* pourvu qu'il soit appréciable en argent ; qu'elle



doit comprendre tout à la fois et les pertes matérielles actuellement réalisées et celles qui seront la conséquence nécessaire du tort fait à la réputation, telles que l'impossibilité de se procurer un établissement ; qu'elle doit comprendre notamment la *grossesse et l'accouchement* de la fille délaissée et qui non-seulement la livrent à tous les inconvénients à venir de son honneur perdu, mais encore sont dès à présent une cause de dépense » (1).

Voilà, ce me semble, une réponse qui résout toutes les inconnues du problème. La séduction est-elle un dommage ? Oui puisqu'elle entraîne « l'impossibilité de se procurer un établissement. » Ce dommage est-il réparable civilement ? Oui puisque « la réparation du préjudice causé doit, en principe, s'appliquer à toute espèce de préjudice. » Ce préjudice est-il appréciable en argent ? Oui puisqu'il comprend les dépenses de grossesse et d'accouchement, frais déjà tout déterminés.

Ce n'est donc pas aux juges que M. Alexandre Dumas s'adresse quand il s'écrie : « Maladroits ! En refusant à la vertu le droit d'être un capital, vous avez donné au vice le droit d'en être un. L'honneur d'une fille est-il une propriété et sa virginité un capital ? Oui. Propriété d'une telle importance, capital d'une telle valeur que quand cette propriété a été aliénée ou dérobée, que quand ce capital a été dispersé ou détruit, il n'y a rien, absolument rien qui puisse le remplacer. »

1. Caen, 10 juin 1850.

• Eh bien ! ce capital si important, si considérable qu'aucun autre ne peut le remplacer, ce capital si précieux, pour les pères, les mères, les filles et les époux que lorsqu'il n'est plus où il doit être, on se désespère, on rougit, on se bat, on se tue, on meurt sous toutes les formes ; ce capital, la loi le laisse à la disposition du premier venu, et répond « cela ne me regarde pas, » quand on vient se plaindre à elle qu'on l'a dérobé. Elle ne l'assimile pas même à la valeur d'une pièce de vingt francs ou d'un pain de quatre livres. »

Est-il bien vrai que la loi n'assimile pas même la valeur de la virginité d'une jeune fille au prix d'un pain de quatre livres ? Ce n'est pas là, en tout cas, ce que pensent les tribunaux. Ils soutiennent au contraire que la loi elle-même permet de considérer le détournement frauduleux de ce prétendu capital comme un dommage susceptible de réparation et appréciable en argent.

L'article 1382, disent-ils, est la sanction légale d'un grand principe de droit naturel : *Alterum non lædere*. On ne doit pas porter préjudice à autrui et si l'on a fait tort à quelqu'un on est obligé de réparer le dommage qu'on a causé. Cette règle générale est reproduite dans toute son étendue par l'article 1382 qui embrasse pour ainsi dire le vaste champ des actions humaines. Or la séduction proprement dite cause un préjudice énorme à une jeune fille, donc ce préjudice doit être réparé.

A la vérité, la jurisprudence n'a pas toujours raisonné ainsi. Il fut un temps où les tribunaux frappés du silence

du Code civil en matière de séduction, ne se croyaient pas fondés en droit pour arbitrer des dommages-intérêts à la fille victime de ce préjudice. Mais ces incertitudes ont cessé et depuis plus de trente ans les juges estiment que la séduction constitue un dommage susceptible de réparation et appréciable en argent au même titre que tous les autres dommages prévus par l'article 1382.

Et quand on demande aux tribunaux comment ils feront l'estimation de ce dommage, ils répondent qu'ils tiendront compte tantôt du préjudice matériel causé soit par l'impossibilité d'apprendre un métier, soit par la perte d'un emploi, soit par la difficulté de contracter un mariage honnête. S'arrêtent-ils là ? Les tribunaux me semblent dans les termes de la loi et je ne trouve aucun article du Code à leur opposer, mais alors je leur objecte le peu d'efficacité de leur système. En réalité, d'où résulte le déshonneur pour une jeune fille séduite ? ce n'est point du commerce illicite qui le plus souvent s'effectue à l'insu de tous, c'est de deux faits presque impossibles à cacher la *grossesse* et l'*accouchement*. Voilà le grand dommage qui publie la honte de la fille, qui la fait chasser de l'atelier où elle travaille et de la maison où elle sert, qui brise à jamais son avenir d'honnête femme, qui lui occasionne pour le présent et pour l'avenir des dépenses faciles à estimer et qui, celles-là, sont bien les conséquences de la faute.

Voilà le préjudice énorme que les juges doivent surtout apprécier sous peine de n'accorder qu'une protection dérisoire aux victimes. Et cela est si vrai que les filles qui se



présentent à ce titre devant la justice, ont eu presque toutes un enfant et fondent principalement leur action sur les frais qui résultent de la naissance et de l'entretien de cet enfant.

Eh bien ! ce préjudice capital entre-t-il en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts faite par les tribunaux ? Sans nul doute ! C'est même le principal élément d'estimation. Tous les arrêts que nous avons parcourus parlent à satiété de la grossesse, de l'accouchement, de l'entretien de l'enfant. Et si la femme est devenue mère plusieurs fois les juges, comme dans l'affaire de Caen et de Vire, tiennent compte du nombre d'enfants pour accroître en proportion le montant des dommages-intérêts. On en voit un exemple caractéristique dans le jugement du tribunal de Vire (1).

« Considérant qu'après avoir reconnu qu'il est dû des dommages-intérêts à la fille G... le tribunal doit apprécier s'il est possible de faire peser ses six enfants dans la balance des dommages-intérêts ; — or, le tribunal reconnaît que L... par son fait a mis la fille G... dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins. Quels sont ces besoins ? Suffirait-il à cette fille de gagner du pain pour elle, ou devrait-elle encore en gagner pour ses six enfants ? S'il lui incombe, ce qui ne peut être douteux, l'obligation de les nourrir, le tribunal doit proportionner les secours aux besoins ; mais en mettant à la disposition de la fille G... qui n'a jamais eu à s'occuper des soins d'une famille puisqu'il y était pourvu

1. Dalloz, 1862, 11, 129. Jugement confirmé par la Cour de Caen.



d'ailleurs, ce qui est nécessaire pour nourrir et élever ses enfants, il pourra en être fait mauvais usage. » Le tribunal pense donc qu'il est préférable de réduire les besoins de la fille G... en la déchargeant du soin de nourrir ses enfants pour en charger le séducteur lui-même.

On le voit, le tribunal de Vire use des habiletés de rédaction recommandées par Marcadé : tout en faisant peser les six enfants dans la balance des dommages-intérêts, il a soin de ne pas les rattacher directement au séducteur, ce qui constituerait une affirmation de paternité. Mais ces habiletés de rédaction qui trompent-elles ? personne. Il est évident pour tout le monde que si le montant des dommages-intérêts prononcés contre le séducteur s'élève en raison du nombre des enfants de la fille G... c'est parce que le séducteur en est réellement le père.

Et d'ailleurs la plupart des tribunaux n'y mettent pas tant de formes. La Cour de Toulouse (1), par exemple, déclare carrément « que la fille S... peut être admise à prouver qu'elle serait devenue mère par suite de ses relations avec G... » La Cour de Montpellier n'est pas moins catégorique. « Attendu, dit-elle, que la demoiselle M... demande uniquement à prouver par voie d'induction que sa grossesse était l'œuvre de S... »

Mais c'est alors que l'article 340 intervient dans le débat. Votre système est conforme à l'équité, dirai-je aux tribunaux, mais quel cas fait-il de la loi qui interdit la

1. Toulouse, 28 novembre 1861.

recherche de la paternité? Il ne s'agit pas, répondrez-vous, de constater la paternité, il s'agit simplement de constater un préjudice et d'en punir l'auteur. Subtilité que ce raisonnement! S'il y a un préjudice dont un enfant est résulté, dont vous avez cherché et trouvé l'auteur, il est évident que l'auteur du préjudice est aussi l'auteur de l'enfant, et qu'en déclarant sa culpabilité vous déclarez aussi sa paternité. En prohibant la recherche de la paternité, l'article 340 ne distingue pas quel est le but de la demande, et, comme le disait très bien la Cour de cassation en 1806, la paternité est un fait indivisible, et un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre cas.

Le système de la jurisprudence est donc contraire au texte de la loi. Est-il conforme à son esprit? Encore moins. Pourquoi le législateur a-t-il interdit la recherche de la paternité? Parce qu'il s'est effrayé à tort ou à raison des incertitudes de la preuve, des tentatives de chantage, du scandale des débats. Or, tout cela est à craindre aussi bien dans l'action en dommages-intérêts que dans l'action en réclamation d'état. Ce n'est point parce qu'on ne demande que de l'argent que le chantage devient plus rare, le débat moins scandaleux, la preuve plus sûre.

Sans doute, le tribunal ne condamne jamais le séducteur sans avoir la certitude morale de la paternité, mais il ne suffit pas qu'un fait soit évident pour que les juges aient le droit de le considérer comme tel. Certains faits sont soumis à des preuves spéciales et parmi ces faits se trouve au premier rang la paternité naturelle. Aux yeux de la

loi, la paternité naturelle n'existe qu'en vertu de l'acte authentique de reconnaissance. Dès que cet acte fait défaut, la loi interdit aux juges de permettre qu'on prouve devant eux sous n'importe quel prétexte que tel homme est le père de tel enfant, ou ce qui revient au même l'auteur de la grossesse de telle fille.

Il n'en faut pas davantage pour condamner en droit le système, d'ailleurs très respectable en fait, auquel la magistrature tend à se rallier définitivement. Au surplus, comment ce système pourrait-il être juridique, puisqu'il a pris naissance dans un mouvement de réaction contre l'article 340. De l'avis de tous, il y a excès dans la prohibition du Code et c'est cet excès que la pratique a voulu éviter par un détour. En fin de compte, on arrive contre le texte et contre l'esprit de la loi à autoriser la recherche de la paternité naturelle.

L'article 340 est inique, c'est vrai ! il faut l'abolir, d'accord ! mais à qui incombe ce soin ? Est-ce au juge ou au législateur ? Pourquoi avons-nous posé le principe de la séparation des pouvoirs en tête de nos constitutions ? N'est-ce pas précisément pour empêcher que les tribunaux, comme autrefois les parlements, n'empiétassent désormais sur les attributions du pouvoir législatif ! Autre est la mission du législateur, autre est celle du juge. La loi fût-elle dix fois plus inique, dix fois plus immorale, le juge n'a point qualité pour l'abroger et c'est ce qu'il fait en réduisant l'article 340 à l'état de lettre morte.

Mais est-ce là une raison pour conseiller au juge, comme



le fait un auteur d'appliquer la loi « même si elle blesse sa conscience et l'équité (1). » Non certes ! Je ne pousse pas, pour mon compte, le respect de la loi jusqu'à l'anéantissement de l'équité. Si j'avais un conseil à donner aux juges, il serait plus simple et plus moral. De deux choses l'une, leur dirai-je : où vous appliquez à contre-cœur un texte dont l'iniquité vous révolte et alors vous blessez votre conscience ; ou vous l'abrogez par un détour et alors vous devenez perturbateurs publics en renversant le principe fondamental de la division des pouvoirs. L'alternative est rigoureuse, mais vous avez un moyen élémentaire de sortir d'embarras, c'est de donner votre démission, c'est de renoncer à un poste qui vous oblige à l'injustice. Ce devoir accompli, libres désormais de tout lien, en parfaite sécurité de conscience, dans le livre et dans la chaire vous ouvrirez avec nous une campagne contre l'article 340 dont mieux que personne vous connaissez les inconvénients. Au lieu de rassurer le législateur qui vous voyait vous accommoder de toute loi bonne ou mauvaise, vous l'effrayerez par la peinture des conséquences immorales de son œuvre et vous obtiendrez plus promptement les réformes demandées. En un mot vous prendrez place parmi les auteurs dont le rôle consiste non pas à appliquer la loi ou à la faire, mais à la critiquer. Hommes du fait concret, vous apporterez à ces hommes de l'idée abstraite la haute autorité que vous donnent votre expérience des choses, votre pratique des audiences, votre connaissance approfondie des procès et des

1. Jonnesco. *De la recherche de la filiation naturelle.*

plaideurs. Et qui sait? le progrès que vous souhaitez serait-il dû peut-être plutôt à la révolte de vos consciences qu'à la subtilité puérile de vos arrêts.

Ce serait ici le lieu de faire intervenir la fameuse polémique échangée sur le terrain de la jurisprudence entre un homme de l'idée, M. Bertauld, et un homme du fait, M. Ancelot. Quel que soit pourtant l'intérêt de ce débat je juge superflu de l'analyser et cela pour deux raisons, la première c'est qu'il se trouve relaté dans tous les ouvrages qui, de près ou de loin, touchent à notre matière, la seconde c'est qu'il me paraît peu concluant. J'ai traité cette controverse de polémique et je tiens à mon expression ; ce n'est point là une discussion de sens rassis, chaque adversaire plaide *pro domo*, de part et d'autre on ne présente qu'un aspect de la question. M. Bertauld surtout me semble aborder le sujet de parti pris et rien ne le prouve mieux que le ton qui règne dans l'extrait suivant.

« Je m'alarme d'une tendance qui introduirait le juge dans une sphère où le législateur lui-même n'aurait pas le droit d'entrer. Je me préoccupe d'une tentative d'usurpation sur la liberté individuelle (1). »

Dire que le juge ne peut abroger l'article 340, très bien ! mais voir dans cet article une sphère où le législateur lui-même n'a pas le droit d'entrer, c'est aller un peu loin, ce me semble. A ce compte, personne n'est compétent pour toucher à ce texte : c'est l'arche sainte ! Quant à la *liberté*

1. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 21, p. 1 et suivantes.

*individuelle*, je me demande ce qu'elle vient faire dans le débat. A supposer que la jurisprudence empiétât sur la liberté individuelle des séducteurs, où serait le mal ? On empiète bien sur la liberté individuelle des escrocs et des voleurs ! Comme le dit fort justement M. Fochier, la liberté de l'individu cesse dès qu'elle fait le mal d'autrui ; et le mystère de la vie privée ne peut dérober un acte dommageable à l'examen de la justice.

Dans un autre passage où M. Bertauld appuie ses théories sur des exemples, il a grand soin de ne parler que des femmes tombées au dernier degré d'abjection.

