

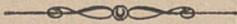
7173

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA SITUATION JURIDIQUE

ET

DES DROITS DE L'ENFANT CONÇU



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

Par M. Eugène BARTHE

AVOCAT



173



TOULOUSE

IMPRIMERIE PRADEL, VIGUIER ET BOÉ,

6, RUE DES GESTES, 6.

1876

FAKULTÄT DER RECHTSWISSENSCHAFTEN

1873

- MM. DETONNÉ, doyen, professeur de droit commercial.
- MOLNIER, professeur de droit romain.
- BRASSOLLE, professeur de droit français.
- MARROT, professeur de droit romain.
- GINOUILHAC, professeur de droit français.
- dans ses ouvrages théoriques et commentés.
- HUG, professeur de code civil.
- DEMBERT, professeur de droit romain, en cours.
- ROUBILLE, professeur de code civil.
- BOXY, professeur de droit administratif.
- BOVILLÉ, professeur de procédure civile.
- ARNAULT, professeur d'économie politique.
- DEBOMME, agrégé, chargé du cours de droit.
- CONSTANS, agrégé, chargé du cours de droit.
- LAURENS, agrégé.
- LAGET, agrégé.
- GAMBLISTON, agrégé, délégué à la Faculté de droit.
- M. BARRIGNON, officier de l'Instruction publique, secrétaire, agent comptable.

Président de la Faculté : M. BOXY.

Professeurs	}	MM. MOLNIER,	}	Professeurs
		ROUBILLE,		
Agrégés	}	ARNAULT,	}	Agrégés
		LAURENS,		
		LAGET,		

La Faculté a en outre, en dehors des professeurs, les membres du conseil.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

1876

- MM. DUFOUR, ✱, doyen, professeur de droit commercial.
MOLINIER, ✱, professeur de droit criminel.
BRESSOLLES, ✱, professeur de code civil.
MASSOL, ✱, professeur de droit romain.
GINOULHIAC, professeur de droit français, étudié
dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de code civil.
HUMBERT, professeur de droit romain, en congé.
POUBELLE, professeur de code civil.
ROZY, professeur de droit administratif.
BONFILS, professeur de procédure civile.
ARNAULT, professeur d'économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de droit des
gens
CONSTANS, agrégé, chargé du cours de droit
romain.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de droit
de Douai.
M. DARRENOUGUÉ, officier de l'instruction publique,
secrétaire, agent comptable.

Président de la Thèse : M. ROZY.

Suffragants :

}	MM. MOLINIER,	}	Professeurs.
	POUBELLE,		
	ARNAULT,		
	LAURENS,	}	Agrégés.
	PAGET,		

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions
particulières du candidat.*

DE LA SITUATION JURIDIQUE

DES DROITS DE L'ENFANT CONÇU

MEIS ET AMICIS

DE LA SITUATION JURIDIQUE

ET

DES DROITS DE L'ENFANT CONÇU

L'homme ne naît pas subitement, avec une organisation complète. *Natura non facit saltus*. Comme pour tous les êtres animés, il y a pour lui une période latente de formation et de développement. Du jour où il existe un germe dans le sein de sa mère, c'est-à-dire du jour de la conception jusqu'au moment de sa naissance, il a une vie propre, mais qui semble confondue avec celle de la femme dont il recevra le jour.

C'est cette vie intra-utérine de l'enfant qu'il nous a paru intéressant d'étudier au point de vue juridique. En Droit romain comme en Droit français le législateur s'est préoccupé de cette situation ; les nombreuses dispositions qu'il a édictées sur ce sujet en sont une preuve éclatante.

Nous essaierons dans ce travail de rechercher les principes qui dominent la matière et de les appliquer aux divers cas qui pourront se présenter. La législation romaine nous permettra souvent de compléter notre droit français auquel nous consacrerons la plus grande part de notre thèse.

DROIT ROMAIN

On entend par personnes dans la langue juridique tous les êtres capables d'avoir des droits et par suite susceptibles d'être tenus de certaines obligations. Les personnes physiques sont de véritables personnes. Mais peut-on en dire autant des enfants qui sont seulement conçus? Ont-ils une individualité propre?

La grande école philosophique à laquelle se rattachèrent les Romains, l'école stoïcienne, enseignait que le fœtus ne pouvait être considéré ni comme un homme, ni comme un être animé. *Non quidem est animal*, disaient-ils. Pour eux l'enfant conçu n'était qu'un fruit du ventre, une part des entrailles de sa mère, comme les fruits sont une partie des racines. Ils lui déniaient toute individualité propre.

Nous retrouverons souvent dans notre étude des traces de cette opinion chez quelques jurisconsultes romains. Ainsi Papinien déclare formellement qu'on ne peut pas regarder comme homme l'enfant qui n'est pas encore né (L. 9, D., *ad leg. Falc.*) Cependant ils lui reconnurent une certaine personnalité (L. 7, D., *de st. hom.* — L. 2, D., *de mort. infer.* — L. 28, D., § 1, *de usur. et fruct.*)

Et, en effet, avant de venir au monde, ils sont, ils ont une vie. Mais à partir de quel moment doit-on les considérer comme existant? Puffendorf pense que c'est seulement lorsqu'ils commencent à sentir qu'ils existent réellement. Cette opinion toute théorique n'a

aucune base sérieuse. C'est en effet résoudre la question par cette autre question plus obscure encore : quand sentent-ils ? C'est du jour de la conception que les enfants sont appelés à vivre, qu'ils ont la *spes animantis*, qu'ils sont destinés à jouer un rôle, à avoir une part dans la nature humaine.

S'il en est ainsi, si l'enfant conçu est un être véritable, la loi lui doit sa protection. Elle doit l'entourer de garanties contre les tentatives qui auraient pour but de le détruire ou de porter atteinte à son développement, en punissant sévèrement ceux qui se rendraient coupables d'actes de cette nature. C'est surtout ici que se manifestent les divergences profondes qui existent entre les stoïciens et leurs adversaires. Tandis que les stoïciens pensent, en effet, que l'existence de l'enfant conçu n'est rien et peut lui être enlevée impunément, ceux qui combattent leurs doctrines, la déclarent inviolable et sacrée comme celle des autres hommes. « *Homicidii festinatio est prohibere nasci.* »

L'enfant conçu est encore capable d'avoir des droits et par suite d'être tenu de certaines obligations. S'il ne peut pas acquérir des droits par lui-même, par sa propre action, il peut au moins les tenir de certaines personnes. Il ne faudrait pas objecter qu'incapable de s'en rendre compte il doit en être privé. Car l'ignorance du droit n'a jamais fait perdre le droit lui-même. De ce que les fous ne peuvent pas exercer leurs droits, il n'en résulte pas le moins du monde qu'ils en soient privés. Il en est de même pour l'enfant

conçu : il suffit qu'il ait un représentant pour les lui conserver.

Ces diverses considérations nous amènent à diviser notre étude en deux parties. Dans la première, nous nous occuperons de la protection accordée par la loi à l'existence de l'enfant conçu ; dans la seconde, nous examinerons quels sont ses droits et de quelles garanties il est entouré.

CHAPITRE PREMIER

Garanties accordées à l'enfant conçu.

Sur cette partie médico-légale et pénale à la fois, nous n'avons que de courtes observations à présenter en Droit romain. Nous réservons pour la thèse française les développements scientifiques que nous avons à donner et sur l'avortement et sur la viabilité.

Occupons-nous d'abord de l'avortement. Qu'est-ce que l'avortement ? Les Romains le définissaient l'expulsion du fœtus « *partus abactio*. » C'est, en effet, l'expulsion violente et prématurée du produit de la conception. Les Stoïciens, conséquents avec leurs principes, ne punissaient pas l'avortement. Peu à peu, cependant, on revint de ces théories. On réagit contre ces idées, et, après de longues années, on en arriva à décider qu'il fallait châtier de semblables actions. Les empereurs Sévère et Antonin furent les premiers à punir les personnes coupables de ce crime ; mais la véritable raison de la peine ne fut pas encore donnée.

Quelles furent les pénalités ? La femme coupable de manœuvres abortives était au début punie de l'exil temporaire, par ce motif, comme le disaient Sévère et Antonin, qu'il est indigne qu'une femme frustre son mari de ses enfants (L. 4, D., *de extraord. crimin.*). La nature des manœuvres n'a aucune influence sur le degré de la peine. Que ce soit à l'aide de boissons ou en se serrant trop fortement, la femme qui se fait avorter est punie de l'exil temporaire (L. 8, D., *ad leg. Corn. de sicariis*).

On ne distingue pas davantage entre la femme mariée et la femme qui a divorcé ; mais le législateur se préoccupe du motif déterminant du crime. Ainsi, la femme divorcée, qui s'est fait avorter pour ne pas laisser d'enfants à son mari devenu son ennemi, est punie de l'exil. Si la femme, au contraire, dans un but de cupidité et de fraude, a reçu de l'argent des héritiers présomptifs du mari pour se faire avorter et a commis le crime, elle sera punie de la peine capitale. Cicéron rapporte, en effet, dans son plaidoyer pour Cluentius Avitus, qu'une femme de Milan subit, dans ces circonstances, le dernier supplice (L. 39, D., *de pœnis*).

On prend encore en considération pour l'application de la peine et les suites du crime et la condition des coupables. En effet, celui qui, sans intention criminelle, a donné à une femme des boissons abortives, doit être condamné aux mines s'il est de condition inférieure, et relégué dans une île, avec confiscation d'une partie de ses biens, s'il est de condition élevée, parce que, dit le jurisconsulte, la chose est de mau-

vais exemple. La raison est banale pour une peine aussi sévère. Si la femme meurt des suites du breuvage, la peine est la mort, quelle que soit la situation du coupable (L. 38, § 5, D., *de pœnis*). Ce n'est plus dans ce cas la femme qui se fait avorter elle-même, c'est une personne qui la fait avorter.

Comme on le voit, pour le crime d'avortement on admet certains tempéraments dans l'application de la peine. Ce qui nous prouve que la procédure, même avant Justinien, était toujours extraordinaire dans le cas d'avortement. Le coupable n'était pas poursuivi par une action publique ; dans ce cas, en effet, toute appréciation est interdite aux juges. La véritable raison de cet état de choses, c'est que l'avortement n'était pas pour les Romains un véritable homicide, et que la loi Cornélia était dès lors inapplicable.

Jusqu'ici, la protection que la loi accorde à l'enfant dans le sein de sa mère est une protection pour ainsi dire indirecte. Il n'en est pas cependant toujours ainsi.

Un édit de Constantin prescrivait l'exécution immédiate des sentences pénales sans donner au condamné le temps de demander grâce. Mais, dans l'intérêt social, on dérogea à ces principes en faveur de la femme enceinte. Il fut décidé que si elle était condamnée à mort, on ne l'exécuterait qu'après son accouchement. Poussant plus loin encore le respect de la vie de l'enfant conçu, les jurisconsultes romains défendirent de mettre une femme enceinte à la question avant sa délivrance (L. 3, D., *de pœnis*).

L'opération, connue de nos jours sous le nom d'opération césarienne, était pratiquée dès les premiers

temps de Rome. La loi *Regia* défend, en effet, d'inhummer la femme enceinte qui vient de mourir avant d'avoir retiré dans son sein l'enfant qu'elle y porte. Celui qui enfreignait cette loi était considéré comme le meurtrier de la mère et de l'enfant (L. 2, D., *de mort. infer.*). La loi ne se préoccupe pas de la question de savoir si l'enfant est assez formé pour pouvoir vivre de la vie extra-utérine. Il faut cependant que la grossesse soit sensible ; autrement, comment aurait-on pu la reconnaître ?

CHAPITRE III

Dans cette seconde partie, la plus étendue de notre étude, nous allons nous occuper de l'influence de la conception sur l'état des enfants, des droits et des obligations de l'enfant conçu et des précautions qu'a prises le législateur pour les conserver jusqu'à leur naissance.

SECTION PREMIÈRE

INFLUENCE DE LA CONCEPTION SUR L'ÉTAT DES ENFANTS

A Rome, la société se divise en deux grandes classes : les hommes libres et les esclaves. Leur condition est absolument différente ; les uns sont, pour ainsi dire, la chose des autres. Aussi importe-t-il de déterminer dans quel cas un enfant naît libre, dans quel cas il naît esclave.