« Elles se disent victimes de séductions, tandis qu'elles ne sont victimes que de leurs mauvais instincts et de leurs convoitises. Elles se prévalent de la perte d'une vertu dont l'existence, même dans le passé, est fort incertaine, et elles espèrent faire oublier leur corruption présente qui n'a rien de problématique. Elles comptent leurs grossesses, leurs enfants, et pour elles l'adultérinité des relations n'est qu'une raison de plus de leur accorder, avec des sympathies auxquelles elles ne tiennent guère, de l'argent auquel elles tiennent beaucoup. Elles veulent faire nourrir, pensionner, doter leur postérité par des hommes qu'elles n'appellent pas *pères*, mais *auteurs de dommages*. »

Certes ! la sortie est virulente et les traits sont aiguisés de main de maître. Mais tout s'explique : il y a dans ces lignes un souvenir de l'affaire de Caen ; M. Bertauld avait plaidé pour le séducteur et il avait perdu son procès !  
*Inde iræ !*



M. Ancelot relève le gant et prend en ces termes la défense de la magistrature (1) :

« La magistrature n'est pas seulement une haute policière gardienne du tien et du mien. Elle a charge d'âmes : à elle de sanctionner les principes moraux de ses décisions civiles ; à elle de les venger dans ses arrêts criminels ; à elle aussi d'enseigner aux masses, ou de leur rappeler si l'on veut solennellement, les premiers devoirs de la vie publique et privée ! Sans doute, elle ne doit agir que dans le cercle de sa compétence normale. Mais il y a toujours eu et il y aura toujours deux manières d'interpréter les lois : l'une étroite et servilement littérale qui les outrage en les rapetissant ; l'autre large et libérale — surtout dans le champ du droit civil — qui les honore en entrant jusqu'au fond de l'esprit du législateur pour adapter ses statuts aux conditions variables de l'état social. »

Ce panégyrique de la magistrature est complet ; mais la vigueur de la riposte s'explique comme celle de l'attaque : M. Ancelot était avocat général à la Cour de Riom !

## VI. — *La doctrine devant la prohibition de la recherche de la paternité.*

### LE CRI PUBLIC CONTRE L'ARTICLE 340

Pour abolir la recherche de la paternité, les rédacteurs

1. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome 21, p. 281.



du Code civil ont mené grand bruit du prétendu cri général que cette institution aurait soulevé dès le xviii<sup>e</sup> siècle. Cet argument historique fidèlement transmis de père en fils constitue aujourd'hui encore l'*ultima ratio* des rares défenseurs de l'article 340. Je crois avoir fait justice de ce préjugé en établissant que la clameur universelle qu'on nous oppose se réduit à un discours de Servan.

Mais si l'ancien droit n'a retenti d'aucun cri général, tel n'est pas le cas du droit moderne. Depuis quelques années je constate un véritable cri public et ce cri réclame impérieusement le rétablissement de la recherche de la paternité. Jamais peut-être on ne vit, dans une controverse juridique, pareil nombre d'adhésions faire pencher la balance du côté d'une réforme. Phénomène bizarre ! cette question a le curieux privilège de mettre d'accord les esprits les plus dissemblables de croyance, d'éducation et d'aptitude. Logiciens et expérimentalistes, athées et croyants, littérateurs et jurisconsultes, autoritaires et libéraux, tous semblent s'être donné le mot pour battre en brèche le principe de la prohibition de la recherche de la paternité.

Le philosophe a protesté au point de vue du *juste* ; le moraliste a trouvé dans le Code la principale cause de la corruption publique ; le jurisconsulte a réfuté les objections tirées du mode de preuve ; l'homme d'État nous a menacé d'un péril social ; l'économiste s'est alarmé sous le rapport de la population ; le littérateur nous a ému de pitié pour la femme et pour l'enfant, enfin, argument péremptoire ! le juge s'est insurgé contre la loi au nom de l'équité.

Chaque année, la question est reprise sous de nouveaux points de vue par une foule d'auteurs et de journalistes qui tous, d'un commun accord, concluent à une réforme. Je n'essaierai pas comme les auteurs du projet du Sénat et comme M. Jonnesco de dresser une liste nécessairement très incomplète, des partisans actuels de la recherche de la paternité. Toutefois, afin qu'on ne m'accuse point de prêter à des milliers d'auteurs les idées d'un seul, je vais m'attacher dans cette dernière partie de mon étude à corroborer tous dires par des citations empruntées aux principaux ouvrages publiés sur ce sujet. Cette méthode donnera à ma démonstration la force qu'attache l'unanimité presque complète des témoignages.

### I. — *Démonstration par l'idée du juste.*

En principe, le juste et le droit ne sont qu'une seule et même chose, en fait et spécialement en notre matière, ce sont deux choses très différentes. D'après le droit naturel les père et mère doivent nourrir et élever leur enfant. Ce principe fondamental a été sanctionné par le christianisme ; la société civile l'a traduit au moyen âge dans la maxime un peu brutale de Loiseau : « Qui fait l'enfant doit le nourrir » ; la société moderne seule, le rejette en partie en dégageant un certain nombre de pères de toute obligation envers leurs enfants.

M. Accolas a fort éloquemment plaidé la cause de l'enfant au point de vue de l'idée du juste (1).

1. *Les enfants naturels*, Bibl. démoc, p. 127.

« L'enfant, l'être indigent entre tous les autres, l'être qui est, en germe, l'homme libre et responsable, a le premier de tous les droits.

• Quel est ce droit et vis-à-vis de qui l'a-t-il ?

• Ce droit c'est le droit à être développé, à devenir un homme. Du droit à être développé dérive pour tout enfant le même droit absolu à être reconnu, le même droit absolu à être élevé.

• Ce droit l'enfant l'a d'abord vis-à-vis de ceux de qui il procède immédiatement ; à défaut de ceux-là et, graduellement, vis-à-vis de ceux de qui il tire son origine ; à défaut des uns et des autres, de la collectivité sociale.

Après avoir ainsi établi, d'après la loi naturelle, le droit absolu de l'enfant à un état, le même auteur s'indigne de voir la loi positive refuser sa sanction à ce droit primordial.

« Est-ce que la justice sociale n'est pas violée si un seul homme n'a pas son droit, son droit complet dans la famille, son droit complet dans la cité ? Qu'est-ce donc si ce sont des milliers ? Ne le serait-elle pas si l'enfant qui pour vivre et se développer, ne peut se passer ni de son père, ni de sa mère, est dépouillé de la liberté de rechercher son père ou sa mère ? Ne le sera-t-elle pas si le devoir qui s'impose à l'un comme à l'autre n'oblige par le fait de la loi que l'un d'eux ? »

Dans un autre passage de son livre, M. Accolas développe avec éclat la maxime de Loiseau : « Qui fait l'enfant doit le nourrir (1). »

1. *Les enfants naturels*. Bibl. démoc. p. 59.



« Quoi ! nous sommes les ministres de ce grand acte qui tire du néant un être humain, qui le met en face du mystère de la vie et de l'abîme de la mort, nous lui imposons l'existence, c'est par nous qu'il s'abreuvera à la coupe des longues amertumes, et nous pourrions, cyniques violateurs du droit le plus sacré, souvent après avoir flétri la mère, dire à l'enfant : « Va devant toi, pauvre être indigent, deviens ce que voudra le destin ; souffre le mal de la vie, dès les premiers jours de ta naissance ; succombe même, germe divin où sommeillait peut-être une âme d'or, prosterne-toi sous la misère, sous le crime, sous une mort anticipée : entre celui qui donne l'être et celui qui subit ce don, rien n'est commun (1). »

Entre le fougueux jurisconsulte à qui j'emprunte ces lignes, et les auteurs très rassis du projet de loi officiel, il n'y a qu'une différence de ton ; au fond, la conclusion est identique. On peut en juger par ces paroles des honorables promoteurs de la réforme.

« Ce qui frappe d'abord l'esprit, c'est la contradiction que l'article 340 inflige aux principes sur lesquels reposent les principales assises des lois modernes. Contradiction avec le droit naturel, les devoirs de la conscience et de l'honneur, négation de la responsabilité au profit de l'auteur du plus sensible et du plus dommageable préjudice. »

Dans le même sens, s'exprimait un de nos maîtres du

1. Accolas. *op. cit.* p. 49.

2. Projet de loi du Sénat. p. 22, 23.

barreau, ancien bâtonnier de l'ordre, le regretté M. Marie.

« Absoudre un coupable sous prétexte qu'il y aurait quelques inconvénients ou même quelques dangers à rechercher son délit ou son crime, c'est de la lâcheté, ce n'est pas de la justice : et si un intérêt quelconque doit en souffrir, ce n'est pas seulement de la lâcheté, c'est un crime social. Or, ce principe est absolu : la recherche de la paternité est interdite, me paraît devoir être classé dans cette catégorie (1). »

Jules Favre tranchait la question avec ce ton incisif dont il avait la spécialité :

« S'il est une loi qui m'a paru la honte de la civilisation, c'est celle qui interdit la recherche de la paternité, qui met ainsi le sexe le plus faible à la discrétion du plus fort, et qui permet à l'homme de chasser celle qu'il a séduite avec le fruit de ses entrailles (2). »

Ces témoignages de simples avocats paraissent-ils suspects ? en veut-on de plus désintéressés ? je n'ai que l'embarras du choix : romanciers, journalistes, auteurs dramatiques tous me fournissent des citations à foison ; tous sont amenés par le raisonnement *a priori* à une seule et même conclusion, à savoir que la loi est inique.

Écoutons d'abord M. Alexandre Weill (3) qui traite la question au point de vue des principes de 89 : « Avant la Révolution, dit l'éminent publiciste, le séducteur n'était pas

1. Le *Livre des femmes*, bibl. démoc. p. 128, 129.

2. Le journal *le Droit*, 26 mars 1864.

3. Alexandre Weill. *Que deviendront nos filles ?*

au-dessus de la loi... Depuis la proclamation de l'*égalité* la femme seule subit les atteintes de la loi. L'homme par son privilège sans nom lui échappe. » Et plus loin il s'écrie avec indignation : « Celui qui a inventé cette sentence : *La recherche de la paternité n'est pas permise*, a commis un crime de lèse-justice et de humanité. »

M. Assolant (1) dénonce également l'injustice de la loi. « Toute femme assurément est responsable de sa chute, mais est-elle seule responsable ? La loi française qui n'impose aucun devoir à l'homme est-elle juste et humaine ?

Quant à M. Dumas fils (2), il assimile aux voleurs et aux assassins, les pères qui se retranchent derrière l'article 340.

« Moi je trouve que celui qui met au monde un fils sans lui assurer les moyens matériels, moraux et sociaux de vivre, sans se reconnaître responsable enfin de tous les dégâts consécutifs, est un malfaiteur qu'il faut classer parmi les voleurs et les assassins. »

Dans un autre ouvrage, M. Dumas revient encore sur sa comparaison favorite entre le voleur et le père qui abandonne son enfant.

« Le jour où la société déclarera que l'honneur d'une femme et la vie d'un enfant sont des valeurs comme une douzaine de couverts ou un rouleau d'or, les hommes les regarderont à travers les vitres sans oser les prendre, et

1. Assolant. *Le droit des femmes*.

2. Dumas fils. *Préface du fils naturel*.



l'idée leur viendra de les acquérir et non de les voler. Au lieu de déshonorer les filles, on les épousera ; au lieu d'en faire des victimes, on en fera des alliées. De la condescendance des lois naît la facilité des mœurs. »

Il est temps de couper court à ces citations : je n'en finirais pas si je voulais donner la parole à tous les logiciens qui, abstraction faite de toute question de sentiment, ont établi *a priori* que la théorie de l'article 340 est insoutenable au point de vue de l'idée du juste.

A cela que répond le législateur ? Il s'abrite derrière l'utile, il invoque la raison d'état. La loi positive, dit-il, n'étant que la combinaison du juste avec l'utile peut, en vue d'un grand intérêt social, sacrifier quelques intérêts particuliers.

Soit ! je veux bien accepter la discussion sur ce nouveau terrain. Traitons donc la question en fait après l'avoir résolue en droit. Examinons ce que la société moderne a gagné à la prohibition de la recherche de la paternité.

## II. — *Démonstration par l'intérêt social.*

Certes, loin de moi le plus léger soupçon sur les bonnes intentions des législateurs de 1803 : assurément l'esprit de réaction ne leur a point seul inspiré l'article 340 ; de bonne foi ils ont cru édicter le meilleur article du Code en vue de la meilleure des sociétés possibles. Ont-ils réussi ? Voilà ce que nous allons examiner. Après une expérience de



quatre-vingts années, on peut, sans présomption, juger leur œuvre aux fruits qu'elle a portés.

Afin de ne point précipiter mon jugement, j'ai tenu à m'entourer de tous les documents fournis par la pratique. Je me suis adressé tour à tour aux moralistes, aux hommes d'État, aux économistes, aux chefs de manufactures, aux sommités de la science médicale. Or, ce qui m'a le plus frappé dans ce travail de recherches, c'est l'ensemble et la précision avec lesquels chaque spécialiste dénonce l'article 340 comme la cause principale des désordres qu'il constate. En veut-on la preuve ? Qu'on étudie avec moi la prohibition de la recherche de la paternité dans son influence sur la morale publique, sur la sécurité sociale, sur la population.

1° *La morale publique et l'article 340.* — Dans toute société deux éléments concourent à la dépravation des mœurs : l'homme et la femme. Pour quelle part chacun y contribue-t-il ? La femme considérée comme agent corrompateur est-elle aussi dangereuse, est-elle plus dangereuse que l'homme ? Voilà une question préalable que doit résoudre le législateur en quête des institutions les plus efficaces pour le maintien des bonnes mœurs. Or, sur ce point la théorie des rédacteurs du Code n'est pas douteuse. A leurs yeux, la femme exerce une action démoralisatrice plus puissante que celle de l'homme. « La loi, disait le tribun Lahary, a voulu mettre un frein à la perversité des femmes flétries et éhontées. »

Il n'est pas étonnant que la loi aboutisse à des conséquences désastreuses puisqu'elle part d'un principe aussi

manifestement contraire à la réalité des choses. L'absurdité de cette majeure saute aux yeux de quiconque a la moindre expérience de la vie. « Il serait faux et inexact, dit le père Toulemont, de prétendre que l'attaque vient surtout de la femme. Aux yeux de tout homme sincère, la séduction s'exerce mille fois plus de l'homme sur la femme que de la femme sur l'homme. »

C'est là une vérité d'expérience sur laquelle il est, je crois, superflu d'insister. De l'avis de toutes les personnes compétentes, moralistes, juges, confesseurs, chefs d'ateliers, c'est à l'homme que revient quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent l'initiative de la séduction. L'extrême réserve à laquelle l'éducation française assujettit la femme dans les divers actes de la vie sociale rend son influence démoralisatrice à peu près nulle si on la compare à celle de l'homme. Or, qu'a fait l'article 340 devant cette inégalité d'action ? C'est encore le père Toulemont qui va nous l'apprendre.

« La loi actuelle semble agir d'une certaine manière sur le sexe féminin pour le détourner de se laisser séduire, mais en réalité, elle ne fait que l'exposer davantage à ce péril, parce qu'en assurant l'impunité à l'autre sexe, elle l'invite en quelque sorte et le provoque à séduire. C'est-à-dire, qu'en présence de deux forces qui concourent très-inégalement à la séduction, la loi au lieu de contenir, de réprimer la plus puissante et la plus fouguese, lui vient en aide et lui communique une impulsion nouvelle (1). »

1. *Études religieuses, philosophiques, historiques et littéraires.*  
Février 1874

Jamais critique de la loi ne fut mieux justifiée par l'observation des faits « Tous les penseurs qui percent cette légère couche de décence dont la police entoure notre société, reculent épouvantés comme s'ils pénétraient dans un vaste lupanar. Economistes, statisticiens, tous n'ont qu'un cri ; il semble qu'ils aient entrevu Sodome ! la dépravation y apparaît sous toutes ses formes, patentée, clandestine, intermittente. Des manufacturiers séduisent leurs travailleuses, des chefs d'ateliers chassent les filles qui ne veulent pas s'abandonner à eux, des maîtres corrompent leurs servantes... En face de tels excès, où donc les législateurs trouvent-ils le courage de leur silence ou de leur incurie ? Avec quels arguments apaisent-ils leur conscience ? Ils s'appuient, qui le croirait ? sur une règle d'ordre public : *La recherche de la paternité est interdite* (1). »

Les auteurs du projet officiel ne sont pas moins prompts à dénoncer l'article 340 comme un des principaux agents de notre démoralisation.

Voici comment s'expriment les honorables sénateurs dès le début de leur exposé des motifs.

« C'est une vérité douloureuse mais que l'évidence des faits et la multiplicité des témoignages ne permettent plus de contester que le dérèglement des mœurs a fait en France depuis le commencement de ce siècle les plus inquiétants et les plus rapides progrès (2). »

Suit à l'appui de ce dire une longue série de citations

1. Legouvé. *Histoire morale des femmes*. Séduction.

2. Projet du Sénat, p. 5.



d'auteurs contemporains ; ici, c'est M. Le Play qui nous affirme « que la séduction est devenue en quelque sorte le trait habituel de nos mœurs privées », plus loin c'est un éminent industriel, M. Devinck, qui nous apprend que « le quart des ouvriers de Paris vit en dehors du mariage. » Là, nous relevons cette curieuse remarque de M. Jules Simon : « L'ouvrier de Paris fait de la débauche par système. Il a des objections de sophiste contre le mariage. L'habitude de vivre en concubinage se propage de plus en plus chaque année dans la population des faubourgs, etc. »

Et cette abondance de documents conduit les auteurs du projet à se demander si « en présence d'une telle recrudescence de mauvaises mœurs il n'existe pas parmi les lois qui, au commencement de ce siècle, ont reconstitué l'organisation civile de la famille et réglé les conséquences des rapports entre les sexes quelques dispositions propres à les provoquer (1). »

La question n'est pas nouvelle. Une foule d'auteurs l'avaient déjà posée et résolue. De toute part on avait vu dans l'article 340 la brèche par laquelle les mauvaises mœurs sont entrées dans notre société.

N'ai-je pas cité plus haut cette parole de M. Alexandre Weill : « L'article 340 est un crime de lèse-justice et de lèse-humanité qui n'a pas peu contribué à la dépravation des mœurs. »

Depuis lors que de témoignages sont venus grossir notre dossier !

1. Légouvé. *Hist. Morale des femmes*, p. 70 71.

« La cause principale de ce triste progrès dans la débauche, dit un économiste, doit être surtout imputée à l'encouragement donné par la loi à l'inconduite et la déloyauté masculines. »

« Vous protégez les vices des jeunes hommes, s'écrie une éloquente étrangère, vous augmentez l'immoralité de la France que toutes les nations regardent comme la *grande débauchée du monde* (1). »

Les rédacteurs du Code ont voulu « mettre un frein à la perversité des femmes », ils ont voulu protéger la pudeur publique contre le scandale des procès en séduction ; eh bien, qu'ils jugent leur œuvre à ses fruits ! Voici le bilan de la loi dressé par un statisticien (2). Rien n'est brutal comme un chiffre.

« Vingt-huit mille enfants naturels de plus par an, voilà ce que la moralité publique a gagné aux sévérités pudibondes des chastes auteurs du Code civil, voilà à quel prix la loi a obtenu le silence des filles séduites. »

Le Code n'a pas voulu accorder une prime à la débauche, nous dit-on, et c'est pour cela qu'il n'accorde point à la fille coupable une action judiciaire contre son séducteur.

« Une prime à la débauche ! reprend M. Legouvé, mais quelle prime plus honteuse, plus énorme, pouvez-vous lui accorder que cette impunité même laissée à l'homme ? Quoi vous ne voyez pas qu'en désarmant la jeune fille, vous

1. Lecour. *La campagne contre la préfecture de police*. Lettre de Mme Butler.

2. *Journal des économistes*. Janvier 1879, p. 32.

armez le séducteur ! Vous ne voyez pas qu'en ajoutant à toutes ses ressources de richesse, d'adresse, d'ardeur sensuelle, d'ardeur vaniteuse, la sanction de votre acquittement, vous vous faites vous-même son intermédiaire et son complice et que vous démoralisez la conscience publique (1) ! »

Si l'on conteste la valeur juridique de ces divers témoignages, qu'il nous soit permis de recourir à l'autorité si grave, si universellement reconnue de notre illustre et regretté maître M. Valette (2).

« La règle de l'article 340 ne peut avoir aucune influence pour détourner du commerce illicite. *Bien loin de là, cette règle doit avoir, comme l'expérience le prouve, un résultat entièrement opposé.* En effet l'homme qui a un enfant naturel sait très bien qu'il dépend de lui et qu'il lui sera facile quand bon lui semblera de reconnaître son enfant, et que en attendant il peut vivre dans une sécurité parfaite sans avoir à craindre, comme autrefois en France et comme aujourd'hui même dans plusieurs autres pays de l'Europe, un procès en recherche de paternité. »

2° *La sécurité sociale et l'article 340.* — C'est de ce chef que les incriminations relevées à la charge de l'article 340 sont les plus nombreuses et les plus alarmantes. Prostitution, vol, assassinat, infanticide, avortement, suicide, voilà l'acte d'accusation de l'article 340 dressé de la main des spécialistes ; voilà la sinistre perspective qui

1. *Histoire morale des femmes*, p. 71.

2. Valette sur Proudhon. *État des personnes*, t. II, p. 131.



s'offre à la fille enceinte abandonnée par son séducteur et repoussée par la loi. Dans l'impasse terrible où elle se trouve, écrasée sous le mépris public, chassée de l'atelier où elle gagnait son pain, revenue de ses rêves d'avenir, elle s'excite à la haine contre trois grands ennemis : la société qui la flétrit, l'amant qui la délaisse sans autre motif que sa grossesse, l'enfant qui est la cause inconsciente des tortures passées et des privations futures. Alors la pensée du crime s'offre à la malheureuse, et dans sa rage elle se retourne tantôt contre la société, tantôt contre le séducteur, tantôt contre l'enfant, tantôt contre elle-même.

Dépouillons ici encore le volumineux dossier dû aux observations des philanthropes, des criminalistes, des médecins.

« Il n'est pas une seule femme, s'écrie Mlle J. Mallet, qui ne soit arrivée au crime par la séduction. Quand les victimes de ces odieuses spéculations se voient abandonnées et flétries, quand leurs séducteurs ne sont plus là pour fournir à tous leurs besoins, la paresse et les habitudes du luxe qu'elles ont contractées ne servent qu'à les pousser plus avant dans l'abîme, et de *vicieuses qu'elles étaient, presque toujours elles deviennent criminelles* (1). »

Telle est la synthèse du sujet faite par une des personnes qui ont le mieux étudié la gradation qui mène les femmes de la débauche au crime. Entrons maintenant dans l'analyse, écoutons l'avertissement des hommes spéciaux :

« Loin de diminuer, dit le Dr Brochard, les avortements

1. Mlle J. Mallet. *Les femmes en prison*, p. 110.



et les infanticides augmentent chaque jour en France. Leur fréquence et l'impunité qui les protège sont même telles, que le médecin se demande avec effroi si, pour certaine partie de la population, *ce sont encore des crimes, si ce ne sont pas plutôt des habitudes sociales.* »

Et après avoir constaté ce mal devant lequel son art est impuissant, le savant docteur conclut en demandant un remède au législateur.

« Sans me dissimuler toutes les difficultés que soulève cette question, je me bornerai à dire que la recherche de la paternité serait un frein moral qui empêcherait un grand nombre d'infanticides et qui préviendrait peut-être bien des suicides (1). »

Le suicide est, en effet, un des plus fréquents dénouements de la séduction.

« Parfois, dit M. Jonnesco, il arrive qu'après avoir donné la mort à son nouveau-né, la fille-mère n'a plus la force de supporter elle-même la vie et double son crime sous prétexte de le réparer. »

Le passage que j'ai consacré aux *femmes qui tuent* dans mon étude de la jurisprudence criminelle me dispense de revenir sur ce triste sujet. Je me borne à rappeler que la tendance du jury aux acquittements accroît chaque année le nombre de ces *exécutrices* qui demandent au vitriol, au revolver ou au couteau, la réparation que les lois civiles n'ont pu leur accorder. Je trouve d'ailleurs dans le livre

1. Dr Brochard. *De l'allaitement maternel*, p. 168 et 174.

2. Jonnesco. *Recherche de la filiation naturelle*, p. 270.

de M. Jonnesco un saisissant tableau du dernier procès de ce genre qui s'est présenté devant la Cour d'assises de Paris.

« Pendant tous ces débats le public a pris fait et cause pour la femme ; les journaux ne cachaient pas leurs préférences et ne se faisaient aucun scrupule pour demander l'acquittement. A la séance, quand le séducteur encore convalescent par suite de ses blessures parut comme témoin et affirma qu'il s'était conduit en « galant homme », le public, oubliant même le respect dû à la justice, ne put s'empêcher de murmurer et de montrer tout son dégoût, toute sa haine contre un homme qui avait violé sa parole et n'avait pas eu des entrailles de père. Ce fut la victime qui reçut toutes les injures, et l'assassin, c'est-à-dire la femme séduite, qui eut tous les honneurs. Et quand enfin le jury déclara que la femme qui avait voulu tuer son amant n'était pas coupable, on fit une vraie ovation à cette femme, on la porta presque en triomphe. Un pareil spectacle est fait pour attrister les amis de la justice. »

Mais ce n'est là encore qu'un côté de la question. Aux attentats des filles-mères, il faut ajouter le danger bien plus grand que fait courir à la sécurité des personnes, des biens et de l'État, cette masse toujours croissante d'enfants naturels livrés de bonne heure à toutes les excitations de la misère, de l'envie, de la haine et de la corruption.

« C'est dans les rangs de ces déshérités de la vie, nous dit M. Ad. Blaise, que se recrute en grande partie l'armée occulte des malfaiteurs (1). »

1. *Journal des Économistes*, janvier 1879.

« Parmi les voleurs, les assassins et les prostituées, ajoute M. Jonnesco, les enfants naturels se trouvent dans une disproportion saillante avec leur nombre total » (1).

« On frémit d'épouvante, s'écrient M. Bérenger et ses collègues, en interrogeant le mystère de leur vie.... Comment s'étonner que bien qu'il ne représente qu'un vingt-quatrième de la population, l'enfant naturel soit le principal élément du recrutement de la prostitution, du crime, des désordres publics et des industries équivoques? et qui pourrait dire ce qui fermente de haine contre la société dans un pareil milieu ! »

« N'y a-t-il pas là, affirme M. Lacointa, avocat général à la Cour de cassation, une des causes indéniables de notre décadence, des malheurs publics, des plus épouvantables désastres (2). »

3° *La population et l'article 340.* — On vient de voir combien l'article 340 nuit à la *qualité* de la population, mais ce n'est pas tout, il exerce de plus une déplorable influence sur son *chiffre* déjà si restreint. A en croire les démographes, ce ne sont ni les guerres, ni les épidémies, ni la stérilité systématique du mariage qui constituent le principal obstacle à l'accroissement de la population, c'est la prohibition de la recherche de la paternité.

De l'abandon des filles-mères résulte, au dire des médecins spécialistes, la disproportion effrayante entre le nom-

1. *Op. cit.*, p. 265.

2. Projet du Sénat, p. 8.



bre des mort-nés enfants naturels, et celui des mort-nés enfants légitimes. Les fausses couches sont deux fois plus nombreuses chez les filles abandonnées que chez les femmes mariées.

« Nul doute, dit M. Ad. Blaise, ne peut s'élever sur les causes de cette affligeante différence, nul doute que la misère de la mère abandonnée à la fin de sa grossesse, que les mauvais conseils de la honte et les égarements du désespoir ne soient pour beaucoup dans des accidents si nombreux, si fréquemment criminels et qui coûtent la vie à plus de 2.000 enfants par an (1). »

Quand les enfants naturels naissent viables, ils ont encore à lutter contre les périls de la première année.

« Cette première année si funeste pour tous les enfants est surtout fatale aux enfants naturels. Tandis que pour les enfants légitimes, la part des décès de la première année est de 16 pour 100, elle s'élève à 32 pour 100 sur les enfants naturels, près du double, ce qui enlève annuellement plus de 10.000 enfants qui, s'ils eussent été conservés à ce moment et soumis seulement aux lois ordinaires de la mortalité, auraient pu fournir à l'âge de vingt ans un appoint d'au moins 5.000 adultes à la population de la France dont l'accroissement est si lent. »

Et le savant économiste dont je résume le travail conclut en ces termes :

« Si l'interdiction légale de la recherche de la paternité

1. *Journal des économistes*, janvier 1879, p. 34.

de ces enfants n'est pas la cause unique du mal profond dont nous venons de constater les ravages, elle en est du moins *la cause principale* et il n'y a pas lieu de s'étonner dès lors, que cette disposition soit depuis longtemps le sujet des plaintes et des réclamations des hommes de volonté qui se préoccupent à un titre quelconque des questions sociales. »

Même sentiment chez le P. Toulemont dont j'ai déjà cité à plusieurs reprises la remarquable étude.

« La loi devient responsable de tous les désordres sociaux qui naissent de ce lamentable état de choses : le *progrès normal de la population arrêté dans son essor*, la vie nationale profondément atteinte, les facultés productives du travail amoindries, les familles flétries et désorganisées, l'opinion et le sentiment public de plus en plus faussés et pervertis, les éléments de haine et de discorde civile qui s'amassent de jour en jour plus nombreux et plus menaçants dans les entrailles de la société. Certes ou bien il faut répudier la raison et le bon sens, ou bien il faut dire que cette loi est inique, anti-sociale, et que, par conséquent, elle doit être abolie sans retard (1).

Les arguments que j'ai fait valoir jusqu'ici à l'appui du principe de la recherche de la paternité procèdent, si l'on s'en souvient, de deux idées capitales : l'idée du juste et l'idée de l'utile. Le double raisonnement que j'ai fait à ces deux points de vue pourrait à la rigueur suffire à ma

1. *Études religieuses, philosophiques, historiques et littéraires.*  
Févr. 1874.

démonstration, mais il est un autre argument non moins puissant et dont je n'entends pas me priver, c'est celui qui se dégage de l'étude des législations étrangères.

### III. — *Démonstration par l'étude des législations étrangères.*

L'arbitraire des jugements, la prime accordée à la débauche des femmes, le chantage et le scandale, l'empiétement sur la liberté individuelle, le trouble jeté dans la conscience publique, le cri général de l'ancien régime, voilà les grands arguments des adversaires de la recherche de la paternité. Nul d'entre eux ne se fait scrupule d'agiter cette série d'objections en guise d'épouvantail, devant les « perturbateurs » qui osent demander la suppression ou la modification de l'article 340. A les entendre, cet article est une règle d'ordre public sans laquelle les sociétés modernes ne sauraient subsister. Or, qu'arrive-t-il ? c'est que la recherche de la paternité telle qu'elle était réglementée par notre ancien droit est, aujourd'hui encore, de pratique constante dans la grande majorité des peuples de l'Europe.