Les Romains avaient posé à cet égard deux règles générales ; deux principes fondamentaux , dont nous trouvons la formule dans les règles d'Ulpien (tit. V, § 8 et 10).

1° L'enfant qui a été conçu *ex justis nuptiis* suit toujours la condition du père. S'il est né hors mariage, il suit celle de la mère.

2° La condition du père s'envisage toujours au moment de la conception ; celle de la mère au moment de l'accouchement.

On a attaqué cette décision comme irrationnelle. S'il est vrai, dit-on, que l'enfant n'a pas acquis après la conception et par cet acte même tout son développement physique, il n'en est pas moins en droit une existence indépendante. La condition du père comme celle de la mère devrait être toujours examinée au moment de la conception sans se préoccuper des changements qui pourraient se produire dans leur état. Nous ne saurions adopter de pareils principes. Comment admettre, en effet, que du commerce d'une femme esclave au moment de la conception, devenue libre ensuite, et d'un homme libre puisse naître un esclave ? La femme connaîtra-t-elle, d'ailleurs, exactement le moment de la conception ? Si esclave elle devient libre à une époque très-rapprochée de cet acte, que faire de l'enfant ? La solution romaine nous paraît la seule vraie. Si la condition du père s'examine au jour de la conception, c'est que, dès ce moment, l'œuvre du père est terminée ; si celle de la mère s'envisage au moment de l'accouchement, c'est que, jus-

qu'alors la vie de l'enfant dépend en quelque sorte de la vie de la mère.

Les enfants légitimes, *statum sumunt ex tempore conceptionis*. L'enfant naît libre alors même que la mère tomberait en esclavage avant sa délivrance.

Pour l'enfant conçu hors mariage d'une femme esclave, la naissance seule fera de lui un homme libre ou un esclave.

Depuis la conception jusqu'à la naissance, quel est l'état d'un enfant ? Est-il le même d'une époque à l'autre ? S'il est libre à sa naissance, doit-il être considéré comme tel du jour de sa conception ? en un mot, y a-t-il rétroactivité dans l'état de l'enfant ?

Cette question ne peut évidemment se poser que lorsque la naissance a une influence sur la condition de l'enfant, c'est-à-dire dans le cas où l'enfant suit la condition de sa mère.

Ecartons le cas sans difficulté où une femme esclave au moment où elle a conçu l'était encore lors de son accouchement. L'enfant n'a jamais été qu'esclave. En dehors de ce cas, il n'y a place que pour deux hypothèses : ou la femme ayant conçu libre, devient esclave et accouche, ou ayant conçu esclave elle devient libre avant sa délivrance. A ne consulter que la règle nous devrions décider que l'enfant naît esclave dans le premier cas, libre dans le second ; car nous supposons qu'elle n'a pas conçu *ex justis nuptiis*. Même en nous en tenant à la rigueur des principes, l'enfant qui naît libre est censé l'avoir toujours été. On dirait autrement qu'il naît affranchi.

Dans cet esprit de faveur pour la liberté, les Ro-

mains ne tardèrent pas à revenir sur leurs premières décisions et c'est en étudiant ces diverses réformes que nous arriverons à la véritable solution de la question que nous nous sommes posé.

Nous avons déjà dit que dans le cas d'union légitime, pour déterminer la condition de l'enfant, on envisageait celle du père au moment de la conception et que, dans le cas d'union naturelle, on envisageait celle de la mère au moment de la naissance. Cette distinction que Gaius justifiait en disant qu'elle était conforme à la raison naturelle disparut un demi-siècle plus tard.

La loi 18 D. *de statu hominum* décide que la femme libre, condamnée à mort pendant sa grossesse, met au monde un homme libre quoique esclave de la peine au moment de l'accouchement. Cette décision toute spéciale fut généralisée. Nous voyons en effet dans un texte que si la femme a conçu libre pour devenir ensuite esclave, son enfant naîtra libre, qu'elle soit mariée ou non (L. 5, § 2, D., *de st. hom.*) On ne distingue plus entre l'enfant conçu *ex justis nuptiis* et l'enfant *vulgo quæsitus*. De même, si une esclave affranchie pendant sa grossesse retombe dans l'esclavage avant son accouchement, elle met au monde un enfant libre. (L. 5, § 3, D., *de st. hom.*)

Ces diverses décisions ont abouti à la doctrine générale posée dans les Institutes. Il faut et il suffit pour que l'enfant naisse libre que la mère ait été libre à un moment quelconque de la grossesse (Inst. *proœm. de ingen.*).

Ainsi l'enfant qui naît d'une femme tour-à-tour

esclave et libre doit être considéré comme libre du jour où il a été conçu.

Cette solution est facile à justifier au point de vue juridique. Dès qu'un enfant conçu est une personne vivante, et qu'il a, par un seul moment de liberté de sa mère, obtenu la qualité de libre, à cause de l'union intime de sa vie avec celle de sa mère, il ne saurait perdre par la faute de cette dernière ce qu'il a acquis. Ce serait en effet organiser une rétroactivité contre lui. Or, *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Mentionnons encore certaines exceptions que nous signale Gaius dans son Commentaire.

Aux termes du sc. Claudien, lorsqu'un maître donnait son consentement aux relations de son esclave avec une *civis romana*, il pouvait mettre pour condition que les enfants lui appartiendraient. Ce sc. ratifiait les conventions passées entre le maître et la femme romaine. Mais il y avait là une violation du principe que l'état des personnes ne peut pas faire l'objet d'une convention privée. Aussi Adrien revenant à la règle du droit des gens voulut-il que l'enfant naquit toujours libre (Gaius, *Com.* 1, § 84).

L'enfant d'une esclave et d'un homme libre pouvait naître libre d'après une loi dont le nom est inconnu, lorsque le père croyait la mère libre et que l'enfant était du sexe masculin. Il y avait là un défaut de logique qu'il fallait faire disparaître. Seulement au lieu de déclarer que tous les enfants quels qu'ils fussent seraient libres, Vespasien revint à l'ancienne règle et décida qu'ils naîtraient tous esclaves (Gaius, § 85).

D'après la même loi, si une femme libre avait des relations avec un esclave dont elle connût la condition, l'enfant issu de ce commerce naissait esclave (Gaius, p. 86).

N'y a-t-il pas une contradiction entre l'abrogation du sc. Claudien et le paragraphe 86 de Gaius? Non, et M. Demangeat l'explique ainsi : Le sc. s'appliquait au cas d'une femme *civis romana* ou *latina* et la loi mentionnée par Gaius était relative à certains *peregrini* seulement. Ce qui le prouve, ce sont les expressions : « *Apud nos lex talis non est.* » C'est là en effet la véritable solution.

Disons, en terminant, que les Romains faisaient une distinction entre la liberté de fait et la liberté de droit.

Nous voyons effectivement l'empereur Marc-Aurèle décider par une de ses constitutions que l'esclave vendu ou donné sous la condition qu'on l'affranchirait dans un temps déterminé serait libre de droit, sinon de fait, au terme du temps fixé pour la durée de son esclavage. Il en est de même pour l'enfant né d'une *ancilla* au moment où celle-ci aurait dû être affranchie, quoiqu'elle ne le soit pas encore en réalité, § 1, D., 53, *de fideic. libertatibus*. Voici l'hypothèse prévue par cette loi 53. Dans un testament se trouve un fidéicommis par lequel la liberté est accordée à une femme esclave. Elle accouche avant que le fidéicommis n'ait reçu son effet. Si l'héritier s'est étudié à retarder cet effet, dans le but de devenir propriétaire de l'enfant de l'esclave, on doit l'affranchir et c'est la mère qui doit lui donner la liberté pour qu'il devienne ainsi son affranchi.

Si dans un testament on affranchit une femme esclave qui accouche avant l'adition d'hérédité, l'enfant naîtra libre.

§ I

Des enfants d'esclaves.

La condition de l'esclave dans le sein de sa mère est la même que celle des esclaves déjà nés, en ce sens, du moins, qu'il est, comme eux, la propriété d'un maître. Mais ce maître, quel est-il ? En principe, l'enfant conçu appartient au propriétaire de la mère elle-même. Mais si une esclave enceinte est vendue, et accouche chez l'acquéreur, quel sera le *dominus* du part ? Ce sera le propriétaire de la mère au moment de l'accouchement (L. 66 *de acq. rer. dom.* D. — L. 12, C. *de rei vind.*) et cela par une sorte de droit d'accession. L'enfant de mon esclave est, en effet, le produit de ma chose. Gaius et Justinien disent bien que le part d'une esclave, par respect pour la dignité humaine, ne peut pas être regardé comme le produit d'une chose, étant absurde que l'homme pour qui la nature a créé ses fruits soit lui-même réputé fruit. Belle pensée, belle phrase, mais phrase creuse si on songe qu'en parlant ainsi, ils examinent le point de savoir si les petits de l'esclave grevée d'usufruit appartiennent à l'usufruitier ou au nu-propriétaire. Ils décident qu'ils appartiendront au nu-propriétaire ; mais Scévola les regardait comme fruits et c'est Brutus qui fit prévaloir l'opinion contraire (L. 68,

D., *de usuf. et quem.*) Justinien suppose le cas où l'usufruitier, croyant que le part de l'esclave est un fruit, le vend (*Inst., de usucap.*, § 5). Il ne parle plus ici de dignité humaine ; cette erreur lui paraît plausible et il déclare qu'il n'y a pas vol et que l'acheteur pourra l'usucaper s'il a cru acheter au véritable propriétaire.

Le part de l'esclave ne sert jamais à augmenter la valeur d'une hérédité ; il n'existe pas encore ; il n'est d'aucune utilité. Il n'en est pas ici comme en matière de fruits où l'on distingue les fruits mûrs de ceux qui ne le sont pas. La solution est la même, que la mère soit sur le point d'accoucher ou non (L. 9, D., *ad leg. Falc.*).

Nous avons déjà dit que le part de l'esclave appartenait au propriétaire de la mère au moment de l'accouchement. Mais il y avait à Rome, à l'époque classique, deux espèces de propriété, la propriété quiritaire et l'*in bonis*. Quel était, dans le cas où la propriété était ainsi divisée, le véritable propriétaire du part ? Celui qui avait la femme esclave *in bonis* était le seul maître du part, ou pour parler un langage plus juridique, il avait, du jour où la tradition de l'esclave lui avait été faite, commencé une usucapion dont personne ne pouvait empêcher l'accomplissement. L'*in bonis*, disons-le en passant, réunissait en lui tous les avantages sérieux de la propriété, tandis que le *nudum dominium in jure Quiritium* n'était souvent qu'un titre qui sommeillait.

On peut usucaper une femme esclave comme une maison ou un champ de terre, et si l'esclave est

enceinte, l'usucapion s'étend sur la mère et sur l'enfant. Le temps légal écoulé, le possesseur est propriétaire de la femme et de l'enfant. Mais le temps ne suffit pas pour permettre au possesseur d'usucaper. Il y a encore deux conditions indispensables à l'usucapion : le juste titre et la bonne foi. Le juste titre, *justa causa*, est le fait juridique qui dénote chez le *tradens* l'intention d'aliéner la chose et chez l'*accipiens* l'intention de l'acquérir. La bonne foi, *bona fides*, est la croyance chez l'*accipiens* que celui qui livre la chose est véritablement propriétaire ou tout au moins capable d'aliéner.

Tels sont les éléments essentiels de toute usucapion. Certaines causes externes peuvent cependant rendre l'usucapion impossible. Ainsi les choses volées ne peuvent jamais être acquises par ce mode d'acquisition, quelle que soit du reste la durée de la possession ; c'est ce que déclare la loi *Attinia*. (Inst. § 2, *de usuc*.) Cette prohibition ne s'adresse évidemment pas au voleur lui-même, une autre raison l'empêche d'usucaper, c'est qu'il n'a ni juste cause, ni bonne foi ; elle s'applique à celui qui achèterait au voleur la chose volée même de bonne foi ou qui la recevrait à un autre titre. Que devient donc l'enfant conçu d'une femme volée avant son accouchement, dans les divers cas qui peuvent se présenter ?