1° En *Angleterre*, le serment de la fille-mère a été longtemps considéré comme une preuve suffisante de la paternité naturelle, mais depuis l'année 1835, ce serment doit être confirmé, tantôt par celui de la nourrice, des médecins ou des témoins, tantôt par les aveux contenus dans



les lettres du séducteur. En d'autres termes, la fille ne peut réussir qu'à charge de prouver d'une manière sérieuse sa cohabitation avec le prétendu père. Ce dernier est d'ailleurs renvoyé des fins de la plainte dès qu'il a opposé et justifié l'exception *plurium constupratorum*.

2° Même situation en *Autriche* où le Code porte un article ainsi conçu :

« Est présumé père de l'enfant celui qui, suivant le mode établi par les lois sur la procédure, est convaincu d'avoir cohabité avec la mère d'un enfant, pendant les sept mois au moins et les dix mois au plus qui ont précédé le moment de l'accouchement. »

3° Dans les divers États de l'*Empire d'Allemagne*, la recherche de la paternité naturelle est admise sur la plus large échelle.

La Prusse, en promulguant la loi du 24 avril 1854, n'a pas, comme on l'a prétendu, interdit la recherche de la paternité, elle s'est bornée à faire disparaître les facilités abusives que le Code de 1794 accordait au tuteur de l'enfant naturel, dans l'exercice de cette action. En somme, le système de la législation actuelle me paraît identique à celui des lois anglaises et du Code autrichien.

Dans le Grand-Duché de Bade, les recherches de paternité sont régies par l'article 340 de notre Code, modifié de la manière suivante :

« Pourra être déclaré père de l'enfant : 1° celui qui aura entretenu la mère de l'enfant ; 2° celui qui, occasionnellement, sera convaincu d'avoir cohabité avec la mère,



ou qui aura volontairement avoué sa paternité ; 3° celui qui se sera rendu coupable d'un viol sur elle, à l'époque correspondante à la conception de l'enfant. »

De tous les pays du monde, la Bavière est peut-être le plus favorable à la recherche de la paternité. D'une part, le Code de 1756 pose, en matière de preuve, la règle générale suivante : « Toutes les preuves sont admises pour établir la paternité, la filiation et la parenté naturelles. » D'autre part, la jurisprudence, dit-on, n'a pas encore renoncé au système des *pères solidaires* que nous avons vu régner à l'état d'aberration, dans le ressort de certains parlements français. Elle permet tout au moins à la femme qui cohabitait avec plusieurs hommes, lors de la conception, de choisir librement parmi eux, celui qu'elle veut donner pour père à l'enfant.

Sans aller aussi loin, la Saxe et le Wurtemberg autorisent la recherche de la paternité dans les limites du droit commun, c'est-à-dire avec la charge de la preuve pour la femme et la ressource de l'exception *plurium constupratorum* pour l'homme.

4° De même en Hongrie, la recherche de la paternité est admise conformément au droit commun germanique. La femme établit la cohabitation par l'aveu, l'écrit, le témoignage, le serment. Or, comme l'écrivait à M. Jonnesco, un jurisconsulte du pays : « Cette grande facilité de preuves, n'a jamais entraîné d'abus, et personne, en Hongrie, ne critique ce système. »

5° En Espagne, l'absence de codification donne une im-

portance capitale aux décisions de la Cour suprême. Or, voici en quels termes un commentateur espagnol exprime l'état de la jurisprudence :

« La qualité de fils naturel doit être établie nécessairement dans la reconnaissance du père, spontanée ou légalement prouvée ; ou, dans le cas d'omission ou de résistance, par un jugement solennel qui la déclare. »

Un autre auteur lève tous nos doutes sur ce point en énonçant la proposition suivante :

« On doit être tenu pour père naturel d'un fils, si on l'a eu d'une concubine ou femme entretenue chez soi (1). »

6° Des textes formels ou des coutumes autorisent encore la recherche de la paternité en Portugal, en Suède, en Norvège, dans les Iles Ioniennes et dans divers cantons de la Suisse. Les cantons de Bâle, de Berne et de Zurich renchérissement même sur la facilité de l'ancien droit français.

7° Le silence de la loi Russe sur notre matière et l'absence totale de renseignements sur les pratiques de la jurisprudence, nous laissent indécis sur la question de savoir si la Russie admet ou rejette la recherche de la paternité naturelle. Ce qu'il y a de certain c'est qu'elle punit le séducteur d'un emprisonnement correctionnel plus ou moins long suivant qu'il a employé ou non la promesse de mariage.

Restent donc parmi les pays de l'Europe qui ont adopté le système français, la Belgique, la Hollande, la Serbie, les cantons de Genève, de Neuchâtel, du Tessin et enfin

1. Ernest Lehr. *Éléments du droit civil espagnol*, p. 2-12.

la Roumanie (1) où le principe subit d'ailleurs les mêmes attaques qu'en France. Somme toute, une infime minorité.

En résumé, parmi les nations qui vivent sous le régime de la recherche de la paternité, on peut citer en toute certitude l'Angleterre, l'Autriche-Hongrie, l'Empire d'Allemagne, le Portugal, l'Espagne, la Suède, la Norwège et la plupart des cantons suisses. Je pourrais ajouter à cette liste les États-Unis d'Amérique, mais je ne tiens pas à me prévaloir de cet appoint, de crainte qu'on ne m'oppose la différence de mœurs plus ou moins réelle qui distingue le Nouveau-Monde de l'Ancien.

J'arrive maintenant à mon argumentation et je me demande en quoi ces peuples sont plus déshérités que nous sous le rapport matériel et moral. La corruption est-elle plus grande à l'étranger qu'en France? Ce n'est guère probable puisque la moyenne des naissances illégitimes, seul criterium possible, n'y est pas supérieure. L'ordre public y est-il plus profondément troublé? Pas davantage, car parmi les pays dont il s'agit, figurent les plus prospères et les plus puissants de l'Europe. Les justiciables y poussent-ils un cri général contre la recherche de la paternité? Au contraire, la règle paraît excellente à tout le monde et nul n'en demande la suppression (2).

1. Le livre de M. Jonnesco que j'ai si souvent cité contient une étude très-complète de la législation étrangère et surtout de la législation roumaine en matière de filiation naturelle. On peut également consulter sur ce point l'ouvrage de M. Baret.

2. M. Jonnesco qui a pris la peine de correspondre avec plusieurs juris-



Devant ces considérations si graves, si concluantes, les défenseurs de l'article 340 vont sans doute se mettre en frais d'arguments? En aucune façon! une simple citation de Montesquieu leur suffit :

« Les lois, dit le Maître, doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. »

Certes, je suis tout le premier à vénérer Montesquieu, mais je ne pousse pourtant pas le respect du *magister dixit* jusqu'à penser que l'opinion d'un théoricien, si célèbre qu'il soit, suffise pour trancher péremptoirement une question de fait comme celle dont je m'occupe.

De l'avis des gens experts en matière de droit comparé, la différence morale qui, au XVIII<sup>e</sup> siècle, subsistait encore entre les divers peuples de l'Europe s'efface insensiblement devant l'égalité de civilisation. De cette égalité, aujourd'hui évidente, résulte une tendance non moins manifeste à l'unité de législation.

Rien ne le prouve mieux que l'extrême facilité avec laquelle certains peuples, très-différents, d'ailleurs, d'origine et de climat, se sont assimilés au commencement de ce siècle la plupart des dispositions de notre Code civil. J'estime donc que l'argument d'analogie est parfaitement de mise dans notre sujet, et je ne crois pas m'avancer beaucoup en soutenant que la recherche de la paternité, institution toute d'équité et de droit naturel, ne répugne au génie d'aucun

consultes étrangers, constate sur ce point l'unanimité de leurs réponses  
*Op. cit.*, p. 327-392.

peuple chrétien et civilisé. Je pense même qu'il n'y a aucun danger à aller plus loin et à déclarer avec M. Béranger et ses collègues que la règle opposée « est en contradiction flagrante avec la conscience du genre humain. »

---

# LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

DEVANT LE SÉNAT

---

ÉTUDE DU PROJET DÉPOSÉ PAR M. BÉRENGER

Et MM. de BELCASTEL, FOUCHER DE CAREIL ET SCHÆLCHER, sénateurs.

---

## I. — *Le mouvement d'idées autour du projet.*

Ce n'est pas un fait récent que l'hostilité de la doctrine à l'égard de la prohibition de la recherche de la paternité. Depuis quelques années déjà le progrès des naissances illégitimes, le revirement de la jurisprudence en faveur des filles-mères, l'étude plus approfondie du droit ancien et des législations étrangères avaient attiré sur cette disposition du Code les critiques acerbes d'un certain nombre de jurisconsultes et de publicistes. Aujourd'hui la crise touche à l'état aigu, les attaques se multiplient et l'article 340 sert de point central aux plus vives controverses. Dans les deux camps la discussion s'envenime ; on s'accuse réciproquement d'immoralité ou d'égoïsme. — Vous êtes, disent les uns, les protecteurs des filles galantes. — Votre principe,



ripostent les autres, est un crime de lèse-justice et de lèse-humanité.

Cet échange d'aménités n'est pas très-juridique, mais il constitue un argument *sui generis* qui a bien son éloquence car il témoigne du moins de l'urgence qu'il y aurait à obtenir une solution. En attendant le bon plaisir du législateur, les documents s'entassent autour de la question qui, outre son grand intérêt moral présente tout l'attrait de l'actualité. C'est ainsi que nous avons vu paraître presque coup sur coup les ouvrages de MM. Accolas, Baret, Jacquier, Milet, Fochier, Jonnesco, etc. On peut classer ces auteurs en trois écoles : 1° l'école rationnelle où l'on ne voit que les principes et où l'on discute *a priori* ; 2° l'école sentimentale où, sous l'impulsion du cœur, on se prend de pitié tantôt pour la femme, tantôt pour l'enfant ; 3° l'école expérimentale dont les adhérents plus sensibles au chiffre qu'au sentiment s'inquiètent surtout du décroissement de la population. Mais si les procédés sont différents, la conclusion est unique : toutes les écoles constatent la nécessité d'une réforme, tous les auteurs couronnent leur ouvrage par la rédaction d'un projet de loi.

Dûs à l'initiative privée, ces projets ne présentent qu'un intérêt secondaire. Je les laisse donc de côté pour discuter plus à loisir la proposition officielle où ils sont résumés et sur laquelle se concentrent aujourd'hui toutes les polémiques.

Cette proposition dont M. Béranger est le principal auteur a été déposée sur le bureau du sénat le 16 février



1878. Dès le début le retentissement a été grand autour de la tentative de réforme, car la recherche de la paternité partagée avec le divorce l'honneur de passionner à la fois les jurisconsultes et les gens du monde. Nos célébrités féminines elles-mêmes quoique moins intéressées à cette question qu'à celle du divorce ne sont pas les moins ardentes à la discuter. On en a vu plus haut quelques exemples.

Ce que je tiens tout d'abord à constater c'est l'adhésion presque unanime de la presse parisienne. A part la *Gazette des Tribunaux* et le *Temps* qui ont fait entendre une note discordante, tous les journaux politiques ou littéraires ont accueilli avec faveur et défendu énergiquement le projet du Sénat.

### I. — *Idee générale du projet.*

L'idée autour de laquelle gravite le projet c'est l'admission de la recherche de la paternité au cas de séduction. Le principe sur lequel s'appuient les novateurs est tout différent de celui qui a servi de point de départ aux rédacteurs du Code civil. L'action démoralisatrice de la femme, l'obscurité des preuves, les procès téméraires, rien de tout cela ne les effraie. S'ils éprouvent quelque répulsion, c'est moins pour les plaideurs intrigants que pour les pères dénaturés. Mieux vaut, à leurs yeux, exposer à de désagréables révélations un homme de conduite suspecte que de réduire à la misère, de par la loi, un enfant innocent et

une fille lâchement abandonnée. Pour eux, comme pour Loiseau, « qui fait l'enfant doit le nourrir. » Ils veulent que la dette alimentaire imposée au père par la conscience et le droit naturel soit formellement sanctionnée par la loi positive. Pourquoi donc l'enfant, ce créancier intéressant entre tous, ne serait-il admis à poursuivre et à contraindre son créancier qui disparaît ?

Craint-on pour la sécurité des familles les tentatives de chantage ? on vous répond que les tribunaux sont là pour faire justice de la calomnie, et qu'au surplus le danger n'est pas si grand puisque la recherche de la paternité est restreinte au seul cas de séduction. Ainsi limitée, la nouvelle loi n'autorisera que les procès sérieux, nés de ces circonstances exceptionnelles qui caractérisent la séduction et dont la preuve peut être facilement administrée. On ne se dissimule pas que la découverte de la vérité demandera parfois de grands efforts de sagacité et de prudence judiciaires ; mais ce sont là des qualités familières à nos tribunaux qui ont déjà fait leurs preuves dans les actions en dommages-intérêts, et auxquels il n'est jamais arrivé de confondre de vulgaires intrigantes avec des filles séduites lâchement délaissées.

Mais, dit-on, ce mot de séduction est étranger à la langue du droit, il est mal défini, il prête à l'arbitraire.

Est-ce bien vrai ? Rappelons nos souvenirs et nous verrons que la jurisprudence a pour ainsi dire donné à la séduction droit de cité dans le langage juridique. Rien ne le prouve mieux que les arrêts sur lesquels j'ai raisonné. Tous

signalent avec ensemble la *promesse de mariage*, la *contrainte morale* et l'*abus du jeune âge* comme les indices les plus sûrs de ce quasi-délit. Or voilà une précision dont on ne peut que se réjouir et qui restreint d'autant le terrain de l'arbitraire. A la vérité, les procès intentés jusqu'ici par les filles séduites ne touchent pas à l'état de l'enfant, mais les débats auxquels ils donnent lieu sont au fond de véritables recherches de paternité. Et pourtant personne ne se plaint de cette procédure ; la société n'est pas troublée, la liberté individuelle n'est point en péril, les intrigants ne se donnent point carrière. M. Béranger et ses collègues veulent-ils rendre ces procès plus faciles et plus nombreux ?

Nullement ! leur but unique est de les rendre plus efficaces et plus moraux en ajoutant à l'intérêt pécuniaire seul en jeu jusqu'alors, l'intérêt beaucoup plus noble d'une revendication de paternité. On ne plaidera pas seulement pour avoir de l'argent, mais pour avoir un père.

A l'appui de cette idée générale M. Béranger et ses collègues résument dans un tableau saisissant les diverses considérations que j'ai développées tout au long dans la partie scientifique de ce livre. Ils insistent particulièrement sur l'urgence à remédier à la dépravation des mœurs, sur l'état de la jurisprudence au criminel et au civil, sur l'exemple si concluant des législations étrangères. C'est l'heure, disent-ils, de faire acte de justice tant en accordant à la femme et à l'enfant la protection due à leur faiblesse, qu'en réduisant les privilèges abusifs que la loi a prodigués à l'homme.



### III. — *Réfutation des objections.*

Cette démonstration terminée, les auteurs du projet se mettent en devoir de réfuter les objections classiques tirées soit du but moralisateur de l'article 340, soit de l'obscurité de la preuve, soit du scandale ou du chantage.

1° A propos du but soi-disant moralisateur de l'article 340 les sénateurs constatent combien étaient chimériques les espérances du tribun Lahary qui voyait dans cet article le plus sûr garant de la vertu des femmes.

« C'était une illusion, ajoutent-ils, de croire que pour prévenir le libertinage, il suffisait de menacer la femme seule de ses conséquences. L'innocence trompée ne peut sentir un frein que la confiance dans les promesses reçues ou l'aveuglement de la passion lui dissimule, et la dépravation trouve toujours trop d'attraits dans la débauche et trop de ressources avouables ou non, pour se débarrasser du fardeau qui l'incommode pour s'arrêter devant lui. »

L'objection que réfutent ici les honorables sénateurs a été présentée sous une forme des plus pittoresques par M. Zachariæ. D'après le spirituel auteur (parfois les jurisconsultes se dèrident) les femmes sont semblables à une forteresse bloquée par l'armée des séducteurs : la citadelle a une importance capitale et il faut que les assiégées la défendent avec une indomptable énergie. Or quoi de mieux pour les détourner de toute défaillance que de leur faire

entrevoir le sort affreux qui les attend en cas de capitulation.

Eh bien ! c'est là précisément ce que fait l'article 340 : il prévient les assiégées qu'il sera impitoyable pour celles qui auront entretenu des intelligences avec l'ennemi et par cela même il les détourne de toute idée de capitulation.

Puisque vous causez stratégie, je vous réponds que si vous attachez un si grand prix à la conservation de la place forte, vous n'avez qu'à en rendre l'attaque impossible en désarmant les assiégeants. Dans votre hypothèse c'est l'homme qui attaque et c'est la femme qui résiste, empêchez donc l'attaque sous peine d'être accusés de passer toujours du côté du plus fort.

2° Sur la *difficulté de la preuve*, le projet du Sénat répond que cet obstacle ne doit pas arrêter le législateur puisque d'une part l'article 339 donne à tout intéressé la faculté de contester la reconnaissance du père, c'est-à-dire d'établir le fait bien autrement mystérieux de la non-existence de la paternité, et que, d'un autre côté, l'article 762 accorde à l'enfant adultérin ou incestueux le droit de demander des aliments et, par conséquent, de prouver sa filiation.

Ce dernier argument ne vaut pas le premier.

En parlant des enfants adultérins et incestueux on oublie évidemment que leur filiation, loin de pouvoir être établie d'une façon normale au moyen d'une action par eux intentée, ne résulte jamais qu'accidentellement du juge-

ment rendu sur l'action en désaveu ou sur la demande en nullité de mariage.

Aussi les explications de nos honorables sénateurs ont-elles médiocrement satisfait le journal *Le Temps* qui a consacré au projet de loi une longue et remarquable étude dont M. Laferrière passe pour être l'auteur.

« Quand on aura prouvé, par écrit, par témoins ou autrement qu'il y a eu rapprochement à une époque déterminée, entre la mère et le père prétendu, il faudra encore prouver, pour que la paternité s'ensuive, que le séducteur n'a eu de rivaux, ni avant ni après ce rapprochement. Il faudra que le tribunal décerne un brevet de rosière à la fille-mère pour le temps qui a précédé la faute et un certificat de fidélité pour le temps qui l'a suivie. Qu'il y ait doute sur un de ces faits, et aussitôt, il y a doute, doute insoluble sur la question de paternité. Voilà donc les tribunaux appelés à vérifier non-seulement un fait de séduction, mais encore la conduite d'une fille pendant plusieurs mois, sa fidélité à son amant ; les voilà obligés de fouiller la conscience et le cœur de la fille-mère dans ses replis les plus intimes, obligés en un mot de cumuler les fonctions d'une cour de justice avec celles d'une cour d'amour » (1).

La critique du journal *Le Temps* quoique plus féconde en traits d'esprit qu'en arguments juridiques ne laisse pas d'indiquer un des points faibles de l'exposé des motifs.

Pour répondre à cette objection, qui est la seule sérieuse

1. *Le Temps*, n° du 7 septembre 1878.



de nos adversaires, il faut, à mon avis, se placer sur un terrain plus large et plus solide.

C'est une erreur de croire qu'un fait quelque mystérieux qu'il soit ne puisse être prouvé que par la preuve matérielle. Dans bien des cas, les circonstances du fait font naître dans l'esprit du juge une conviction morale qui équivaut à la certitude. C'est ce qui arrive notamment en matière criminelle où, à défaut de preuve directe et de témoins, l'ensemble des circonstances suffit pour entraîner la conviction du tribunal. Si les présomptions ont cette force lorsqu'il s'agit de l'honneur et de la vie des personnes, pourquoi la perdraient-elles devant le fait beaucoup moins grave d'une attribution de paternité ?

Au surplus, comme le faisait observer M. Beudant à son cours (1), le législateur lui-même applique, bon gré mal gré, cette théorie dans l'article 340. Il admet la déclaration de paternité dans le cas où l'enlèvement de la fille coïncide avec la conception de l'enfant. Sans doute cette coïncidence rend la paternité du ravisseur très-vraisemblable. La rend-elle certaine ? Loin de là ! la pratique des affaires nous a parfois montré des jeunes filles qui excelaient à se faire enlever par un deuxième séducteur après avoir cédé aux instances d'un premier.

La coïncidence de l'enlèvement avec la conception, on le voit par cet exemple, ne prouve donc pas la paternité : elle ne fait que la rendre vraisemblable. Et c'est précisément en prévision de cette hypothèse que l'article 340 ne

1. Cours de 1879.



dit pas : le ravisseur *sera*, mais : *pourra être* déclaré père de l'enfant, laissant ainsi au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'apprécier, d'après l'ensemble de la cause, si la coïncidence est probante ou ne l'est pas. Mais décider de la sorte, c'est dire forcément que la conviction du juge peut résulter non pas d'une preuve directe, mais d'un concours de circonstances, en un mot d'une simple présomption.

Or, la présomption de paternité que le législateur attache à la coïncidence de l'enlèvement avec la conception, est loin d'être aussi probante que celle qui résulte, par exemple, d'un concubinage prolongé et bien établi, auquel il n'a manqué que la sanction de l'officier de l'état-civil et qui se recommande par la fidélité de la femme et par la possession d'état des enfants. Dans cette hypothèse, si fréquente d'ailleurs parmi les populations des campagnes, la preuve de la paternité est bien plus facile que dans le cas d'un enlèvement. Et alors que devient le fameux motif qui sert de fondement à l'article 340 (1) ?

3° Après avoir écarté ces deux objections, les honorables sénateurs s'expliquent sur le reproche qu'on leur adresse de vouloir renouveler *les désordres de l'ancien droit*. Ce reproche ne les déconcerte pas : à leurs yeux, les inconvénients du régime ancien avaient uniquement leur source dans l'usage abusif de la maxime *virgini prægnanti creditur*. « La paternité, disent-ils, était prononcée sur la seule foi de la mère pourvu qu'elle eût fait serment au milieu des

1. MM. Beudant et Bufnoir, cours de 1879 et 1880.

douleurs de l'enfantement. Cette procédure anéantie, aucun inconvénient ne subsiste. »

La réponse des auteurs du projet est plus habile que conforme à la vérité historique. Ainsi que je crois l'avoir établi précédemment, c'est une erreur de présenter la maxime *virgini prægnanti creditur* comme entraînant attribution de paternité : elle avait trait à la provision et non au fond du procès. En lui donnant ce dernier sens, on prend le cas particulier pour la règle générale, on confond les décisions erronées de certains parlements avec la jurisprudence dominante du royaume. Cette distinction n'a peut-être pas échappé aux honorables sénateurs, mais ils ont sans doute voulu suivre le conseil de M. Baret. « Les partisans déclarés de la recherche, dit cet auteur, ont intérêt à présenter la maxime *virgini creditur* comme s'appliquant au fond du procès, car ils disent alors avec une grande force : la source des abus était dans la maxime ; ce que nous réclamons, c'est la recherche de la paternité dégagée de ce déplorable excès. »

Pour mon compte, je crois qu'on a beaucoup renchéri sur les abus de l'ancienne jurisprudence, et je ne puis m'empêcher de sourire lorsque Bigot-Préameneu nous montre la recherche de la paternité venant flétrir l'homme dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus (1).

« Il est certain au contraire, dit Delvincourt (1), que ces

1. Delvincourt, *Cours de Code civil*, p. 387.

sortes d'actions étaient presque toujours intentées contre des hommes de mœurs plus que douteuses et dont la conduite irrégulière donnait la plus grande probabilité à la demande. »

Quoi qu'il en soit, les abus ne sont pas à redouter avec l'unité de législation et la latitude que les principes modernes assurent aujourd'hui au débat judiciaire. La sagesse que l'on reconnaît aux tribunaux lorsqu'ils statuent sur la vie et l'honneur des personnes ne les abandonnera certes pas lorsqu'ils auront à se prononcer sur une mince question de paternité. D'ailleurs, les juges ont fait l'expérience du système dans les procès en dommages-intérêts, et personne ne leur reproche des décisions arbitraires.

Les auteurs du projet pouvaient donc s'en tenir à cette observation extrêmement juste au lieu d'entrer dans des développements historiques d'une exactitude contestable.

4° Vient ensuite l'objection du *scandale*. On nous accuse de vouloir démoraliser le public en lui jetant en pâture ces débats scandaleux dont il se montre si friand : « Non, répond le projet, car la jurisprudence, en autorisant avec raison la réclamation de dommages-intérêts les a de nouveau déchaînés. S'il y a danger, le danger existe actuellement et la modification de la loi que nous proposons n'y apportera rien. »

Sur ce, les défenseurs de l'article 340 triomphent : « Ah ! vous reconnaissez donc les dangers que cette jurisprudence occasionne ! Vous êtes satisfaits lorsque, sans chercher à écarter les dangers qui peuvent menacer la société et que



vous êtes les premiers à reconnaître, vous les laissez placidement persister en déclarant que vous n'y *ajoutez rien* (1). » Je voulais réfuter la répartie, mais je suis désarmé par cette candeur du polémiste qui, dans son désir de tout critiquer, prend au sérieux une phrase à laquelle ses auteurs ont attaché un sens ironique. C'est ce que prouve l'expression *prétendu danger* contenue dans la ligne qui fait suite et que l'on s'abstient de citer.

Ce déni de justice par crainte du scandale est peut-être l'argument qui a le plus révolté les auteurs.

« Absoudre un coupable sous prétexte de scandale, c'est de la lâcheté » disait M<sup>e</sup> Marie. « Le scandale est dans le crime et non dans la répression » ajoute un savant professeur (2). « Le scandale ô juste ciel ! s'écrie à son tour M. Accolas, c'est là qu'est l'abomination ; le scandale, éternel effroi de tous les cœurs pusillanimes, comme si la loi quand la justice commande doit reculer devant cette *ultima ratio* (3). » Enfin, comme le remarque M. Legouvé (4) chez qui je suis étonné de trouver un argument juridique : « Si on prohibe la recherche de la paternité, comme scandaleuse pourquoi donc alors autoriser la recherche de la maternité qui ne l'est pas moins ? » Et j'ajoute avec les auteurs du projet de loi, pourquoi autoriser les poursuites pour viol, inceste, adultère, proxénétisme, attentats aux

1. Coulet et Vaunois, *op. cit.*, p. 163.

2. *Revue catholique des institutions et du droit*, t. I p. 574. Laurent, professeur à la Faculté de Toulouse.

3. *Les enfants naturels*, p. 114. Bib. démoc.

4. L. gouvé, *Hist. morale des femmes*, p. 72.

mœurs, les procès en séparation de corps, en désaveu de paternité, en réclamation d'état ? « Ils fournissent cependant les uns et les autres une ample matière au scandale, au chantage et à la calomnie. »

Cette démonstration faite, M. Béranger et ses collègues pressés de conclure, condensent tous leurs arguments dans une page remarquable que je veux citer d'un bout à l'autre.

« Ce qui frappe tout d'abord l'esprit, c'est la contradiction que l'article 340 inflige aux principes sur lesquels reposent les principales assises des lois modernes. Contradiction avec le droit naturel, les devoirs de la conscience et de l'honneur ; négation de la responsabilité au profit de l'auteur du plus sensible et du plus dommageable préjudice.

« C'est ensuite l'inégalité entre les deux auteurs d'une faute commune et l'injustice qui rejette tout le fardeau sur celui qui est habituellement le moins coupable, qui est en même temps le plus faible et sur qui les conditions sociales font peser plus lourdement l'existence, injustice et inégalité qui justifient ces sévères paroles de M. Foucher de Careil :  
« N'ai-je pas le droit de dire à la vue de cette situation,  
« que je ne sais quel esprit guerrier et conquérant altère jusqu'à l'ordre et à l'harmonie de nos rapports civils, et que  
« notre législation enfin, composée avec celles des races germaniques et anglo-saxonnes paraît être celle d'un peuple  
« de soldats habitué à traiter la femme comme un butin fait  
« sur l'ennemi ? »

« Ce sont enfin ces conséquences indéniables : la femme considérée comme un instrument de plaisir, l'homme déli

vré de tout frein, le mariage délaissé, le dérèglement des mœurs encouragé, le nombre des enfants légitimes décroissant, celui des enfants naturels augmentant outre mesure et avec eux la multitude toujours menaçante pour la société des déclassés de tout sexe, prostituées, gens sans aveu, chevaliers d'industrie, car si les bonnes lois amènent les bonnes mœurs, les mauvaises lois ne sont qu'une source de mauvaises mœurs et de dangers publics. »

#### IV. — *Des précautions contre les abus possibles.*

Après l'éloquente justification qu'on vient de lire, M. Béranger et ses collègues, considérant par hypothèse le principe de la recherche comme admis, ne se préoccupent plus que de le préserver de tous les écueils qu'il pourrait rencontrer dans la pratique. Or, c'est là une tâche fort délicate. La recherche de la paternité a le privilège d'offusquer à tel point les esprits habitués à l'obscurité égoïste de l'article 340 qu'on ne peut jamais parler de la rétablir sans qu'aussitôt on ne vous jette à la face une foule d'abus passés, présents et futurs. Le projet que nous étudions en offre un exemple saisissant. Nos honorables sénateurs se sont donné un mal inouï pour inventer quelques mesures préventives de nature à mettre obstacle aux actions téméraires et aux velléités de chantage. Eh bien, le croirait-on ? ces efforts n'ont satisfait personne et, chose singulière ! dans les deux camps on a protesté. « Précaution inutile !



ont dit les partisans de la réforme ; pourquoi entraver une action aussi nécessaire, aussi juste ? » Précaution inutile ! ont répété les adversaires ; vous avez beau vous ingénier : vos prétendus palliatifs n'empêcheront aucun abus. »

Ces critiques sont-elles fondées ? C'est ce que nous allons voir, en étudiant une à une les diverses précautions imaginées par le projet :

1° *Commencement de preuve par écrit.* — Il faut mettre hors de cause une première mesure préventive dont nul ne conteste l'utilité puisqu'elle fonctionne déjà dans les recherches de filiation légitime et de maternité naturelle. Je veux parler de la précaution que prennent les sénateurs de subordonner la preuve par témoins à un commencement de preuve par écrit ou à l'existence de présomptions ou indices graves rendant vraisemblable la filiation réclamée.