On peut dire d'une esclave qu'elle est volée dans plusieurs cas. Elle est volée lorsqu'on l'enlève des mains de son maître ou lorsque celui qui la détenait à titre de dépôt ou de commodat l'a vendue et livrée à un tiers. L'esclave fugitive commet aussi un vol de

sa propre personne au préjudice de son maître. Le vice de la chose est pour ainsi dire indélébile; il ne peut s'effacer que par le retour de l'objet volé aux mains du propriétaire. Encore ne suffit-il pas qu'il la reprenne à un titre quelconque, par exemple, par voie d'achat ou de donation; il faut qu'il la recouvre comme sienne avec l'intention de rentrer en fait dans l'exercice d'un droit qui n'a pas cessé de lui appartenir, et non d'acquérir un droit nouveau.

Quels que soient ceux entre les mains de qui l'esclave passera, elle sera toujours chose furtive. Mais en est-il de même de l'enfant qu'elle porte dans son sein au moment du vol, ou depuis ce moment?

Plusieurs cas sont à étudier; examinons-les avec soin :

1° La femme, volée pendant qu'elle est enceinte, accouche chez le voleur. Il est de principe que ce que le voleur retire comme fruits de la chose volée est aussi volé. Sans assimiler le part d'une esclave à un fruit, on ne peut nier qu'il ne soit le produit d'une chose volée et comme tel censé volé. Le voleur ne peut donc pas l'usucaper. La solution et la raison de décider seraient les mêmes si l'enfant avait été conçu et était né chez le voleur. (L. 48, § 5, D., *de furt.* L. 26, D., *de st. hom.*)

2° Le voleur ne peut jamais usucaper le part de l'esclave qu'il a volée; mais en est-il de même de son héritier? Que décider relativement aux bénéficiaires que le voleur aura retiré de la chose volée, s'il ignorait son origine? Les jurisconsultes romains sont loin de s'entendre sur ce point.

Marcellus déclare en effet que si une vache est devenue pleine chez l'héritier du voleur et y a mis bas, l'usucapion du veau ne peut pas avoir lieu à son profit, et il ajoute que la solution serait la même s'il s'agissait du part d'une esclave. Suivant Scevola, au contraire, l'héritier du voleur peut parfaitement usucaper l'enfant de l'esclave. (L. 10, D. § 2, *de usurp. et usuc.*) La raison qu'il donne pour justifier sa décision, c'est que l'enfant d'une esclave volée ne fait pas partie de la chose volée. (L. 26, D. *de verb. signif.*) L'opinion de Marcellus nous paraît plus conforme aux véritables principes. L'héritier succède en effet à tous les droits du défunt et à toutes ses obligations. Son ignorance du vol de certaines choses ne leur enlève pas pour cela le caractère de choses furtives entre ses mains comme dans celles du voleur lui-même. (L. 11, D. *de divers. temp. præscript.*) Nous trouvons, au reste, la décision de Marcellus confirmée dans un texte où le jurisconsulte Paul déclare formellement que l'héritier du voleur, succédant aux droits du défunt, n'usucapera pas le part de l'esclave conçu et né chez lui, alors même qu'il ignorerait le vol. (L. 4, § 15, D., *de usurp. et usuc.*) Il s'ensuit qu'il ne peut pas réclamer cet enfant par la Publicienne, lorsqu'il est entre les mains d'un possesseur de bonne foi. (L. 10, § 2, D. *de Publ. in rem. act.*)

3° Le voleur vend l'esclave enceinte à un tiers de bonne foi chez lequel elle accouche. Dans ce cas, l'enfant dont l'esclave était enceinte au moment du vol ne pourra pas être usucapé. On le considère, en effet, comme né chez le voleur, l'époque de la conception

étant antérieure au vol. Il y a plus : s'il a été conçu chez le voleur, il est considéré comme chose furtive, et ne peut être usucapé. Mais il se produit ici quelque chose de remarquable. Dans les cas précédents, l'action de vol pouvait être exercée ; il n'en est pas de même dans celui qui nous occupe. On ne peut pas agir contre le voleur qui a vendu la mère enceinte. La raison de décider ainsi, c'est que les stoïciens et avec eux Ulpien pensaient que le part n'existant pas ne pouvait pas être volé. L'usucapion n'était possible que si l'enfant revenait comme sien entre les mains du véritable maître (L. 12, C., *de furtis*).

4° Il nous reste encore à examiner le cas où l'enfant a été conçu et est né chez un acheteur de bonne foi. Le possesseur de bonne foi d'un fonds fait les fruits siens ; aussi le croît des animaux lui appartient-il. Mais en est-il de même des enfants d'une esclave qui, eux, ne sont pas des fruits ? Quoiqu'on puisse douter qu'ils appartiennent dès leur naissance au possesseur de bonne foi comme le croît des animaux, il n'en est pas moins vrai que s'ils ont été conçus chez lui, il pourra en acquérir l'usucapion en les possédant pendant le temps prescrit. Ainsi, non-seulement l'acheteur de bonne foi, mais encore ceux qui possèdent en vertu d'un titre permettant l'usucapion, peuvent usucaper les enfants d'une femme volée. Car on doit pouvoir acquérir par l'usucapion les enfants d'une esclave, en vertu du titre par lequel on acquerrait la femme elle-même, à moins que la loi *Attinia* ne vienne s'y opposer, c'est-à-dire dans le cas où les enfants ont été conçus et sont nés pendant que le possesseur ignorait

que la femme eût été volée. Il est de principe qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause de sa possession. Cependant, cette règle n'est vraie que si le possesseur sait qu'il ne possède pas de bonne foi. « Ainsi, si quelqu'un a acheté sciemment une esclave à quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, il en jouira comme possesseur; mais s'il l'achète au véritable propriétaire, il en jouira comme acheteur, sans être censé avoir changé la cause de sa possession. » (L. 33, D., *de usurp. et usuc.*)

En principe, l'enfant qui a été conçu et qui est né chez un possesseur de bonne foi peut être usucapé par lui (L. 48, § 5, D., *de furt.*). Mais en vertu de quel titre le possesseur de bonne foi usucapera-t-il le part? Ce n'est pas *pro emptore*, car il n'y a pas vente de l'enfant. Nous verrons cependant un cas où l'usucapion est considérée comme usucapion *pro emptore*. L'usucapion procède ici au titre *pro suo*. On qualifiait ainsi la possession et l'usucapion quand il était impossible de les rattacher à un titre ayant un nom spécial. Les juriconsultes étaient loin de s'entendre sur les conditions nécessaires à cette usucapion. Nous trouvons, en effet, des solutions différentes dans des cas absolument identiques. Le juriconsulte Julien déclare que celui qui a reçu de son esclave une esclave enceinte et volée pour prix de son affranchissement, peut qualifier de *pro emptore* l'usucapion des enfants à naître de cette esclave, parce qu'il y a eu entre le maître et l'esclave une sorte de vente (L. 9 et 10, D., *pr. empt.*). Le juriconsulte Paul, reproduisant l'opinion de Sabinus et de Cassius, déclare, au contraire, que,

dans ce cas, l'usucapion est impossible, parce que la possession que l'on a de l'esclave est vicieuse (L. 4, § 16 et 17, D., *de usurp. et usuc.*). Y a-t-il entre ces textes une véritable antinomie? Non. Julien parle du cas où le possesseur n'a pas su avant la naissance de l'enfant que la mère était volée. Dans ce cas, la bonne foi a existé au moment où il a commencé à posséder la mère, — ce qui est nécessaire pour usucaper le part (L. 44, § 2, D., *de usurp. et usuc.*), — et au moment où a commencé la possession de l'enfant, c'est-à-dire au moment de la naissance.

La décision de Paul, au contraire, s'applique au cas où, avant la naissance de l'enfant, le possesseur de la mère a su qu'elle était volée. Il ne peut usucaper ni la mère, car elle est chose furtive, ni l'enfant, car, au moment de la naissance, il est de mauvaise foi. Cette explication, la seule possible, est reproduite dans un texte de Paul, où il déclare que si l'acheteur, avant l'accouchement, a su que l'esclave était volée, l'usucapion de l'enfant est impossible, mais que, s'il l'a ignoré, il peut l'usucaper (L. 4, § 18, D., *de usurp. et usuc.*).

Il faut distinguer cependant le cas où la mère n'appartient pas au vendeur de celui où elle a été volée. Dans le premier cas, en effet, on peut usucaper l'enfant; et, dans le second, on ne le peut pas, si on a su que la mère était furtive. Cette différence est, du reste, parfaitement rationnelle. Lorsque la mère appartient simplement à un autre, je puis l'usucaper, et, avec elle, les enfants qui en naîtront. Il suffit que je l'aie possédée de bonne foi, et on se reporte pour le savoir au moment de la tradition de la mère. Si la mère est, au

contraire, furtive, je ne puis pas l'usucaper ; mais si je suis de bonne foi, je puis obtenir l'usucapion de l'enfant, et ma possession ne commencera qu'au moment de sa naissance. Telles sont les raisons qui expliquent la disparité qui existe entre la loi 44, § 2, *de usurp.*, et la loi 4, § 18, *h. t.*

La loi 4, D., *pro suo*, nous donne encore un exemple des divergences qui existaient entre les jurisconsultes relativement aux conditions nécessaires à l'usucapion de part. Celui qui achète de bonne foi une esclave volée, qui conçoit et accouche chez lui, peut en usucaper le part, alors même que, pendant le temps nécessaire à l'usucapion, il aurait su que la mère avait été volée. Pomponius pense, contrairement à Trébatius, qu'il faut faire une distinction. Si, pendant le temps nécessaire à l'usucapion, il a ignoré à qui appartenait l'esclave, ou s'il l'a su sans pouvoir en instruire le maître, ou s'il l'en a instruit, il peut usucaper le part. Mais s'il a su que l'esclave n'était pas au vendeur, et si, pouvant en instruire le maître, il ne l'a pas fait, l'usucapion est impossible, parce que la possession est clandestine (L. 4, D., *pro suo*).

Le possesseur de bonne foi d'une esclave peut tenter l'action Publicienne relativement au part qu'il usucape ; mais il faut qu'au moment où il l'intente il ignore que la mère soit volée (L. 11, § 2, 3, 4, D., *de Publ. in rem act.*).

Disons en terminant que l'empereur Léon, dans une de ses Constitutions, trancha définitivement la question. Il déclare, en effet, contraire au principe qu'on doit rendre à chacun ce qui lui appartient la loi qui

décide que, dans le cas où une femme esclave, enlevée à son maître, accoucherait hors de chez lui, elle lui sera rendue seule, et que l'enfant restera à celui chez qui elle aura accouché. L'enfant doit revenir toujours au maître de la mère (Const. XXIX de l'emp. Léon).

Nous venons d'examiner les différents cas dans lesquels un enfant conçu est esclave et quelle est sa condition. Mais, à côté de l'esclavage, on trouve, dès avant Constantin et vers le iv^e siècle, une institution qui devint un des éléments de la société romaine ; nous voulons parler du colonat, qui donne aussi à des enfants simplement conçus des qualités pouvant donner lieu à discussion. Cette institution mixte entre la liberté et l'esclavage ne vint nullement d'un adoucissement apporté à la condition des esclaves. Le colonat se forma par la transplantation des Barbares et le transport d'une grande masse d'hommes libres sur le sol des provinces. C'est ce qui a fait dire à notre savant maître, M. Ginoulhiac, qu'on alla de la liberté au colonat, non de l'esclavage au colonat.

S II

Des enfants des colons.

Sous Constantin, les colons sont libres ; ils cultivent le sol à la charge de payer une redevance annuelle ; mais ils restent sur la terre, le maître ne peut les en chasser. A cette époque ils ont le *connubium*. La situation des enfants est parfaitement établie. Peu à peu la condition des colons se modifie, et, sous Théo-

dose, nous les trouvons esclaves de la terre, *servi terræ*. Ils ne peuvent ni la quitter ni en être chassés. Leur condition se rapproche de plus en plus de celle des esclaves ; la différence entre eux n'existe guère que de nom. Ils ne peuvent plus être aliénés sans la terre, ni la terre sans eux. De plus, ils ont perdu le bénéfice du *connubium*. C'est de cette époque que nous allons nous occuper en étudiant les effets de l'union entre colons, entre colon et personne libre, entre colon et esclave.