Le commencement de preuve par écrit se fera à l'aide de tous les titres qui, sans prouver directement le fait allégué, sont de nature à le rendre probable. Sur le point de savoir quels devront être les auteurs de ces titres on appliquera l'article 324 qui déroge au caractère habituel du commencement de preuve par écrit. En effet, d'après le droit commun, on ne peut invoquer dans ce but que des pièces émanées du défendeur ou de ses ayants-cause, mais en matière de filiation on peut se prévaloir d'une pièce étrangère à l'adversaire et à celui qu'il représente, pourvu qu'elle émane d'un individu décédé qui aurait intérêt à la contestation s'il était vivant. Soit par exemple un enfant naturel, dont le prétendu père est décédé, qui intente



l'action en recherche contre le fils légitime du défunt : il pourra produire à l'appui de sa demande des écrits provenant non-seulement du père décédé et du fils légitime vivant, mais encore d'un autre fils légitime prédécédé : en effet si ce dernier vivait, il serait intéressé au débat.

Peu importe, du reste, la nature des titres produits : actes publics ou actes sous-seing privé, registres ou papiers domestiques. simples factures ou lettres missives. Dans les procès en recherche de paternité le commencement de preuve résultera le plus souvent de la correspondance amoureuse échangée entre le séducteur et la fille-mère.

Quant aux présomptions ou indices graves appelés à suppléer au commencement de preuve par écrit, leur forme varie à l'infini ; le juge pourra voir des présomptions et des indices dans toute circonstance susceptible de corroborer la prétention du demandeur ; notamment dans les annotations du procès-verbal de l'article 58, dans une ressemblance physique parfaite de l'enfant avec le père, dans certains signes corporels analogues, dans certains faits de possession insuffisants pour constituer une possession complète.

La nécessité de ce commencement de preuve est facile à expliquer. Le Code voit la preuve par témoins avec défaveur, soit parce que l'homme qui témoigne n'est pas toujours sûr de ses souvenirs, soit parce qu'il peut vendre ses dépositions à beaux deniers comptants. Ce danger est à redouter dans n'importe quel procès ; mais nulle part il n'est plus désastreux qu'en matière de réclamations d'état. Il était

à craindre qu'un étranger ne pût, au moyen de témoins subornés, entrer dans une famille riche et puissante. C'est ce qu'on a voulu empêcher en subordonnant l'audition des témoins à un commencement de preuve par écrit ou à l'existence de présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants.

2° *Action enlevée à la mère.* — La précaution la plus efficace contre les demandes inspirées par la passion, la vengeance ou la spéculation, consisterait, d'après les auteurs du projet, à enlever l'action en recherche à la mère pour la faire reposer uniquement sur la tête de l'enfant assisté d'un tuteur *ad hoc* désigné par le conseil de famille.

Malgré mes sympathies pour le projet du Sénat en général, je me vois dans la nécessité de combattre cette disposition. Elle me paraît défectueuse à deux points de vue : d'abord, elle prive la mère de tout secours à l'époque de sa plus grande détresse, c'est-à-dire dans les temps voisins de l'accouchement, de plus, elle n'est point fondée dans ses motifs, car elle n'empêchera pas, comme on le croit, les demandes inspirées par la passion ou l'esprit de vengeance.

A la vérité, l'exposé des motifs repousse le reproche de dureté en faisant observer que l'action en recherche est inutile à la mère puisqu'elle a déjà son action en dommages-intérêts. Du moment que la jurisprudence accorde, en vertu de l'article 1382, des dommages-intérêts aux filles séduites, la mère, nous dit-on, obtiendra d'autant plus facilement, réparation que le vote de la nouvelle loi aura dissipé tous

les doutes qui subsistent sur la légalité de cette jurisprudence.

Je regrette de ne point partager l'opinion de nos honorables sénateurs sur les conséquences de la loi qu'ils proposent. Si je ne me trompe, l'adoption du principe nouveau aurait pour inévitable effet de subordonner l'action de l'article 1382 à celle de l'article 340 modifié. En d'autres termes, l'action en dommages-intérêts, réduite à l'état d'action subsidiaire, ne pourrait être portée devant les tribunaux qu'autant que la question préjudicielle de paternité aurait été préalablement tranchée à la demande de l'enfant et en sa faveur. Telles sont les critiques que MM. Coulet et Vaunois et M. Jonnesco ont adressées tout récemment à cette partie du projet de loi. Sur ce point il y a accord entre amis et ennemis de la recherche de la paternité.

J'ajoute que si la nouvelle loi présente des dangers, cette précaution n'y mettra pas obstacle. En effet, la mère, ne pouvant agir personnellement que du jour où l'enfant aura un père officiel, mettra tout en œuvre pour arracher aux amis qu'elle aura réunis en conseil de famille l'initiative de la réclamation d'état. Il y a donc là une issue par où la passion et l'esprit de vengeance pourront, contrairement aux intentions du nouveau législateur, se donner carrière devant les tribunaux.

Mais, pour mon compte, j'estime qu'il ne saurait être question de vengeance dans l'exercice du plus légitime des droits et je serais d'avis de supprimer purement et simple-



ment cette première précaution. Ainsi que l'admettent la plupart des législations étrangères, la mère devrait conserver l'exercice de l'action.

3° *Conseil de famille et tuteur ad hoc*. — Une sérieuse garantie pour la justice en même temps que pour la société, ce sera, dit le projet, qu'avant toute demande un conseil de famille se soit prononcé sur la légitimité de l'action et en ait accepté la responsabilité morale.

Cette nouvelle précaution n'a pas été moins critiquée que les précédentes. « Ce conseil de famille dit la *Gazette des Tribunaux* (1), se composerait de parents de la victime vraie ou prétendue : ce seraient toutes personnes intéressées à rejeter sur autrui la responsabilité de la conduite de leur parente. » Le journal *Le Temps* (2) exprime la même opinion : « Quant au conseil de famille de l'enfant naturel, il ne pourra être composé que des parents ou amis de la mère, peut-être d'inconnus réunis par un agent d'affaires qui dirigera le procès. » Plus sévères encore dans leurs appréciations, MM. Coulet et Vannois prétendent qu'un semblable conseil de famille serait illégal.

« De quels membres serait composé le conseil ? se demandent nos deux confrères. D'amis, à défaut de parents ? Il est permis, il est vrai, d'appeler des amis, mais ce n'est que pour compléter un conseil déjà composé en partie de parents. Si ce conseil est composé uniquement d'amis, quel

1. *Gazette des Tribunaux*, numéro du samedi 11 mai 1878.

2. *Le Temps*, numéro du lundi 9 septembre 1878.

juge de paix prendra la responsabilité de le présider (1). » On crée ici des exigences dont la loi ne parle pas ; la pratique proteste contre cette exagération : on voit tous les jours des conseils de familles exclusivement composés d'amis, et les juges de paix ne font aucune difficulté pour les présider.

Le projet est-il plus heureux avec le tuteur *ad hoc* ? Pas davantage, si l'on en croit les mêmes auteurs. « Quel sera ce tuteur *ad hoc*, nous disent-ils, sinon l'instrument complaisant pris par la mère parmi ses plus intimes et ses plus dévoués amis ? Ce tuteur, véritable homme de paille, pensera, parlera, agira d'après les conseils, les ordres de la mère. »

Ces critiques me paraissent exagérées et j'estime qu'il faut maintenir comme d'utiles précautions le conseil de famille et le tuteur *ad hoc*.

En effet, de deux choses l'une : ou l'enfant est digne d'intérêt, et alors il trouvera aisément des personnes de bonne volonté pour autoriser et diriger l'action ; ou il n'inspire aucune confiance, et alors il aura peine à rencontrer, même parmi ses amis, des hommes disposés à endosser la responsabilité d'une action calomnieuse. Que si par hasard le conseil et le tuteur *ad hoc* sont recrutés parmi des gens sans aveu, cette façon d'ouvrir le procès disposera médiocrement les juges en faveur de la partie demanderesse. D'ailleurs, on nous parle toujours de l'influence irrésistible de la femme sur le conseil de famille et le tuteur *ad hoc*, mais

1. Coulet et Vaunois, p. 171, *op. cit.*

on oublie que la femme peut être décédée ou absente et qu'alors aucune intrigue de ce genre n'est à redouter.

4° *Préliminaire de conciliation*. — La troisième précaution consistera dans la comparution préalable des plaideurs devant le président du tribunal. « Une requête motivée fera connaître à ce magistrat les faits et les moyens de la demande. Il appellera les parties à son cabinet. Ces dernières comparaitront en personne sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils. Le président leur fera les représentations qu'il croira utiles. »

Sur cette précaution comme sur les précédentes la critique s'en donne à cœur-joie : « Les préliminaires de conciliation, dit *Le Temps*, qu'ils aient lieu devant le président ou le juge de paix, ne peuvent pas paralyser légalement la demande, et l'on sait que les plaideurs les plus malintentionnés sont aussi les plus résolus. » Et, ajoute la *Gazette des Tribunaux* : « la comparution en personne, dont l'avantage ne nous frappe pas, serait inévitablement suivie d'une ordonnance renvoyant à se pourvoir. » Enfin, disent MM. Coulet et Vaunois. « Qu'est-ce que le préliminaire de conciliation ? Une formalité banale sans but, ni raison ; elle n'en aurait pas plus en matière de séduction. »

Les défenseurs de l'article 340 reprochent aux auteurs du projet d'être trop radicaux dans leurs réformes ; mais ils le sont eux-mêmes bien davantage puisque leurs observations ne tendent rien moins qu'à la suppression du préliminaire de conciliation dont la statistique démontre pourtant toute l'utilité puisqu'elle constate que ce préliminaire

---



coupe court chaque année à un nombre considérable de procès de tout genre. Je ne vois donc pas pour quel motif cette précaution perdrait en notre matière une vertu qu'on s'accorde à lui reconnaître dans la plupart des différends.

5° *Prescription de l'action.* — Toujours dans un but préventif le projet du Sénat (art. 2) décide que l'action sera prescrite six mois après la majorité de l'enfant naturel. En dernière analyse, le père pourra être recherché pendant vingt-et-un an et six mois.

S'il existe encore parmi nos lecteurs des âmes candides qui s'imaginent qu'on peut aisément contenter tout le monde, le présent article suffira pour les désabuser. De toutes les innovations du projet aucune n'a suscité plus de critiques que ce délai de vingt-et-un an et six mois. Les uns le trouvent beaucoup trop long, les autres beaucoup trop court.

« Si encore l'instance devait être engagée dans un bref délai, dit la *Gazette des Tribunaux*, d'une part, celui qui est attaqué injustement pourrait se défendre avec fruit : d'autre part, la décision judiciaire interviendrait peut-être à un moment où il serait possible au séducteur de réparer sa faute... Il faudrait du moins obliger les intéressés à réclamer immédiatement ; *au plus tard, dans le délai d'un an à compter de l'accouchement.*

« Si la demande est fondée, en permettant de ne l'introduire qu'au bout de vingt-et-un an et six mois, le projet manque le but moralisateur qu'il poursuit, mais qu'il sem-



ble parfois oublier : la réparation due à la femme trompée. Quand le séducteur aura contracté une union légitime, de cette réparation, il ne pourra plus être question... « Alors pourquoi ne pas établir une courte prescription. »

J'attends d'avoir exposé tous les systèmes pour émettre le mien ; mais je ne puis aller plus loin sans relever tous les inconvénients que présenterait l'amendement que semble proposer la *Gazette des Tribunaux*. A ce compte, on aurait mené grand bruit d'une réforme, on aurait pris peine de modifier un article du Code, on aurait fait concevoir de vastes espérances aux filles-mères, tout cela pour arriver à quoi ? A leur faire entrevoir une action qui leur serait enlevée comme par surprise au bout d'une année. Mais on oublie que pendant l'année qui suit l'accouchement la femme peut avoir de très-bonnes raisons pour ajourner l'exercice de l'action. La rupture entre elle et son amant n'est pas encore définitive. Peut-être espère-t-elle le décider par la voie amiable à réparer sa faute en l'épousant ou du moins en reconnaissant son enfant. Dans cet espoir si légitime, il est bien naturel que la femme temporise, qu'elle emploie la prière de préférence à la menace, qu'elle s'adresse au cœur plutôt qu'aux tribunaux. Et c'est quand le séducteur aura gagné du temps par des promesses évasives, c'est quand la mère aura vu l'année s'écouler en vaines démarches qu'on viendra lui dire : « Il est trop tard ; votre action est périmée ! » Si bien qu'au lieu de gagner à la réforme, la fille-mère y perdrait puisque le vote de la loi ayant pour effet de subordonner l'action de l'article 1382 à celle de l'arti-

340, la péremption de la seconde entraînerait celle de la première.

Ce système ne serait pas moins cruel à l'égard de l'enfant, puisqu'il le priverait définitivement des secours paternels durant le long intervalle qui le sépare du jour où il pourra gagner sa vie.

Ajoutons une dernière observation. *La Gazette des Tribunaux* a, ce me semble, une façon bizarre d'exposer le système qu'elle réfute : « Le projet, dit-elle, manque le but moralisateur qu'il poursuit *en permettant de n'introduire l'action qu'au bout de vingt-et-un ans et six mois.* » Singulière objection ! Comme si l'on empêche la partie lésée d'agir à plus bref délai ! Comme si le grand intérêt que ce *but moralisateur* offre à la femme n'est pas le meilleur garant de sa promptitude à intenter l'action.

Le journal *Le Temps* se place à un autre point de vue pour critiquer la longueur du délai. Ce qui le préoccupe surtout c'est le danger auquel cette action expose pendant vingt et un ans la famille légitime du séducteur.

« Prenons, dit le publiciste, un fait malheureusement trop fréquent. Un jeune homme commet une faute, puis il s'éloigne, il oublie et nul ne sait autour de lui qu'il peut être père. Après plusieurs années, il se marie et se crée une famille nouvelle. Si un procès en recherche de paternité vient alors lui rappeler sa faute, est-ce qu'il sera seul atteint ? Est-ce que la femme et les enfants issus de son mariage ne recevront pas le contre-coup de ces revendications ? Qui sait même si les révélations d'un procès scan-

daleux, la constatation officielle de liens qui répugneraient à la femme, n'entraînerait pas le relâchement des liens conjugaux et l'abaissement de l'autorité paternelle. »

A ce noble souci de la famille du séducteur je pourrais répondre qu'un séducteur si prompt à *s'éloigner* et à *oublier* me paraît peu intéressant, que son épouse a tout au moins à se reprocher de ne s'être pas enquis avec plus de soin du passé de son mari, et que si les enfants sont innocents de part et d'autre, le préjudice qu'éprouvera le fils légitime en voyant ses droits successoraux réduits d'un cinquième, n'a rien de comparable au tort immense que l'absence d'état-civil causera au fils naturel.

Mais je ne veux pas insister outre mesure sur ces considérations de pure équité, car le Code civil lui-même me permet d'opposer à cette objection un argument péremptoire. En nous signalant les dangers de la recherche de la paternité au point de vue de la sécurité des familles, nos adversaires semblent oublier, que la loi permet la recherche de la maternité et que dans ce genre de procès la famille légitime est exposée à des dangers bien autrement graves que ceux dont ils s'alarment.