L'enfant de deux colons naît colon. Mais il peut se faire que l'enfant de parents libres soit colon. Ainsi un homme et une femme libres restent trente ans sur le fonds de Primus, jouant le rôle de colons. Après ces trente années, la prescription s'accomplit contre eux, et les voilà pour toujours attachés au sol. Ils ne peuvent plus exciper de leur qualité d'homme libre et de femme libre. Supposons qu'ils se soient mariés et qu'au moment où les trente ans s'accomplissent la femme soit enceinte. L'enfant qu'elle porte dans son sein, quoique conçu pendant que ses parents étaient libres, naîtra colon (L. 23, § 1, C. de agric. et censit. et colon.)

Quand un homme libre s'unit à une femme *adscriptitiæ conditionis*, les enfants ont la même condition que la mère, c'est-à-dire sont colons. (L. 16, C. h. t.) Au temps de Constantin, l'enfant eût été libre, parce que les colons avaient le *connubium*.

A l'inverse, l'enfant d'un colon et d'une femme libre naît libre au v^e siècle, parce qu'ils n'ont plus le *connubium* et qu'alors l'enfant suit la condition de la mère.

(L. 24, C. h. t.) Mais les maîtres peuvent toujours briser de semblables unions qui, en se multipliant, auraient trop sensiblement diminué le nombre des colons. Et en cela la condition des esclaves est meilleure; car l'union d'un esclave et d'une femme libre ne sera jamais rompue quant aux effets, si le maître l'a autorisée.

Dans l'union entre colon et esclave, l'enfant suit toujours la condition de la mère. Il sera esclave ou colon, suivant que la mère sera esclave ou *adscriptitia*.

Dans ses Nouvelles, Justinien applique aux colons la loi *Mensia*, suivant laquelle l'enfant suit toujours la condition pire.

Voilà terminée l'étude des divisions fondamentales de la société romaine au point de vue du sujet qui nous occupe et principalement de l'esclavage.

§ III

Des enfants des peregrini.

Parmi les hommes libres il nous reste encore à distinguer les *cives* des *peregrini*. Quoique, dans le droit de Justinien, cette division ait complètement disparu, elle a joué un grand rôle dans l'histoire de la civilisation romaine et, à ce titre, elle est intéressante. Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen approfondi des différences qui existaient entre les Romains et les pérégrins au point de vue de leurs droits. Disons seulement que considérés d'abord

comme des ennemis (*hostes*), ils virent peu à peu leur situation s'améliorer jusqu'au jour où ils furent complètement assimilés aux citoyens romains.

Dans quel cas peut-on dire qu'un enfant naît citoyen romain ou pérégrin ? En matière de nationalité, les règles sont les mêmes qu'en matière d'esclavage. Pour reconnaître si un enfant naît citoyen romain ou pérégrin, nous devons appliquer les règles que nous avons appliquées déjà pour savoir si tel enfant naît libre ou esclave.

Lorsqu'il y a *connubium* entre le père et la mère, l'enfant suit la condition du père ; lorsque le *connubium* n'existe pas entre eux, il suit celle de la mère. Ainsi l'enfant d'un romain et d'une latine naît latin, nous dit Ulpien, *Reg.*, tit. V, § 8. De même l'enfant conçu du mariage d'un romain et d'une pérégrine naît pérégrin, parce que de telles *nuptiæ* ne sont pas justes (Gaius, C. 1, § 67).

Ulpien nous apprend qu'il y avait une exception à ce principe. Celui qui naît d'un pérégrin et d'une romaine naît pérégrin, parce que, d'après la loi Mensia, l'enfant suit toujours la condition la plus mauvaise. Gaius dit au contraire (C. I, § 80) qu'un sénatusconsulte rendu sous Adrien avait décidé que l'enfant né d'un latin et d'une romaine naîtrait romain. Il y a entre ces deux textes une antinomie qui n'est qu'apparente, car tandis que la loi Mensia s'applique aux pérégrins affranchis en général, le sen. d'Adrien ne parle que des seuls affranchis latins. Les enfants conçus entre latins et pérégrins suivent toujours la condition de la mère.

La condition du père doit être toujours examinée au moment de la conception, celle de la mère au moment de la naissance. Une femme romaine enceinte est condamnée à l'interdiction de l'eau et du feu. Elle devient ainsi pérégrine. L'enfant qu'elle mettra au monde sera romain s'il a été conçu *ex justis nuptiis*, pérégrin s'il a été conçu *vulgo* (Gaius, Com. I, § 90).

De même l'enfant d'une pérégrine qui devient romaine pendant sa grossesse naît citoyen romain. Mais si cette pérégrine était mariée à un pérégrin suivant les habitudes de leurs pays, l'enfant naît pérégrin, à moins que le père n'ait acquis aussi le droit de cité (G., § 92). L'enfant latin ou pérégrin pouvait devenir cependant citoyen romain sans son fait, dans le cas où un romain ayant épousé une pérégrine la croyant romaine, prouve son erreur et en fait connaître les motifs (G., § 67).

Les hommes libres n'acquièrent la qualité de citoyens romains qu'en vertu d'une concession individuelle ou générale. La concession personnelle ne s'étend pas aux enfants. Si donc la concession est faite à une femme enceinte, faudra-t-il décider que l'enfant ne naîtra pas romain ? Non ; car, au moins sous Justinien, l'enfant qui naît d'une romaine est toujours romain.

§ IV

Des effets du postliminium sur les enfants conçus.

Il nous reste encore, avant de quitter ce sujet, à parler du *jus postliminii* et de son influence sur l'enfant conçu.

Le *postliminium* est un bénéfice qui permet au captif rendu à la liberté de recouvrer tous les droits qui lui appartenaient au jour de son entrée en captivité. C'est, comme le dit fort bien M. Accarias, « une fiction légale qui efface la captivité et répute non avenues les conséquences attachées à la servitude. » Le captif, de retour à Rome, est censé avoir dormi pendant tout le temps de sa captivité. La puissance paternelle qui lui appartenait ou à laquelle il était soumis au moment de sa capture se trouve à son retour avoir subsisté sans interruption.

Si une femme enceinte devient prisonnière et accouche en captivité, l'enfant qui naît a le *jus postliminii* comme sa mère en revenant sur le sol romain ou sur un sol ami (L. 26, D. *de st. hom.*) L'enfant qui a été conçu à Rome en profite comme s'il y était né. Autre cas : le mari et la femme sont faits prisonniers de guerre ; chez l'ennemi, la femme devient enceinte et accouche ; l'enfant naîtra légitime et sous la puissance de son père, s'ils reviennent tous à Rome. C'est là un effet du *jus postliminii*. Si l'enfant revenait seulement avec sa mère il serait naturel (L. 25, D. *de capt. et postlim.*) parce que la loi Cornélia qui

institue des héritiers légitimes à celui qui est mort chez l'ennemi ne s'applique pas au cas où l'enfant a été conçu en captivité (Cod., L. 1, *de postl. revers.*)

L'enfant qui était encore dans le sein de sa mère au moment de la captivité du père est censé être né lorsqu'il a été pris, et si le père meurt chez l'ennemi, sa mort sera censée remonter au jour de sa captivité. (L. 18, D., *de capt. et postl.*)

Tels sont les principes relatifs au *jus postliminii* ; les conséquences en sont nombreuses et faciles à déduire ; aussi notre dessein est-il de ne pas les aborder.

§ V

Des enfants légitimes ou non.

Les Romains distinguaient encore, parmi les personnes libres, les enfants légitimes de ceux qui ne l'étaient pas. Distinction importante, car les enfants légitimes avaient des droits de succession sur les biens de leur père, et les enfants illégitimes, au moins jusqu'à Justinien, en étaient privés. Le moment de la conception a une influence directe sur l'état de l'enfant au point de vue qui nous occupe. Un enfant naît en effet légitime lorsqu'il a été conçu pendant le mariage, pendant la durée des *justæ nuptiæ*. Comment le savoir ? C'est en fixant les limites extrêmes de la durée des grossesses. Pour résoudre ce problème, les Romains eurent recours à la science. Reproduisant dans les textes les données fournies par Hippocrate,

ils décidèrent que la durée *maxima* de la grossesse serait de dix mois ou 300 jours, et la durée *minima* de 182 jours. Pour que l'enfant soit légitime, il faut donc qu'il ait été conçu au plus tard le 183^e jour, et au plus tôt le 301^e jour avant sa naissance. Le délai dans lequel doit avoir lieu la conception est de 118 jours. Si un seul de ces jours se place dans la durée du mariage, l'enfant naîtra légitime.

Telle est la théorie de la légitimité en droit romain. Il nous reste à examiner la question du désaveu de paternité, et les cas dans lesquels le mari est obligé de reconnaître les enfants de sa femme. Nous trouvons dans les textes deux sénatusconsultes relatifs à cette matière, le sénatusconsulte Plancien, et un autre sénatusconsulte rendu sous Adrien.

Le sénatusconsulte Plancien concerne les enfants dont une femme se dit enceinte après son divorce. Il s'occupe de ceux qu'il oblige à reconnaître leurs enfants, et des femmes qui en supposent qui ne sont pas les leurs.

Que doit faire la femme pour que le mari soit obligé de reconnaître l'enfant dont elle se dit enceinte après le divorce ?

Elle doit dénoncer sa grossesse à son mari ou à celui sous la puissance duquel il se trouve, ou à son domicile. (L. 1, § 2, 3, D. *de agn. vel alen. liber.*) Cette dénonciation doit être faite dans les trente jours à partir du divorce (§ 9). Si elle laisse passer ce délai, elle ne pourra plus être écoutée dans sa dénonciation, qu'en connaissance de cause (§ 7).

Que doit faire le mari pour ne pas être tenu de

reconnaître l'enfant ? Il a le choix entre deux moyens. Il peut, ou envoyer des gardiens à sa femme, ou nier que la femme soit enceinte de ses œuvres (§ 3). Les gardiens sont chargés d'observer son état ; elle est obligée de les recevoir. Voilà les prescriptions relatives au père et à la mère. Demandons-nous maintenant quelles conséquences résultent pour l'enfant de ce qu'elles n'ont pas été accomplies. Plusieurs cas peuvent se produire : 1° La femme a fait sa dénonciation, mais le mari n'a rien fait. Il est obligé de reconnaître l'enfant ; mais il ne s'ensuit pas que cet enfant soit son fils ; ce n'est qu'une forte présomption (§ 12). 2° La femme a dénoncé sa grossesse et le mari s'est contenté de ne pas la nier. Il doit nourrir l'enfant, mais il n'est pas son fils pour cela (§ 14). 3° La femme a contrevenu au sénatusconsulte. L'enfant pourra prétendre encore qu'il est le fils du mari de sa mère, et l'obliger à lui fournir des aliments (§ 13). Si le juge a condamné le mari à reconnaître l'enfant, il n'en faut pas moins examiner la question de la paternité (L. 10, D., *de his qui sui vel alieni*). 4° Si la femme accouche dans les trente jours du divorce, sans dénoncer sa grossesse, le sénatusconsulte ne peut plus être invoqué ; mais l'enfant n'en subit aucun préjudice (L. 4, § 10, D., *de agn.*). 5° L'envoi des gardiens par le mari sur la dénonciation de sa femme ne préjudicie en rien à son droit de soutenir que la femme n'est pas enceinte, ou ne l'est pas de lui. A plus forte raison doit-on en dire autant si le mari a allégué que l'enfant n'était pas de lui (§ 11 et fin.).

En résumé, que le mari ou la femme se soient conformés ou non aux prescriptions du sénatusconsulte Plancien, le résultat est le même pour l'enfant ; son état sera toujours soumis à discussion. Mais si dans la question de savoir si la femme était enceinte du mari, il a été jugé que l'enfant était de lui, il devra le reconnaître, alors même qu'il ne serait pas son fils. S'il en a été décidé autrement, il faudra se conformer au jugement. (L. 2 et L. 3, D., h. t.)

Le sénatusconsulte rendu sous Adrien s'occupe des enfants qui naissent pendant le mariage. Il définit le fils, l'enfant d'une femme et de son mari, et il ajoute qu'il ne faut pas ajouter foi aux déclarations d'un mari qui ne veut pas reconnaître l'enfant de sa femme, parce qu'il n'a pas cohabité avec elle. Mais immédiatement après, il formule de grandes restrictions. Si l'état de santé ou quelque infirmité du mari l'a rendu incapable d'engendrer, l'enfant qui naîtra de sa femme à la connaissance de ses voisins ne sera pas le sien. (L. 6, D. *de his qui sui vel al.*) Il ne faut pas oublier qu'à Rome, les voisins pouvaient faire preuve de la filiation lorsque l'état civil faisait défaut. (L. 9, Cod., *de nuptiis.*)

Lorsque à la question de reconnaissance d'un enfant vient se mêler celle de savoir si la femme était l'épouse du mari, on agira conformément à l'esprit du sénatusconsulte, et on jugera préalablement si le mariage a existé ou non. La raison de douter était que ces sénatusconsultes s'appliquent dans le cas où l'enfant est né pendant le mariage ou après le divorce et que

la difficulté à trancher est celle de savoir s'il y a eu mariage. (L. 3, § 4, h. t.)