Puisqu'on se plaît à imaginer contre nous des espèces très-favorables qu'il nous soit permis de répondre par des hypothèses non moins dignes d'intérêt. Prenons un exemple qui n'est pas rare. Une jeune fille a un instant de faiblesse : elle devient mère, elle fait élever son enfant au loin. Quit-tant elle-même le pays qu'elle habitait, elle inaugure une



nouvelle existence toute de repentir et, suivant l'expression du poète, le travail *lui refait une virginité*. Grâce à la barrière ainsi établie entre elle et son passé, personne à ses côtés ne soupçonne qu'elle ait failli. Après plusieurs années, elle épouse un honnête homme qui l'estime et elle en a des enfants qui la vénèrent. Et bien ! je vous le demande, quel sera le sort de cette femme, si l'enfant de la faute ou un autre (car après tout on peut l'avoir changé en nourrice) jette au milieu de cette félicité conjugale son action en recherche de la maternité ? Saisit-on la différence énorme qui existe entre les deux hypothèses ? S'agit-il d'une recherche de paternité, rien n'est compromis dans la famille du séducteur ; sans doute, il n'est pas agréable pour un homme marié de voir ses fautes passées retomber sur lui sous la forme d'un enfant naturel, mais après tout, dans l'état de nos mœurs, ce n'est pas là une honte pour cet homme, les méchantes langues elles-mêmes songeront plutôt à le plaindre qu'à le blâmer.

Que pareille mésaventure frappe au contraire une femme mariée ! la voilà à jamais flétrie par l'opinion publique, aussi indulgente pour les fautes de l'homme qu'impitoyable pour celles de la femme ; la voilà perdue dans le cœur de ses enfants et exposée au mépris et au ressentiment de son mari. C'est le cas de s'écrier avec un éminent moraliste : « La faute de la maternité est la seule qui ne se prescrive pas. Le vol, le meurtre même s'innocentent avec le temps ; mais une femme après quarante ans de vertu

expiatrice peut tomber pour toujours sous le coup porté par son fils lui-même (1). »

Qu'on y réfléchisse sans parti pris et l'on verra que la recherche de la paternité poussée au pire n'occasionnera jamais de semblables désastres.

Une objection plus sérieuse est celle qui se fonde sur l'altération qu'un laps de temps si considérable aura fait subir à des modes de preuves déjà très-incomplets.

« Supposons, en effet, dit un de nos adversaires, qu'une action en réclamation d'état soit intentée au nom d'un enfant pour séduction prétendue de sa mère au bout de vingt ans, pense-t-on qu'il sera aisé à la partie attaquée de se défendre et que les témoignages qu'elle aurait pu invoquer plus tôt se retrouveront à sa disposition ? Pense-t-on que la preuve contraire qu'on lui réserve pourra se faire d'une manière sérieuse et utile (2) ? »

A cette objection il y a une réponse toute naturelle que pressent notre contradicteur : Si le temps a altéré les preuves du prétendu père, il n'a pas épargné davantage celles de la mère et de l'enfant. Il y aura donc, dans la plupart des cas, identité de situation entre les parties et c'est ce que la *Gazette des Tribunaux* reconnaît avec une bonne foi à laquelle je rends hommage.

Mais nos honorables confrères, MM. Coulet et Vaunois qui reproduisent le même argument ne se tiennent pas pour battus par cette réponse. Ils nous opposent des cir-

1. Légouvé, *Hist. morale des femmes*, page 73.

2. *Gazette des Tribunaux*, 11 mai 1878.

constances exceptionnelles qui rendront la lutte tout à fait inégale entre les parties.

« C'est après vingt-et-un ans et six mois, s'écrient-ils, que l'homme qui n'a jamais connu peut-être la mère de cet enfant, pourra voir tomber sur lui à l'improviste un procès que ses adversaires auront mis vingt-et-un ans et six mois à échafauder ! C'est après un aussi long espace de temps que l'enfant sera autorisé à prouver la séduction de sa mère et sa filiation, à l'aide de présomptions, d'indices, de lettres peut-être apocryphes, de pièces peut-être falsifiées, de témoins dans la mémoire desquels les faits de séduction, déjà si vagues, si incertains au moment où ils se sont passés, auront été ou ravis par le temps, ou mensongèrement entretenus à force de dons et de promesses (1). »

A cela, je réponds que c'est sur le *plerumque fit* et non sur des hypothèses exceptionnelles et forgées à plaisir qu'il faut apprécier la valeur d'une disposition législative. En général les filles séduites ne sont point des personnes influentes capables de recruter à *force de dons* tout un personnel de témoins ; comme dit la comédie des *Plaideurs* :

*Les témoins sont fort cher et n'en a pas qui veut.*

Encore moins sont-elles doublées d'un homme de loi prenant plaisir à échafauder pour elles, pendant vingt-et-un an et six mois, un procès riche en pièces falsifiées et en documents apocryphes. Le plus souvent ces malheureuses sont de pauvres filles de campagne, des ouvrières illettrées, des servan-

1. Coulet et Vaunois.



tes sans parents, toutes personnes fort ignorantes des biais et des roueries de la pratique. Au demeurant, je ne nie pas que des demandes téméraires puissent se produire, mais ce sera à titre tout à fait exceptionnel.

En refutant cette série d'objections, je n'ai pas invoqué et pour cause un argument que je trouve dans l'exposé des motifs. Comme surcroît de précaution, nos honorables sénateurs offrent deux moyens de salut au prétendu père qui trouverait gênant d'avoir pendant vingt-et-un ans et six mois une *épée de Damoclès* suspendue sur la tête (cette expression figurée désigne fréquemment la recherche de la paternité chez nos adversaires). Quels sont ces moyens ?

« Le père, d'ailleurs, aura toujours la ressource, s'il a à redouter une action fondée, soit de *transiger*, soit d'user de la faculté que lui accorde l'article 761. »

Eh bien ! cette double ressource ne me paraît pas très-fructueuse. Pour ne parler que de la transaction, elle est, en notre matière, contraire à la morale et aux principes généraux du droit. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître qu'on ne peut pas transiger sur l'état des personnes alors même que la transaction tendrait à éviter un débat scandaleux pour l'une des parties. C'est ce que la Cour de Grenoble et la Cour de cassation ont décidé à propos d'une recherche de maternité (1). C'est ce que déclare en termes très nets M. Laurent. « L'état est hors de commerce, il est d'ordre public ; on ne peut faire de con-

1. Dalloz, au mot *paternité*, (n° 632. 1° et 2°).

2. Laurent. *Principes de droit civil français*, tome 4. p. 46-47.



ventions ni de transactions sur l'état. Toutes ces règles reçoivent leur application à l'état de l'enfant naturel. »

Reste, dira-t-on, la ressource de l'article 761, d'après lequel toute réclamation est interdite à l'enfant naturel qui a reçu du vivant de son père la moitié de sa part héréditaire.

Non ! car je réponds : 1° que cet article vise un enfant naturel reconnu ; 2° que ces mots *toute réclamation est interdite*, ont toujours été entendus dans le sens d'une pétition d'hérédité et non d'une réclamation d'état ; 3° que cette attribution de part héréditaire constitue une libéralité et qu'à ce titre elle doit être librement acceptée par le donataire. L'enfant la refuse-t-il ? rien n'est conclu et le champ reste ouvert aux procès.

Les auteurs du projet peuvent donc renoncer à cet argument qui n'est nullement nécessaire pour répondre aux critiques soulevées par la durée du délai.

En résumé, aucune de ces critiques ne porte une atteinte grave à l'article 2 du projet de loi. Mais il est une considération importante sur laquelle on n'a pas insisté et que je tiens à mettre en pleine lumière : c'est que plus la partie lésée attendra pour recourir aux tribunaux, plus ses mobiles paraîtront suspects, plus elle semblera préférer l'intérêt pécuniaire à l'intérêt moral de l'action. En d'autres termes, il est à craindre qu'à partir d'une certaine époque, la recherche de la paternité ne perde d'année en année son caractère philanthropique et moralisateur pour devenir une source de spéculation et une arme de chantage. Je voudrais

donc que le délai d'action fût restreint au strict nécessaire, c'est-à-dire à la période besogneuse de la vie de l'enfant. On pourrait décider, par exemple, que l'action sera prescrite à la quinzième année, âge normal auquel les enfants du peuple sont, en fait, pourvus d'un métier suffisamment rémunérateur. Le législateur s'inspirerait dans ce cas, de la loi anglaise dont l'esprit est de n'accorder de secours à l'enfant que jusqu'à l'âge de treize ou de seize ans selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille (1).

Au surplus, si je propose de raccourcir ainsi la prescription, ce n'est pas que je juge le délai de vingt-et-un ans et six mois très-dangereux pour la famille et pour la société : j'agis surtout par esprit d'opportunisme, je fais une transaction à fin d'anéantir *ipso facto* toutes les critiques adressées à l'article 2 de la loi proposée. En faisant cette concession, je crains bien d'ailleurs d'être désavoué par certains partisans de la recherche de la paternité notamment par MM. Accolas, Fochier et Jonnesco. « Le projet, dit ce dernier, propose que l'action soit prescrite six mois après la majorité de l'enfant naturel. Ce délai me paraît trop court : il ne faut pas reconnaître un droit pour en paralyser l'exercice (2). »

Aux diverses précautions ci-devant énumérées, on pourrait ajouter une mesure comminatoire dont ne parlent pas les auteurs du projet et qui serait peut-être le plus sérieux frein opposé aux demandes téméraires. Il s'agirait de pu-

1. Jonnesco, *op. cit.* p. 329. *Droit étranger.*

2. *Rech. de la fil. nat.* p. 314.

nir très-sévèrement et d'une manière exemplaire toute action jugée calomnieuse et intentée avec une évidente mauvaise foi. Ainsi que le propose M. Jacquier (1), la peine pourrait être prononcée par le tribunal devant lequel a été porté le procès en recherche et qui, dès lors, mieux que tout autre, sait à quoi s'en tenir sur les mobiles du demandeur. La compétence ainsi attribuée au tribunal civil aurait, en outre, l'avantage de rendre la peine plus prompte et par conséquent beaucoup plus efficace. Cette façon de procéder n'est pas d'ailleurs sans exemple puisque l'article 308 autorise le tribunal qui a prononcé la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme à condamner celle-ci, par le même jugement, à un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Ce système de mesures préventives me paraît complet et j'estime avec nos honorables sénateurs qu'il opposera une barrière infranchissable à la calomnie et au chantage.

« Pense-t-on qu'une demande téméraire puisse franchir ces degrés successifs d'épreuve? On pourrait plutôt faire à cette organisation le reproche de créer une entrave aux réclamations légitimes. Nous ne pensons pas toutefois qu'il doive en être ainsi. Il ne nous paraît pas douteux que, si l'action téméraire doit rencontrer à chacun des pas de la procédure nouvelle un obstacle à peu près infranchissable, l'action bien fondée y gagnera de la force et de l'autorité.

« Pour mieux préciser, quel est le conseil de famille qui ne serait empressé, après de vaines instances pour obtenir

1. *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle.* p. 99.



du père naturel qu'il accomplisse son devoir, de donner son approbation à une demande en justice? Quel est le tuteur qui refuserait son concours? Pour qui la comparution devant le président du tribunal offrirait-elle un danger, sinon pour le père seul dont l'inhumanité se refuserait à toute transaction? Enfin, qu'est-ce que l'enfant pourrait avoir à redouter au point de vue de l'admission de la preuve orale, si déjà les préliminaires du procès avaient bien disposé les juges (1)? »

V. — *Des cas où la recherche de la paternité sera admise.*

Ce qui m'a le plus frappé dans la loi proposée, c'est sa forme. Loin de procéder par voie d'abrogation directe, elle cherche à s'insinuer adroitement dans le texte de l'article 340 à titre d'extension analogique. Le respect des honorables sénateurs pour le Code civil me rappelle celui des Romains pour la loi des XII Tables. De part et d'autre on craint d'abroger ouvertement. Cette préoccupation ressort avec évidence du soin que prend l'exposé des motifs de rattacher aussi étroitement que possible le texte nouveau au texte ancien. Il faut, disent M. Béranger et ses collègues, rester autant que possible dans les termes de l'article 340, car si cet article est mauvais, l'esprit qui l'anime

1. Projet. *Annexe au procès verbal de la séance* du 16 février 1878, p. 28.

est excellent (1). En effet, le Code civil, jugeant la paternité impossible à prouver la présume, par faveur, dans le mariage et la repousse absolument dans l'union illégitime. De là le principe : *la recherche de la paternité est interdite*. Mais, il est un cas où le principe fléchit, c'est quand l'union illégitime est le résultat d'un enlèvement : la recherche de la paternité est alors permise et le ravisseur peut être déclaré père de l'enfant.

Arrivés à ce point de leur raisonnement, les auteurs de la réforme ont en mains la transition demandée. « Ce système, disent-ils, est logique ; il n'est qu'incomplet, et nous croyons juste de nous ranger à l'avis de ceux qui proposent de l'admettre en l'étendant. »

C'est alors que M. Bérenger et ses collègues, sans renverser le principe de la prohibition de la recherche de la paternité, proposent d'admettre par analogie avec le cas d'enlèvement et à titre d'exceptions nouvelles le viol, la possession d'état, et la séduction. Sur ces trois points, le projet de loi a reçu un accueil plus ou moins favorable de la part de la doctrine et de la presse juridique.

1° *Viol*. — La recherche de la paternité sera admise en cas de viol, lorsque l'époque du viol se rapportera à celle de la conception. Cette première disposition dont l'utilité est universellement reconnue, n'est pas à proprement par-

1. Je remarque en passant que les auteurs de la proposition ne sont pas d'accord sur le principe qui a inspiré l'article 340 : l'un y voit un esprit excellent, l'autre un esprit guerrier et conquérant tendant à considérer la femme comme un butin fait sur l'ennemi (Voir plus haut la citation empruntée à M. Foucher de Careil).

ler une réforme, mais plutôt la solution législative d'une ancienne controverse de doctrine. En effet nombre d'auteurs estiment que la paternité est aussi facile à prouver en cas de viol qu'en cas d'enlèvement, seulement les uns prétendent que le Code lui-même fait l'assimilation, tandis que les autres soutiennent avec M. Béranger et ses collègues que les termes de l'article 340 actuel se refusent à toute extension analogique. Je partage cette dernière opinion. Il y avait de bonnes raisons pour admettre la recherche de la paternité dans les deux crimes d'enlèvement et de viol, mais, soit par oubli, soit sciemment, les rédacteurs du Code ne l'ont admise que dans le premier. Les mots *viol* et *enlèvement* étant des termes très-peu synonymes, l'unique expression employée par le Code ne saurait englober cette double idée. Car enfin si M. Demolombe voit dans le viol un enlèvement momentané, il m'est permis de voir à mon tour dans l'enlèvement un viol prolongé.

Quoi qu'il en soit, c'est cette lacune que le projet du Sénat a voulu combler.