On ne peut agir conformément à ces sénatusconsultes que pendant la vie du mari. Ils ne reçoivent plus d'application après la mort du père, s'il n'y a personne sous la puissance de qui l'enfant doit retomber. Cet enfant n'aura plus qu'un droit, celui d'intenter l'action en pétition d'hérédité et, à cette occasion, on examinera s'il est ou n'est pas né de celui dont il réclame la succession. (L. 3, § 5, h. t.)

Si l'enfant naît après la mort de son père, du vivant de son aïeul, sous la puissance de qui il doit rester, le jugement préalable devra être rendu à l'égard du grand-père. (L. 3, § 2, h. t.)

Le sénatusconsulte Plancien dont nous avons parlé concerne le cas dans lequel la femme, après le divorce, prétend être enceinte de son précédent mari. Il peut arriver au contraire que le mari, après le divorce, prétende qu'elle est enceinte, encore qu'elle le nie. Que peut faire le mari? La loi lui permet d'appeler la femme devant le préteur pour avoir à répondre sur sa grossesse (L. 1, et § 2, D. *de insp. vent.*), mais elle ne lui assigne pas un délai. Aussi le préteur peut, en connaissance de cause, l'écouter après trente jours. (L. 1, § 9, h. t.) La femme appelée devant le préteur peut, ou refuser de comparaître et de répondre, ou avouer sa grossesse, ou la nier.

Si elle refuse de comparaître, ou de répondre aux questions qui lui seront posées, faut-il donner au mari la faculté de ne pas reconnaître son enfant? Cette sanction serait sans portée, car il est évident

que dans le cas qui nous occupe le mari préfère le reconnaître que rester sans enfants. Il faut donc que le préteur puisse la forcer à comparaître et à répondre, en la condamnant à une amende et en saisissant des gages. (L. 1, § 3, h. t.) Si elle répond qu'elle est enceinte, on se conformera aux dispositions des sénatusconsultes (L. 1, § 4.)

Si elle nie, on appliquera le rescrit impérial. Le préteur choisira une maison honnête pour y placer la femme ; là elle sera visitée par trois sages-femmes d'une habileté et d'une probité reconnues (L. 1, § 4, 5, 6, h. t.) Si elle refuse de se rendre dans la maison désignée ou de se laisser visiter, elle sera condamnée comme précédemment.

Si elle se laisse visiter, de deux choses l'une : ou la majorité des sages-femmes déclare qu'elle est enceinte, ou elle déclare qu'elle ne l'est pas. Dans le premier cas, on lui ordonnera de recevoir un gardien et si elle n'accouche pas, le mari sera censé avoir fait à sa femme une demande injurieuse et elle pourra intenter contre lui l'action d'injure (L. 1, h. t.), mais seulement si elle prouve qu'il avait l'intention de l'offenser. Dans le second cas, elle pourra aussi le poursuivre par cette action. Nous réservons pour la partie relative aux droits successifs de l'enfant conçu, l'examen du cas où la femme se déclare enceinte après la mort de son mari.

Nous n'avons parlé jusqu'ici de l'enfant conçu que par rapport à son état. Etudions-le maintenant relativement à ses droits.

SECTION II

DROITS DE L'ENFANT CONÇU

Les Romains admirent ce principe que l'enfant doit être considéré comme né dans *presque* toutes les parties du droit civil. Ils lui reconnurent des droits, mais avec une restriction formulée dans ce brocard qui sert de règle : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. (L. 26 et 7, D., de st. hom. et L. 251, de verb. sign.) Ils admirent que l'enfant simplement conçu, qui, si on le supposait déjà né, pourrait invoquer un droit, doit être provisoirement du moins considéré comme né. Aussi ses droits lui sont-ils réservés jusqu'à sa naissance ; mais il faut pour qu'il en profite qu'il naisse vivant. La fiction est restreinte aux cas où l'intérêt de l'enfant est en jeu. Occupons-nous en premier lieu, à cause de leur petit nombre, des cas dans lesquels il n'a aucun intérêt.

1° L'enfant conçu ne compte pas pour excuser son père d'une tutelle, parce qu'il n'est pas considéré comme né lorsqu'il s'agit de l'intérêt des autres (L. 2, § 6, D. de excusat.).

2° A Rome, un père qui avait un nombre déterminé d'enfants pouvait obtenir certains honneurs avant l'âge. L'enfant conçu ne lui servait en rien pour arriver à ces honneurs.

3° L'enfant conçu ne profite nullement à sa mère

pour l'obtention du *jus liberorum*. Qu'est-ce que le *jus liberorum*? Le sénatusconsulte Tertyllien établi par Adrien conféra à la mère un droit de succession sur les biens de ses enfants, mais seulement lorsqu'elle en avait trois au moins. Ils ne comptaient que s'ils étaient nés vivants et à terme, c'est-à-dire dans le septième mois de la grossesse (Paul, *Sent.*, lib. IV, tit. IX, § 1 et 5).

4° L'enfant conçu d'une esclave qui fait partie de l'hérédité ne compte pas pour l'évaluation de la quarte Falcidie, et ne profite pas au légataire (L. 9, D., *ad leg. Falc.*).

5° Nous verrons plus loin que les enfants émancipés ne doivent pas le rapport à l'enfant conçu.

Tels sont les cas dans lesquels on déroge au brocard : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Revenons à la règle.

La question des droits de l'enfant conçu se rattache surtout aux droits qu'il a sur la succession de son père. Nous supposerons, pour simplifier nos explications, que l'enfant conçu est le fils légitime du mari de sa mère. Tous les posthumes (et cette expression comprend tous les enfants qui naissent après la mort de leur père) ne sont pas, en effet, admis à sa succession. Pour qu'un enfant conçu puisse succéder à quelqu'un, il ne suffit pas qu'on le suppose conçu au moment du décès du *de cujus*, il faut qu'il naisse dans les dix mois depuis la mort du *de cujus*. S'il naît après ce délai, il est exclu de la succession.

Tout ce que nous disons là n'est relatif qu'à la suc-

cession du père ; il ne peut être, en effet, question de la mère, puisqu'elle doit vivre au moment où l'enfant vient au monde. Il est cependant un cas où il est appelé à lui succéder ; c'est celui où il naît à la suite de l'opération césarienne.

Rappelons, avant d'entrer dans les détails relatifs aux droits successifs de l'enfant conçu, les principes du Droit romain en matière de succession.

Nous devons d'abord distinguer les hérédités *ab intestat* des hérédités testamentaires. Le testament étant en grand honneur à Rome, il était rare qu'un citoyen mourut *intestat*, au moins de sa propre volonté. Cependant, bien des causes annulant le testament, on se trouvait en face d'une succession *ab intestat*, même quand il y avait eu un testament de fait.

Les héritiers appelés en premier lieu étaient les *heredes sui*, les héritiers siens. C'est surtout de cette catégorie de successeurs que nous avons à nous occuper. Quels sont donc les *sui heredes*? Sont héritiers siens, tous ceux qui sont sous la puissance immédiate du *de cuius* au moment de son décès, en supposant que la délation de l'hérédité s'opère à ce moment. Mais il peut se faire que l'époque de la délation soit retardée. Dans ce cas sont héritiers siens tous ceux qu'il avait sous sa puissance médiate ou immédiate au moment du décès, mais qui s'y seraient trouvés sans intermédiaire au moment de la délation (§ 7 de *hered. ab intestat*, *Inst. Just. lib. III*, tit. I). Cette règle excluait les enfants simplement conçus à ce moment. Par exception, on admit à succéder

comme *sui hæredes* les enfants ou petits-enfants conçus à l'époque de l'ouverture de la succession du père ou de l'aïeul. Cette assimilation fut admise de bonne heure à Rome.

Après les *sui hæredes* venaient les agnats dans l'ordre successif. Les agnats sont les parents par les mâles, les frères, fils de frère, etc. Entre agnats c'est le plus proche qui succède, c'est-à-dire le plus proche de ceux que l'agnation rattache au *de cuius* au moment de sa mort. C'est par exception à la règle et en vertu d'une jurisprudence qui s'introduisit sous Cicéron, qu'on admit à succéder les enfants simplement conçus au moment du décès de celui dont ils seraient nés les agnats. Ensuite venaient les cognats, depuis les modifications introduites par le droit prétorien. L'enfant conçu héritier sien, ou agnat, ou même cognat du défunt, était donc appelé par le droit civil et par le droit prétorien à lui succéder. La loi 26, D., *de stat. hom.*, nous dit que les successions légitimes leur sont rendues à leur naissance; mais, jusqu'à ce moment, que deviennent les biens qui composent la succession? Le préteur envoie la mère de l'enfant conçu en possession de ces biens au nom de celui-ci. Ces possessions de biens dans le cas de succession *ab intestat* sont la *bonorum possessio unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, sur lesquelles nous aurons à revenir.

Hérédité testamentaire. — Les héritiers se divisaient en trois classes :

1° Les héritiers nécessaires; 2° les héritiers siens et nécessaires; 3° les héritiers externes. Les seconds

seuls devaient être institués ou exhéredés. Les héritiers siens sont ceux qui, au moment de la confection du testament, étaient sous la puissance du testateur. Cette définition exclue les posthumes. Ce n'est plus ici, comme dans le cas de succession *ab intestat*, le moment de la mort qu'il faut envisager, c'est celui de la confection du testament. Leur omission annulait le testament. Comment pouvait-on l'éviter? Comment empêcher que la naissance d'un posthume, qui, s'il eût vécu, aurait été héritier sien, ne vint rompre le testament?

Dans l'ancien droit classique, à l'époque où le testament se faisait *per aes et libram*, on ne le pouvait pas. La nature même, la forme du testament s'opposait en effet à l'institution des posthumes. Par une heureuse réaction contre ces principes, les jurisconsultes distinguèrent le posthume sien, c'est-à-dire celui qui en le supposant né au moment de la confection du testament se trouverait sous la puissance du testateur, et celui qui, dans la même hypothèse, ne s'y trouverait pas, ou posthume externe. Ils permirent l'institution du premier, non celle du second. On put ainsi, pour éviter la rupture du testament par agnation d'un héritier sien, instituer ou exhéredé à l'avance tout individu qui pouvait acquérir la qualité d'héritier sien par sa naissance ou par tout autre fait. L'omission n'avait pas les mêmes résultats, suivant qu'elle s'adressait à une fille ou à un fils. Si c'est un fils qui est passé sous silence, le testament devient nul. Si c'est une fille, le testament reste valable; elle prend une part virile de l'hérédité, si les institués

son: *sui hæredes*, et la moitié si ce sont des *extranei*, par un droit appelé *jus accrescendi*, mais non comme héritière.

D'après le droit prétorien, l'omission d'un *suus* n'entraînait jamais la nullité du testament. Le préteur lui accordait la *bonorum possessio contra tabulas*, dont nous étudierons plus loin les effets.

Sous Justinien, l'omission d'un *suus* entraîne toujours la nullité du testament, quand même le *suus* serait précédé.

L'enfant conçu a donc une vocation héréditaire aux biens composant la succession de celui dont il aurait hérité s'il fut né au moment de sa mort. Lorsqu'il est exhéredé, il n'a droit à rien, et le préteur ne vient pas à son aide; il n'a pour toute ressource que l'action appelée *querela inofficiosi testamenti*; son tuteur peut l'intenter à sa naissance. Lorsqu'il est institué, il a droit à la part qui lui a été réservée par le testament, et s'il n'y a pas de testament, à la portion qui lui est réservée *ab intestat*. S'il est omis, il aura la part qu'auront chacun des autres *sui hæredes* institués. Déterminons, dans le cas de succession *ab intestat*, la part qui lui est réservée. Prenons un exemple : Un mari meurt laissant sa femme enceinte. Ou l'enfant conçu est le seul successible, ou il y en a d'autres du même degré que lui, ou il y en a d'un degré inférieur.

Une femme peut accoucher de plusieurs enfants. Si l'enfant ou les enfants dont elle est enceinte sont les seuls appelés à la succession, le partage se fera

par tête à leur naissance. Ils profiteront seuls de l'hérédité.

S'il existe déjà des héritiers du même degré, quelle sera leur portion héréditaire? Quoique d'ordinaire les femmes ne mettent au monde qu'un enfant à la fois, les Romains pensèrent qu'il fallait prendre d'autres bases pour déterminer la part des héritiers déjà existants. Il valait mieux, en effet, leur donner moins que ce qu'il leur était dû avant la naissance de l'enfant conçu que d'être obligé de leur reprendre ce qu'ils auraient perçu en trop.

Les jurisconsultes prirent une moyenne qui semble bien élevée de nos jours. Ils admirent qu'il pouvait naître trois enfants. Si un père en mourant laissait un enfant et sa femme enceinte, la part assignée à l'héritier déjà né était du quart de la succession. S'il ne naissait qu'un enfant il prenait la moitié de l'hérédité, mais jusqu'à la naissance il n'avait droit qu'à la jouissance du quart (L. 3, D., *si pars hæred. pet.*) S'il ne naît aucun enfant, il prend pour lui tous les biens héréditaires (L. 3, § 10, D., *de suis et leg.*)

Voici quelques appréciations de ce principe :

Un père en mourant laisse un fils et sa femme enceinte. Avant l'accouchement, le fils, agissant comme héritier pour le tout de son père *intestat*, réclame en justice à un débiteur toute la dette sans tenir compte du posthume qui peut naître et diminuer ainsi sa part héréditaire. Y a-t-il plus-pétition? Il est évident d'abord qu'il a trop demandé dans le cas où l'enfant conçu au moment de l'action vient au monde. En est-il de même s'il ne naît pas?

Les Proculéiens soutenaient que dans ce cas, il n'y avait pas plus-pétition. Suivant eux, le fils qui intente l'action pour le tout perdra bien son procès, mais il n'encourra pas la déchéance résultant de la plus-pétition. Si une fois qu'on sera certain qu'il ne naîtra pas d'enfants, il agit de nouveau pour le tout, on ne pourra pas lui opposer l'exception *rei judicatæ*.

Les Sabinienens prétendaient, au contraire, que le demandeur encourait la peine de la plus-pétition et perdait ainsi la part héréditaire qui lui était réservée avant l'accouchement. Car, tant que le posthume pouvait naître, il n'était pas seul héritier (L. 36, D., *de solut.*) La part héréditaire qu'il perdait était le quart. La solution aurait été la même s'il n'avait agi que pour moitié, car il pouvait naître trois enfants. L'héritier existant déjà n'était admis à réclamer que le quart de l'hérédité, sauf à devenir plus tard propriétaire du tout s'il ne naissait pas d'enfants. L'opinion sabinienne prévalut. Quoique d'habitude on ne put demander qu'une quote-part de l'hérédité, le préteur toléra les actions pour part indéterminée, dans le cas où le défunt laissait un neveu et deux belles-sœurs enceintes (L. 1, § 5, D., *si pars hered. pet.*)

Lorsqu'on partage les biens des condamnés, on doit réserver la part qui peut être attribuée à celui ou à ceux des enfants qui sont à naître. (L. 7, *de st. hom.*) Quoique le texte n'en parle pas, on doit compter sur la naissance de trois enfants.

Prenons un exemple dans les hérédités testamentaires. En principe, lorsqu'un legs est fait conjointement à plusieurs personnes dont l'une est désignée

individuellement, les autres collectivement, celles qui sont désignées collectivement ne reçoivent qu'une portion virile. Il n'en est pas de même lorsqu'elles n'ont été ainsi désignées que parce qu'elles n'avaient point un nom propre. Dans ce cas, chacune a sa portion virile. Ainsi, par exemple, un testateur charge son héritier de remettre sa succession à Primus et à un posthume sien, ou il institue Primus et un posthume, pour une part et portion. En venant au monde, le posthume réduira-t-il la part de Primus dans le legs, ou s'il ne naît pas, Primus profitera-t-il de tout le legs? Gaius répond que si le posthume ne naît pas, Primus aura tout, comme s'il avait été seul légataire. Mais s'il naît un enfant il aura la moitié, s'il en naît deux le tiers, et s'il en naît trois, le quart.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que du cas où il existe des héritiers du même degré que l'enfant conçu. Il peut se faire qu'il y en ait du degré subséquent. Dans ce cas, leur droit héréditaire ne s'ouvre que si le posthume ne naît pas. De là ce principe, *venter sequentibus moram facit*. On ne peut donc pas accepter une succession avant de savoir si elle vous est déférée. Tel est le cas d'un héritier *ab intestat* agnat du défunt, lorsque la veuve est enceinte au moment de la mort du *de cuius*. Il en est de même d'un héritier testamentaire, la naissance de l'enfant conçu faisant rompre le testament.

Si l'héritier sait pertinemment que la femme n'est pas enceinte, il peut accepter la succession. Il en est de même en droit prétorien qu'en droit civil. Le préteur refuse la possession de biens

aux plus proches agnats lorsqu'il peut naître un fils, et aux parents plus éloignés tant qu'il peut naître un agnat plus proche. (L. 30, § 1, D., *de acq. vel om. hæred.*) Prenons un autre exemple. Un homme meurt laissant d'un côté sa femme enceinte, de l'autre, sa mère et sa sœur. Ces dernières, à défaut d'enfant, peuvent être appelées à la succession légitime en vertu du sénatusconsulte Tertyllien. Si la mère meurt et si la femme avorte, la sœur seule profite de la succession; mais tant qu'on a pu espérer que l'enfant naîtrait, son droit successif ne s'est pas ouvert. (L. 8, § 1, D., *de suis et leg.*) Si le posthume a été déshérité, l'héritier du degré subséquent peut accepter.

Dans ces circonstances, l'héritier qui ignore la grossesse de la femme peut accepter la succession; mais son adition sera nulle s'il naît un enfant. (L. 30, § 4, D., *de acq. vel om. hæred.*) Dans toutes ces hypothèses, on considère, non pas ce qu'a pensé le public sur la grossesse dont il s'agit, mais ce qu'a su celui qui a accepté la succession. Si un fils de famille, institué héritier, a pensé que la veuve du testateur était enceinte, son adition est nulle, et il n'acquiert pas la succession de son père, quoique ce dernier eut ignoré la grossesse de la veuve (L. 30, § 7, *h. t.*).

Ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux héritiers nécessaires, car, pour eux, ils sont héritiers sans le savoir et sans le vouloir; la succession leur est acquise dès qu'elle leur est déférée.

SECTION III

DE LA POSSESSION DE BIENS ORGANISÉE EN FAVEUR
DE L'ENFANT CONÇU

Les droits des enfants conçus sur les biens de leurs parents existent à l'état latent, *in pendentibus*, jusqu'à leur naissance. Ils ne les recueillent que s'ils naissent vivants. Mais jusqu'à ce moment, que fait-on des biens sur lesquels ils ont un droit éventuel? C'est ici qu'intervient l'autorité du préteur. Par un système successoral appelé la *bonorum possessio*, qui confirme, complète, ou corrige les exigences du droit civil, il conserve au posthume tous ses droits.

Il faut distinguer dans la matière qui nous occupe l'envoi en possession de biens de la possession de biens elle-même. Tandis que la possession de biens est réservée à l'enfant né, on envoie en possession de biens la mère au nom du ventre et, à sa naissance, l'enfant devient réellement possesseur de biens. Un titre spécial du Digeste nous apprend dans quels cas il y a lieu à l'envoi en possession au nom du ventre et quels sont les effets de cet envoi. L'enfant conçu (*venter*) est envoyé en possession de biens *ex omnibus partibus edicti*, c'est-à-dire, s'il s'agit d'une succession testamentaire, *secundum* ou *contra tabulas*, et s'il s'agit d'une hérédité *ab intestat*, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*.

Il y a lieu à l'envoi en possession de biens *contra*

tabulas, lorsque l'enfant conçu a été omis dans le testament du *de cuius*. La mère est envoyée en possession de biens *secundum tabulas*, lorsque l'enfant conçu a été institué dans le testament du père ou même d'un étranger; *unde legitimi, unde liberi, unde cognati*, lorsque l'enfant était conçu au moment de la mort de l'agnat, du père ou du cognat intestais. Mais il faut avant tout qu'il soit tel que s'il fût né il eût pu la demander lui-même.

Le titre *de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus* appartient à la matière des possessions de biens *contra tabulas* (L. 1, D. *de ventre in poss. mitt.*) C'est la plus importante.

Nous diviserons cette partie de notre étude en trois points :

- 1° Quand y a-t-il lieu à l'envoi en possession.
- 2° Quels en sont les effets.
- 3° Quelle en est la durée.

I. *Quand y a-t-il lieu à l'envoi en possession?*

— Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à cet envoi. Il faut : 1° que la femme soit enceinte et qu'elle ne se laisse point contester son état; 2° que l'enfant soit tel que s'il était déjà né il serait admissible à la possession de biens.

1° *Il faut absolument que la femme soit enceinte et il ne suffit pas qu'elle prétende l'être.* (L. 1, § 1, D., *de vent. in poss. mitt.*)

Il faut, en outre, que la femme ne se laisse nullement contester l'enfant ou son état de grossesse. Mais si, lorsque la femme demande à être envoyée en possession, on lui conteste sa qualité d'épouse ou de bru du

testateur ou que l'on soutienne qu'elle n'est pas enceinte de lui ou de son fils, le préteur accorde la possession de biens décrétable, à l'exemple de l'édit Carbonien. Cet édit permettait à l'enfant impubère dont on contestait l'état de se faire envoyer en possession des biens, et de retarder le jugement sur la question jusqu'à sa puberté. (L. 1, *de Carb. ed.*) Le préteur prend connaissance sommaire de la contestation, et si l'imposture de la femme est évidente, il refuse l'envoi en possession. En cas de doute, au contraire, il protège l'enfant et rend le décret. (L. 1, § 14, D., *de vent. in poss. mitt.*) La faveur pour l'enfant est telle que l'accusation d'adultère contre la mère doit être différée (L. 8, h. t.) Le préteur ne rend du reste ce décret que lorsque l'enfant conçu est en concours avec des enfants du défunt, mais non lorsqu'il s'agit d'agnats. (L. 7, § 1, h. t.)

2° *Il faut que l'enfant conçu soit tel que s'il était déjà né il serait admis à la possession de biens.* — L'enfant conçu doit donc être envoyé en possession toutes les fois qu'il n'est pas déshérité. Il n'est pas nécessaire que l'enfant conçu soit héritier sien, puisque l'enfant d'un émancipé a, lorsqu'il est né, la possession de biens *contra tabulas avi*. Il faut qu'il soit tel que, sans l'émancipation de son père, il eût été héritier sien (L. 1, § 11, h. t.) L'enfant conçu avant l'émancipation sera envoyé en possession des biens de son père sous la puissance duquel il n'a jamais été. (L. 7, *de bonor. poss. cont. tab.*) Il était nécessaire de le dire, car l'enfant n'est pas héritier sien et sa naissance le placerait sous la

puissance de son aïeul. Le préteur en a décidé ainsi parce que, sans avoir égard à l'émancipation, il considère comme héritiers siens les émancipés et les enfants qui en sont nés. (L. 1, § 11, D., *de vent. in poss.*)

Cet enfant sera-t-il envoyé en possession des biens de son grand-père, si le père émancipé est mort? Oui, sans doute, car personne ne lui fait obstacle dans la famille. Il en serait de même si le père vivait (L. 1, § 11, h. t.) Cette décision du jurisconsulte Julien s'écarte du principe général qui paraît avoir dirigé le préteur et qui consiste à appeler les descendants *per masculos* dans l'ordre où les appellerait le droit civil si ceux qui sont devenus *sui juris* avaient conservé leur rang naturel dans la famille.

Si l'enfant a été conçu depuis l'émancipation, il sera envoyé en possession des biens de son père. Mais il n'en sera pas de même pour les biens de son grand-père, si le père vit et est capable pour les recueillir.