« Que craint-on ? Que des dénonciations injustes ne viennent à être portées devant la justice criminelle ? Mais cela n'est pas admissible devant les peines auxquelles les colomniateurs s'exposeraient. Qu'un homme, à la faveur d'une accusation de viol ne soit déclaré le père d'un enfant auquel il n'aurait pas donné le jour ? Mais on oublie que le viol, comme la possession d'état, comme l'enlèvement ne fournira qu'une présomption relative et que la déclaration



de paternité restera toujours facultative pour les tribunaux. »

2° *Possession d'état*. — En matière de concubinage, il arrive fréquemment que les enfants sont élevés, comme s'ils devaient le jour à une union légitime : le père leur donne son nom, il les traite en fils, il les présente comme tels à ses parents ou à ses amis. Ces ménages du côté gauche offrent tous les dehors des familles légitimes et l'illusion est souvent aussi complète pour les enfants que pour le public. La situation de ces enfants ne laisse pas toutefois d'être incertaine et précaire parce que le père soit par oubli, soit par ignorance néglige le plus souvent de les reconnaître légalement. Les enfants grandissent ainsi sans filiation reconnue et quand le père est décédé, cette filiation devient à jamais impossible à constater. On dit alors qu'il y a possession d'état.

Eh bien ! c'est pour remédier à cet état de choses, que le projet du Sénat accorde l'action en recherche de paternité à l'enfant qui invoque en sa faveur les trois faits constitutifs de la possession d'état, à savoir le nom patronymique, les soins paternels, la qualité de fils possédée devant la famille et la société. Ce concours de circonstances constitue, en fait, selon le mot de Portalis : « la plus naturelle et la plus constante de toutes les preuves. » Aussi, tout le monde est d'accord sur la force probante de la possession d'état; et si des doutes s'élèvent, c'est seulement sur la question de savoir si le Code l'admet ou non, comme preuve légale de la filiation naturelle. L'affirmative a été



soutenue par MM. Demolombe et Valette. D'après ces auteurs, la possession d'état, avoué réitéré, constant, réfléchi, équivaut à une véritable reconnaissance et prouve d'autant mieux la filiation qu'elle se borne à la constatation de faits volontairement publiés par le père, et qu'elle a en outre l'avantage d'établir l'identité de l'enfant.

Tout en reconnaissant la valeur de ces arguments, en tant que philosophe, j'ai dû, comme interprète de la loi, me refuser à admettre un mode de preuve dont elle ne parle pas, et c'est dans cet ordre d'idées que j'ai combattu le système de M. Demolombe. Mais du moment que le législateur lui-même se charge d'introduire la possession d'état dans le Code civil, je n'ai plus aucune objection à formuler contre cette doctrine que j'avais déjà admise en raison, sinon en droit.

Sur la possession d'état comme sur le viol, les réformes de M. Béranger et de ses collègues ont reçu une approbation unanime, attendu qu'elles tendent à faire prévaloir législativement des solutions déjà adoptées par les uns ou souhaitées par les autres.

Seul peut-être entre tous les auteurs, le polémiste de la *Gazette des Tribunaux* voit quelque danger à l'admission de la recherche de la paternité en cas de possession d'état.

« Il faut reconnaître, dit-il, qu'il y a des cas où des hommes généreux, n'ayant pas d'enfant, élèvent, comme le leur, un jeune enfant qu'ils prennent auprès d'eux dans leur maison, par lequel ils se laissent parfois donner le nom de père. Si, plus tard, des soins de ce genre pouvaient

autoriser l'enfant ainsi élevé à se faire déclarer fils naturel de leur bienfaiteur, on serait arrivé à un résultat que regretteraient profondément les auteurs du projet (1). »

La grande pénurie d'arguments de nos adversaires peut seule excuser une si bizarre objection. Je l'ai déjà dit : les dispositions législatives, ayant pour but l'intérêt général, ne doivent pas être jugées sur des hypothèses exceptionnelles qui, jamais peut-être, ne se présenteront devant les tribunaux. Aucune loi ne résisterait à pareille épreuve. Pour un cas isolé où la recherche de la paternité manquera son but, il y en aura mille autres où elle l'atteindra pleinement. A l'inconvénient qu'elle aurait par hasard pour l'*homme généreux* dont on nous parle, j'oppose le service immense qu'elle rendra chaque jour aux nombreux enfants que l'oubli ou l'ignorance de leur père prive à jamais d'état civil régulier.

C'est là, un avantage sur lequel insiste avec raison le journal *Le Temps* qui, cependant n'est pas suspect de sympathies exagérées pour la proposition du Sénat.

« Nous avons critiqué les dispositions du projet de loi, mais nous avons fait une réserve en faveur d'une disposition qui admet la possession d'état comme preuve de la paternité. Nous devons maintenant justifier cette réserve. Lorsque les éléments de la possession se trouvent réunis, il est assurément désirable que la paternité naturelle puisse être légalement constatée ; ce serait le meilleur moyen de remédier, dans les classes peu éclairées, à l'absence de recon-

1. *La Gazette des Tribunaux*, n° du samedi 11 mai 1878.

naissance légale et d'état-civil régulier. Les enfants pourraient être ainsi protégés contre l'imprévoyance du père et, en cas de décès, contre la cupidité des collatéraux qui voudraient revendiquer la succession pour eux seuls (1).

3° *Séduction*. — Si la recherche de la paternité n'avait pas dû s'étendre hors des cas de viol et de possession d'état, M. Béranger et ses collègues se seraient sans doute abstenus d'en demander le rétablissement. Un si maigre objectif n'était pas de nature à tenter des hommes qui parlent au nom de la morale et de la sécurité publique. Avec la séduction, au contraire, tout change de face. La recherche de la paternité admise dans le cas de séduction donne seule au projet sa raison d'être, seule elle justifie les hautes visées sociales de ses auteurs. Avec le viol et la possession d'état ils jouaient le rôle d'interprètes, ce n'est qu'avec la séduction qu'ils font acte de réformateurs.

C'est sur ce point, comme le plus important de tous, que les défenseurs de l'article 340 ont constamment dirigé le feu de leurs batteries. « La séduction est-elle définie ? Comment la reconnaître ? Quelle en sera la preuve ? Pourquoi lui accorder cette faveur ? »

Ce canevas tracé à l'avance par les auteurs de la proposition a servi de plan de bataille à leurs adversaires. Sur tous ces points la critique a fait rage.

Il me paraît superflu de reprendre ici une démonstration déjà faite au cours de cet ouvrage. Je renvoie donc le lecteur aux théories que j'ai développées, soit en posant le

1. *Le Temps*. Cinquième article. N° du vendredi 13 septembre 1878.



principe de la recherche de la paternité, soit en étudiant le système de la jurisprudence dans les procès en séduction.

Qu'il me suffise de rappeler avec les auteurs du projet que la séduction soulève « une question de fait pour laquelle des règles générales et précises ne pourraient peut-être pas être formulées, mais qui rentre essentiellement par son caractère et sa nature dans l'ordre de celles que les tribunaux jugent avec le plus de tact et de discernement. »

Quant au motif pour lequel le projet accorde aux filles séduites une faveur qu'il refuse aux autres filles-mères, je ne puis mieux le mettre en lumière qu'en citant l'éloquente conclusion des honorables sénateurs.

« C'est surtout dans ce cas, disent-ils, qu'il y a de la part de l'homme un devoir étroit et sacré. Ses obligations sont d'autant plus grandes qu'il a employé pour vaincre des moyens plus répréhensibles. Il n'a pas même l'excuse, puisqu'il y a présomption d'honnêteté du côté de la fille, de vouloir interdire l'entrée de la famille à un rejeton indigne.

La responsabilité de l'auteur principal établie protégera d'ailleurs efficacement les mœurs. La loi nouvelle remettra tout en sa place et il est permis d'espérer, suivant la juste expression de M. Jacquier, que la prudence de l'homme marchera d'accord avec la morale et que les familles, ces familles si indulgentes souvent et si aveugles, deviendront plus sévères quand elles auront à redouter de voir entrer dans leur sein des bâtards importuns.

Cette étude impartiale suffit, je crois, à démontrer que si

le projet du Sénat gagnerait à quelques modifications de détail, il n'est ébranlé dans son ensemble par aucune des critiques dont il a été l'objet. Ces critiques ont été souvent violentes, parfois même peu parlementaires, mais elles ne doivent pas émouvoir les honorables signataires de la proposition : c'est là un désagrément auquel il faut s'attendre quand on vise au rôle de réformateur.

Cela dit, il me reste à faire des vœux pour le triomphe définitif de la cause que j'ai essayé de défendre. J'appelle donc à bref délai la discussion publique sur les dispositions dont la teneur suit :

## PROPOSITION DE LOI

ART. 1<sup>er</sup>. — L'article 340 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« ART. 430. — La recherche de la paternité est interdite, sauf les cas :

1° D'enlèvement, de viol, ou de séduction lorsque l'époque de l'enlèvement, du viol ou de la séduction se rapportera à celle de la conception ;

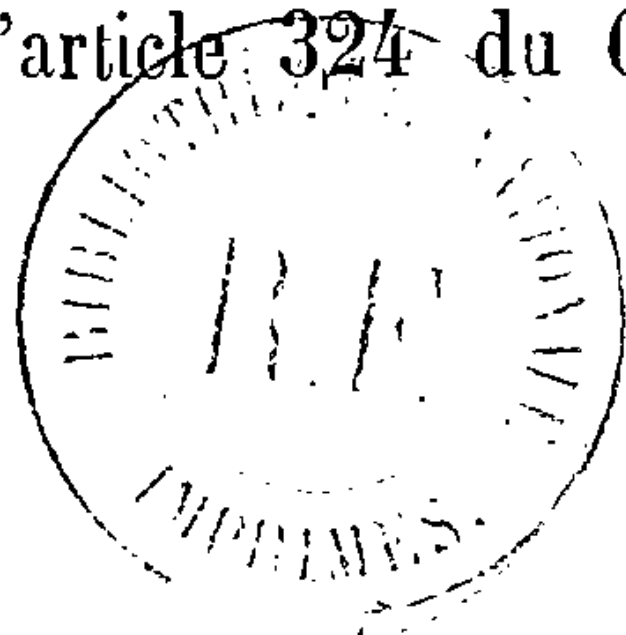
2° De possession d'état dans les conditions prévues par l'article 321 du Code civil. »

ART. 2. — L'action en recherche de paternité ne peut être intentée que par l'enfant ou en son nom. Elle se prescrit par six mois à dater de sa majorité. Elle ne peut être

exercée pendant sa minorité qu'après avis favorable du conseil de famille et désignation d'un tuteur *ad hoc* chargé de le représenter dans l'instance.

ART. 3. — Elle est soumise, à l'accomplissement des formalités prescrites en matière de séparation de corps par les articles 875, 876, 877, 878, §§ 1 et 2, et 879 du Code de Procédure civile.

ART. 4. — La preuve par témoins n'est admise que dans les conditions de l'article 323 et sous réserve de la preuve contraire conformément à l'article 324 du Code civil.



FIN

---







## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN

- I. — L'exception *quod facere potest* n'a point pour but de dégager définitivement le défendeur de tout ou partie de son obligation, mais seulement de le soustraire à la contrainte par corps.
- II. — Le fidéjusseur devenu *defensor* du débiteur principal peut opposer l'exception *quod facere potest* du chef de ce dernier.
- III. — Le mari ne jouit pas de l'exception *quod facere potest* pour les obligations postérieures à la dissolution du mariage.
- IV. — L'exception *quod facere potest* survit à la novation *inter easdem personas*, mais non à la novation *interveniente novo creditore*.
- V. — L'exception *quod facere potest* laisse dans tous les cas subsister une obligation naturelle pour le surplus de la dette.

### DROIT COUTUMIER ET FÉODAL

- I. — La maxime *virgini prægnanti creditur* n'avait trait qu'aux frais de gésine et à la provision.

- II. — L'exception *plurium constupratorum* dûment justifiée par le prétendu père faisait échec à la déclaration de la fille.
- III. — Les droits de chevage et de main-morte ont leur origine dans le droit romain.
- IV. — La censive remonte, non pas à l'emphytéose, mais au précaire romain.
- V. — L'hérédité des fiefs date du capitulaire de Kiersy.

## DROIT CIVIL

- I. — La possession d'état n'est pas une preuve légale de filiation naturelle à l'égard du père.
- II. — Un mineur peut reconnaître un enfant naturel.
- III. — La reconnaissance d'un enfant naturel n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui l'a reconnu.
- IV. — On peut reconnaître un enfant naturel décédé sans postérité.
- V. — La jurisprudence qui accorde des dommages-intérêts aux filles-mères en raison de leur grossesse est contraire à l'article 340.

## DROIT CRIMINEL

- I. — Il est inexact de dire que le jury ne statue que sur une question de fait.

- II. — Le complice subit l'influence de l'aggravation résultant des généralités personnelles à l'auteur du délit.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — L'Assemblée constituante de 1789, n'a pas adopté les idées de Rousseau sur le principe de la souveraineté du peuple.
- II. — La constitution de l'an III péchait surtout par le mode de renouvellement des pouvoirs publics.
- III. — Sous l'empire de la Charte, le pouvoir constitutionnel résidait dans les deux Chambres et dans la personne du roi.
- IV. — La constitution de 1793 appliquait plutôt en apparence qu'en réalité le principe de la souveraineté du peuple directement exercée.

## DROIT ADMINISTRATIF

- I. — Le ministre de la guerre ne peut accorder aucune dispense ni exemption du service militaire.
- II. — Le conseil de révision est le seul tribunal compétent pour statuer sur les obligations militaires des Français inscrits sur les tableaux de recensement.



- III. — Le Conseil d'État joue à l'égard des décisions du conseil de révision le même rôle que la Cour de cassation envers les arrêts des Cours d'appel.
- IV. — Il est inexact de dire que tous les Français doivent le service militaire.
- V. — Malgré les termes de l'article 23 de la loi du 27 juillet 1872 les demandes de sursis d'appel sont admises après le tirage au sort.
- VI. — D'après l'esprit de la loi sur le recrutement, le militaire lié au service pour moins de cinq ans ne peut pas, du chef de sa présence sous les drapeaux, conférer la dispense à un frère.
- 

*Vu par le président de la thèse,*

ACCARIAS.

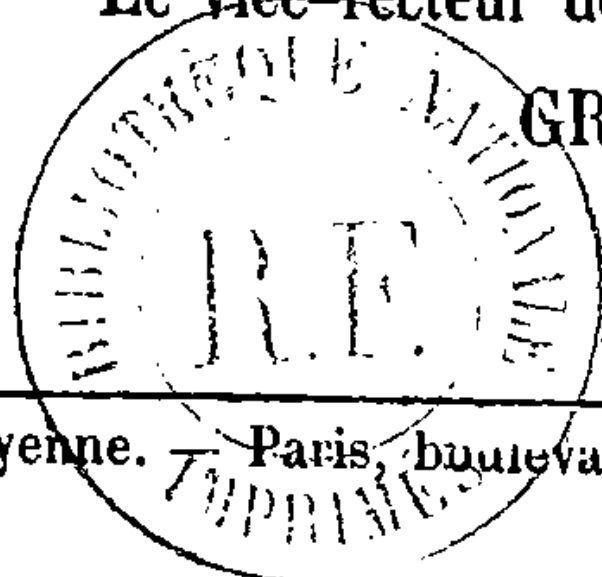
Vu par le doyen

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.





Imprimerie A. DEBENNE Mayenne — Paris boulevard Saint-Michel 52