Que décider par rapport à l'enfant conçu d'un père donné en adoption et mort depuis la conception de l'enfant?

De deux choses l'une, ou l'enfant a été conçu dans la famille de son aïeul naturel ou il l'a été dans celle de son aïeul adoptif. Dans le premier cas l'enfant conçu sera envoyé en possession des biens de son aïeul naturel. Profitera-t-il aussi des biens laissés par son père? Il en profitera parce que s'il était né on lui donnerait la possession de biens *contra tabulas patris*, quoiqu'il se trouvât dans une autre famille.

Si, au contraire, il a été conçu dans une autre famille que sa famille naturelle, on l'enverra en possession des biens de son aïeul adoptif parce qu'à sa naissance il doit être pour lui un héritier sien, mais il n'aura pas de droits sur la succession de son grand-père naturel parce qu'il doit naître dans une autre famille. Si cependant il avait été institué par lui, il aurait droit à la *possessio secundum tabulas* et même à la possession *contra tabulas*, s'il y avait des enfants omis du même degré que lui. (L. 1, § 12, h. t.)

Il est encore des cas où, bien qu'on ignore si l'enfant qui est encore dans le sein de sa mère est tel qu'il doit être admis lors de sa naissance à la possession de biens, il y sera cependant envoyé. Ainsi un père déshérite son fils posthume par cette formule : « S'il me naît un fils qu'il soit exhéredé. » Cette exhéredation restera sans effet si l'enfant qui naît est une fille, ou s'il naît plusieurs enfants. Il y a incertitude sur l'efficacité de l'exhéredation. Dans le cas, où le père se sert de cette formule pour déshériter son enfant, le préteur enverra la mère en possession de biens au [nom du ventre, parce qu'il vaut mieux nourrir un enfant déshérité que de laisser mourir de faim celui qui ne l'est pas (L. 1, § 2 et 3, h. t.)

Prenons d'autres exemples. L'enfant conçu comme l'enfant né peut être institué conditionnellement suivant le droit prétorien ; mais l'enfant déjà né ne peut être exhéredé que purement et simplement, tandis que le posthume peut l'être conditionnellement. La raison de cette différence est que l'enfant omis qui est déjà né vicié *hic et nunc* le testament, tandis

que le posthume omis ne l'annule que s'il nait. Si l'enfant conçu a donc été exhéredé conditionnellement, tant que la condition reste en suspens, le préteur pourra l'envoyer en possession. (L. 1, § 5, h. t.)

C'est ce qui aura lieu dans les cas suivants : 1° Lorsque le testateur se servira de la formule : que l'enfant qui naîtra dans les trois mois soit exhéredé. 2° Si l'enfant a été omis dans le degré de l'institution et déshérité dans celui de la substitution. 3° Si le fils du défunt est en captivité et a laissé sa femme enceinte. (L. 1, § 8, 7, 9, h. t.)

II. *Effets de l'envoi en possession.* — Un des effets principaux est de retarder le rapport qui doit être fait par les descendants des libéralités qu'ils ont reçues du défunt jusqu'au moment de la naissance de l'enfant conçu. (L. 12, D., *de coll. bon.*) Dans le dernier état du droit sont rapportables tous les biens que le descendant successible émancipé ou resté en puissance a reçus du défunt et qui régulièrement s'imputent sur la quarte légitime ainsi que la dot et la donation *ante nuptias*. (L. 19 et 20, C. *de coll.*)

III. *Durée de l'envoi en possession de biens.* — La mère est maintenue en possession au nom du ventre jusqu'à ce qu'elle accouche ou jusqu'à ce qu'un avortement naturel ou criminel ne permette plus d'espérer que l'enfant viendra au monde vivant et viable. (L. 1, § 27, *de vent. in poss.*) Si l'enfant qui naît est exclu de la succession pour une cause ou pour une autre, la mère doit déguerpir. (L. 2, h. t.)

Si le ventre a été envoyé en possession, le temps pour demander la possession de biens ne court point contre ceux qui sont du degré suivant non-seulement pendant les cent jours utiles à compter du jour où ils ont connu le décès, mais tant que l'enfant n'est pas né.

SECTION IV

DU CURATEUR AU VENTRE

On ne se contente pas d'envoyer l'enfant conçu en possession de biens, on nomme encore un curateur au ventre, et un curateur aux biens (L. 1, § 17, D., *de vent. in poss.*)

Le curateur au ventre ne s'occupe que de l'enfant conçu lui-même. Il fournit à sa mère des objets de première nécessité pour lui permettre d'arriver jusqu'à l'accouchement. Il lui donne de quoi se nourrir, de quoi s'habiller et il désigne une maison qui lui serve d'habitation. (L. 4 et 5, h. t.) Il est aussi chargé de nourrir les esclaves attachés au service de cette femme (L. 4, § 1, h. t.) Peu importe du reste que la femme ait une dot ou qu'elle n'en ait pas. Car tous ses soins sont censés donnés à l'enfant conçu.

Le curateur aux biens interrompt la prescription à l'égard de ceux qui détiennent des biens héréditaires ou sont débiteurs du *de cuius* (L. 1, § 21, h. t.) Comme administrateur, il doit avoir soin de payer les dettes du défunt, surtout celles pour

la sûreté desquelles des biens ont été donnés en gage ou hypothéqués (L. 5, § 1). Il met les créanciers en demeure comme les tuteurs et curateurs des pupilles. Mais il n'a pas comme eux l'entière administration des biens. Le tuteur d'un pupille est, lui, presque un maître. Le curateur aux biens est un gardien plutôt qu'un administrateur. On ne donne pas de tuteur à l'enfant conçu parce que, comme le dit Cujas, il n'y a pas de tuteur sans pupille. L'institution du tuteur est du reste légale, en ce sens qu'elle ne relève en rien du pouvoir du magistrat; la nomination du curateur est contenue dans l'édit du préteur. Il n'y a de tuteur pour l'enfant conçu que s'il naît; mais on a permis de lui donner un tuteur par testament pour le moment où il serait né. Il était juste en effet de permettre aux parents de choisir une personne à qui serait confiée la garde des biens de leur enfant pour le temps où ils ne seraient plus. Il y a plus; le tuteur du posthume est généralement pris pour curateur pendant qu'il est encore dans le sein de sa mère; il est même permis au préteur de faire ouvrir le second testament du père pour s'y conformer dans le choix du curateur. (L. 7, *test. quem. aperi.*)

Si le curateur a été seulement donné au ventre, les créanciers ou les héritiers du degré subséquent peuvent se constituer gardiens des biens. Mais il est d'usage que la même personne soit à la fois et curateur au ventre et curateur aux biens. Les créanciers ou héritiers présomptifs peuvent alors intervenir dans le choix et veiller à sa solvabilité, car il est responsable

de tout (L. 1, § 17, 18, h. t.) Il est pris le plus souvent parmi les parents du défunt, ou ses amis ; mais sa réputation doit être à l'abri de tout reproche (L. 1, § 23).

Si on a trop tardé à demander ou à donner un curateur, l'héritier institué peut faire inventaire des biens héréditaires et consigner les effets qui se trouvent dans la succession. S'il s'y trouve des troupeaux ou des moissons, on nomme un gardien spécial. Le curateur une fois choisi, il signe l'inventaire et tout est fini. (L. 1, § 24, 25 et 26.)

L'envoi en possession dure jusqu'au jour de l'accouchement ou de l'avortement, ou jusqu'au moment où il est certain que la femme n'est pas enceinte (L. 1, § 27). Si l'enfant qui naît est déshérité, la mère doit déguerpir (L. 2).

Tels sont les principales dispositions contenues dans le titre du Digeste *de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*. Ce titre appartient à la matière des possessions de biens *contra tabulas* qui est la plus ordinaire. Le résultat est que l'enfant devenu *bonorum possessor* à sa naissance n'est tenu d'aucune des libéralités contenues dans l'institution, si ce n'est de celles qui sont faites aux ascendants, aux descendants ou à la femme du testateur. Il en serait au reste de même si l'enfant conçu était venu à posséder les biens *unde liberi*. Nous avons dit dans quels cas l'enfant est envoyé en possession des biens *unde cognati et secundum tabulas*. L'application de ces règles est du reste fort rare.

D'après ce qui précède, nous voyons que la veuve d'un homme qui venait de mourir avait un grand in-

térêt à se déclarer enceinte et à simuler une grossesse pour en arriver à une supposition de part. Aussi le préteur dut-il prendre des précautions pour éviter cette fraude. Nous en trouvons la preuve dans un titre spécial du Digeste où l'on nous apprend les mesures que devait prendre une femme qui se déclarait enceinte après la mort de son mari. Voici l'édit du préteur.

Si une femme se déclare enceinte après la mort de son mari, elle devra en informer les personnes intéressées, héritiers en tout ou en partie, *ab intestat* ou testamentaires; elle devra en répéter la déclaration deux fois par mois pour qu'ils la fassent visiter s'ils le jugent à propos par cinq sages-femmes. (L. 1, § 10 et 12, *de insp. vent.*) La décision (de la majorité) devra être considérée comme vraie (Paul. lib. 2 *Sent.*, tit. 24, § 8).

C'est ici qu'apparaît le formalisme romain dans ses minutieux détails, que nous trouverions aujourd'hui contraires aux bonnes mœurs et au respect dû à la femme.

Voici les ordres du préteur : la femme devra faire ses couches dans la maison d'une femme honnête choisie par le préteur. Un mois avant ses couches, elle fera avertir les personnes intéressées ou leur mandataire; ils enverront un gardien s'ils le veulent. La chambre dans laquelle la femme devra accoucher n'aura qu'une porte; si elle en a deux, l'une d'elles sera condamnée. L'issue de la chambre sera gardée par trois hommes, trois femmes et deux personnes qu'on y adjoindra. Toutes les fois que la femme entrera ou sor-

tira de la chambre, les gardiens pourront la visiter. Lorsqu'elle commencera à sentir les douleurs de l'enfantement, elle fera prévenir les intéressés pour qu'ils envoient des témoins de l'accouchement. Ils ne pourront envoyer que cinq femmes libres, de telle façon qu'il ne se trouve au plus dans la chambre, outre les deux sages-femmes, que dix femmes libres et six esclaves. On examinera, avant qu'elles n'entrent, s'il n'en est pas qui soient enceintes. Trois lumières seront allumées, et l'enfant né, on le montrera aux personnes intéressées. L'enfant sera élevé par la personne que le père aura désigné pour son éducation. Si le père n'a choisi personne, le prêteur indiquera un individu de son choix. Il sera tenu de faire voir l'enfant deux fois par mois jusqu'à l'âge de trois mois, une fois par mois jusqu'à six mois, une fois tous les deux mois, jusqu'à ce qu'il ait un an, et une fois tous les six mois jusqu'à ce qu'il parle.

Si la femme s'est opposée à l'accomplissement de ces diverses formalités, le prêteur pourra lui refuser l'envoi en possession au nom de son enfant, en connaissance de cause. Il s'agit ici de la possession de biens accordée à l'exemple de la Carbonienne dont nous avons déjà parlé (L. 1, § 10, *de insp. vent.*). C'est ce qui a fait dire que l'édit concernant la garde de l'enfant conçu est dérogatoire à celui qui a été rendu à l'instar de l'édit carbonien (L. 2, § 1, *h. t.*).

Les personnes à qui la femme doit dénoncer son état sont l'héritier institué au premier degré, ou le plus proche parent, si le *de cujus* est mort *intestat* (L. 2, § 14, *h. t.*).

Le préteur, par cet édit, a voulu empêcher la supposition de part. Si une sage-femme a apporté un enfant pour frustrer ainsi les héritiers présomptifs, elle sera punie de mort (Paul. *Sent.*, liv. II, t. 24, § 9).

Il fallait encore empêcher la femme de transmettre frauduleusement à un autre la possession des biens qui lui avait été accordée au nom de l'enfant qu'elle portait dans son sein. C'est pour prévenir cette fraude que le préteur donna une action contre la femme qui s'en serait rendue coupable. (L. 1, et L. 1, § 1, D., *si vent. nom.*) Cette action peut être donnée non-seulement contre la femme qui a fait envahir frauduleusement les biens, mais encore contre celui sous la puissance de qui elle se trouve, si c'est l'effet de leur dol commun (L. 1, § 1, *h. t.*). Cette action est donnée jusqu'à concurrence du préjudice causé contre l'une des deux personnes dont nous avons parlé, mais non contre les deux, car il y aurait alors plus-pétition.

Cette action étant *reipersecutoria*, peut être intentée même après l'année à compter du jour de la fraude. (L. 1, § 4.)

Le préteur n'ayant pas de moyen coercitif pour faire restituer les biens possédés frauduleusement par un tiers, on emploie la voie des interdits (L. 1, § 2).

Une femme pouvait cependant profiter de l'envoi en possession que le préteur lui avait accordé sur son dire lorsqu'elle n'était pas enceinte. Le préteur accordait, en effet, assez facilement la possession des biens à une femme au nom de l'enfant dont elle

se disait enceinte. Il fallait donc punir celle qui avait abusé de cette facilité; c'est ce que fit le préteur dans son édit (L. 1, § 2, *si mulier vent. nom.*).

L'action qui résulte de cet édit appartient aux personnes qui ont intérêt à ce que la femme ne soit pas envoyée en possession de biens, telles que les cohéritiers de l'enfant, celui qui lui est substitué, ou même celui qui aurait hérité *ab intestat*, si le défunt n'eut pas laissé d'enfants (L. 1, § 6, *h. t.*). Ce n'est pas seulement contre la femme, mais aussi contre le père que le préteur permet l'action, s'il a contribué à lui faire obtenir injustement la possession de biens (L. 1, § 5).

Que réclame-t-on à la femme par cette action? L'intérêt du demandeur se compose d'abord des aliments fournis à la mère (L. 1, § 7), et aussi de tout ce que l'héritier présomptif trouvera de moins dans la succession qu'il était appelé à recueillir. Ceci est spécial à l'héritier du substitué mort avant qu'on n'ait découvert la fraude (L. 1, § 8). Les légataires eux-mêmes réclameront les legs qu'ils n'auraient pu recueillir si la femme avait été réellement enceinte, l'envoi en possession de biens *contra tabulas* rendant nulles toutes les charges de la succession (L. 1, § 10).

Cette action ne dure qu'un an; le préteur l'assimile aux actions pénales quoiqu'elle n'ait pour objet que l'intérêt du demandeur (L. 1, § 3).

On peut opposer à cette action, une fin de non recevoir tirée du serment prêté par la femme. Si, en effet, l'héritier a déféré le serment à la femme sur sa grossesse, et si elle a juré qu'elle était enceinte, on ne peut plus soutenir que sa possession est injuste. Il

sera cependant permis après ses couches de rechercher si l'enfant est réellement celui du défunt. Le serment prêté entre parties ne peut pas nuire à un tiers. (L. 1, *h. t.*)

La femme pouvait encore être notée d'infamie comme *calumniatrix* lorsque se disant enceinte elle ne l'était pas, ou lorsque, se disant enceinte de son mari, elle l'était d'un autre. Le jugement nécessaire dans ce cas ne pouvait être rendu que si la femme ne se trouvait sous la puissance de personne (L. 15, 16, 17, 18, *de his. qui not. inf.*)

Tel est l'ensemble des droits et des obligations de l'enfant conçu. Nous devons ajouter cependant que suivant Cujas l'usucapion ne pouvait courir contre l'enfant dans le sein de sa mère, lors même qu'elle avait commencé contre son auteur.

APPENDICE.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des droits des enfants conçus sur les biens composant la succession de leur père. Disons en terminant quelques mots de la situation juridique du posthume externe.

Posthume alienus. — Dans l'ancien droit civil, le posthume externe ne pouvait pas être institué héritier; cette institution était nulle. Plus tard le préteur admit, au contraire, le droit pour les posthumes

externes de venir à la succession de ceux qui en avaient fait leurs héritiers. Seulement, comme il ne pouvait leur conférer le titre d'héritiers, il leur donna la *possessio bonorum secundum tabulas* (Inst. *de bon. poss. pr.*) Ainsi, le droit prétorien permit l'institution des posthumes externes que le droit civil avait défendue. Il est étonnant de voir après cela Justinien déclarer que, même sous le droit antérieur, le posthume externe pouvait être institué (Inst. *de leg.*, § 28). Il a évidemment confondu le droit civil avec le droit prétorien.

Tout en permettant l'institution des posthumes en principe, il a fait exception pour le posthume conçu d'une femme que le testateur ne pouvait épouser. Cette décision s'applique évidemment à l'institution d'un posthume adultérin ou incestueux, que le droit prétorien défendait déjà (L. 9, § 1 et 3, D. *de lib. et posth.*). Au reste, si l'enfant adultérin avait été vivant au moment de l'institution, il aurait pu profiter de l'institution parce qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer la qualité de l'institué.

DROIT FRANÇAIS

Comme nous l'avons déjà fait pour le droit Romain, nous diviserons notre travail en deux parties. Dans une première partie nous étudierons l'enfant conçu au point de vue médico-légal; dans une seconde nous passerons en revue les droits que lui reconnaît notre Code civil.

La médecine légale étant une science relativement nouvelle, nous entrerons ici dans quelques détails sur la grossesse de la femme et sur la viabilité de l'enfant que nous n'avions pu étudier en droit Romain faute de textes.

CHAPITRE PREMIER

L'ENFANT CONÇU AU POINT DE VUE MÉDICO-LÉGAL

§ I^{er}

De la grossesse de la femme.

« La grossesse, dit Orfila, est l'état d'une femme qui a conçu, limité par le temps de la conception qui le commence et par celui de l'accouchement qui le termine. »

La première question que nous ayons à nous poser

est celle de savoir quel temps il s'écoule entre la conception et la naissance de l'enfant, quelle est en un mot la durée des grossesses ?

La durée ordinaire des grossesses est de neuf mois, de 275 à 280 jours. Sans entrer dans les longues controverses et les débats célèbres qu'a soulevés cette question, nous pouvons affirmer que des enfants peuvent naître naturellement, sans accident, avant le neuvième mois de la grossesse, et que la possibilité des naissances, passé le neuvième mois, ne peut plus être contestée. Il fallait cependant, pour tarir la source de procès scandaleux auxquels donnaient lieu les naissances tardives ou prématurées, imposer aux juges jusqu'alors appréciateurs souverains une règle positive fixant un *minimum* et un *maximum* de la durée des grossesses. Les rédacteurs du Code civil, s'inspirant des données de la science et du droit Romain tout à la fois, déclarèrent, sur les observations de Fourçroy, dans le titre *de la Paternité et de la Filiation*, que le 180^e jour après la conception serait le terme des naissances les plus précoces et le 300^e celui des naissances les plus tardives. Nous aurons à nous demander si les règles posées par le législateur sont seulement applicables au cas où il s'agit de la légitimité d'un enfant ou si, au contraire, elles sont absolument générales.

Est-il toujours possible à un homme de l'art de savoir si une femme est réellement enceinte ou si elle ne l'est pas ? Peut-il, s'il est appelé à le vérifier, déclarer sans crainte de se tromper que telle femme est enceinte ou qu'elle ne l'est pas ? La réponse est

souvent difficile. Le fœtus peut, en effet, se développer d'une façon irrégulière et dérouter ainsi l'œil le plus attentif. Il y a du reste des grossesses extraordinaires connues sous le nom de grossesses extra-utérines, dont il est presque impossible de caractériser la marche. Il faut cependant faire une distinction. Tous les hommes de science qui se sont occupés de ces questions sont unanimes pour reconnaître que, dans les premiers mois de la grossesse d'une femme, il est impossible de rien affirmer. On peut bien, dans certaines circonstances, établir de « légères probabilités » en faveur de la grossesse, mais on ne peut pas donner de preuves certaines. Si cependant, admis à visiter une femme, le médecin trouve des changements sensibles dans son état, il pourra en conclure qu'il est à présumer que la femme est enceinte ; mais dans les quatre premiers mois de la grossesse il lui sera impossible d'arriver à la certitude. Dans le cinquième mois, il pourra quelquefois s'assurer des pulsations du fœtus et alors la certitude sera complète. Pendant le sixième et surtout pendant les trois derniers mois de la grossesse, l'affirmation sera permise, à moins cependant qu'un fait anormal ne vienne tromper l'attentive observation de l'homme de l'art. C'est qu'alors les signes essentiels de la grossesse, tels que le développement de l'abdomen, les pulsations fœtales, etc., peuvent être parfaitement distinguées. En est-il de même pour l'âge de l'enfant conçu ? Il est presque impossible d'arriver à une grande précision

à cet égard. Bien des irrégularités se produisent en effet. Souvent une femme porte deux enfants dans son sein, ce qui peut changer le diagnostic. Quelquefois aussi, le fœtus se développe en dehors de la matrice; c'est la grossesse extra-utérine. On peut voir encore des femmes que tous les symptômes font croire enceintes, chez lesquelles l'homme de l'art croit trouver les signes caractéristiques de la grossesse et qui, en réalité, ont des affections absolument différentes. La présence d'une môle, résidu informe d'un embryon détruit, donne lieu encore à une grossesse apparente. C'est un débris du produit de la conception auquel le séjour plus ou moins prolongé dans l'utérus peut donner des dimensions relativement considérables. L'origine des moles n'est pas parfaitement déterminée; mais ce qui est certain, c'est que la vraie môle se forme sous l'influence de la fécondation. Il résulte de ces quelques observations que souvent on croit enceintes des femmes qui ne le sont pas et qu'il est bien difficile de déterminer l'âge du fœtus, puisque la grossesse est si difficile à diagnostiquer.

On trouve aussi dans les ouvrages scientifiques l'exemple de grossesses méconnues jusqu'au moment de l'accouchement. Et, à ce propos, nous pouvons nous demander si une femme enceinte peut ignorer son état jusqu'au jour de l'accouchement. De certains cas cités dans les traités de médecine, il est permis de conclure qu'une femme peut être de bonne foi quand elle affirme avoir ignoré sa grossesse, car le fait s'est produit. Mais il n'est pas vraisemblable que

l'erreur persiste encore, même chez une femme primipare, pendant les douleurs de l'accouchement. » (Briand et Chaudé, *Médecine légale*, p. 127.)

Après ces quelques détails sur la grossesse de la femme, que nous avons cru nécessaires pour la clarté de nos explications ultérieures, il nous resterait à parler de la superfétation. Mais le cadre que nous nous sommes tracé et le sujet que nous avons à traiter ne nous permettent pas d'en aborder l'étude.

Disons seulement que la question de savoir si la superfétation est possible divise encore aujourd'hui les hommes de science. Les uns, et ce sont les plus nombreux, nient la superfétation, les autres au contraire l'affirment et citent des exemples en faveur de leur opinion. Ce qu'il y a de certain, c'est que, dans l'état actuel de la science, on ne peut pas donner à ce problème une solution satisfaisante. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas admis que la superfétation put se produire. La théorie de la *paternité* et de la *filiation* est basée sur l'impossibilité de la superfétation.

Ces notions générales et scientifiques étant données, nous avons à nous occuper des précautions dont la loi a entouré l'enfant dans le sein de sa mère. Bien que liée à l'existence de la mère elle-même, sa vie en est jusqu'à un certain point indépendante. La mère

qui doit lui donner le jour peut mourir et l'enfant continuer à vivre; et de même l'enfant peut mourir sans qu'on ait à constater le décès de sa mère. Le législateur français s'est préoccupé de cette existence si fragile; il l'a entourée de précautions que nous avons à examiner en détail.

Cette partie de notre thèse, pour ainsi dire toute pénale, comprend surtout l'étude sur l'avortement. Nous avons déjà traité la matière en droit romain. Nous verrons les pénalités que le législateur a édictées contre les personnes coupables de s'être procurées à elles-mêmes l'avortement ou d'avoir fait usage pour arriver à ce but des moyens qui leur auront été indiqués.

§ II

De l'avortement.

Qu'est-ce que l'avortement? Il semble au premier abord que la définition de l'avortement soit facile à donner. Ce serait se tromper que de le croire. Bien des auteurs ont, en effet, suivant nous, confondu trois faits parfaitement distincts : l'avortement, l'infanti-

cide et la viabilité du fœtus. MM. Orfila et Devergie déclarent qu'on doit, en présence d'un avortement, faire des recherches pour arriver à connaître l'âge du fœtus, pour savoir s'il a vécu après l'expulsion et constater les blessures faites sur la femme. Ces renseignements sont certainement utiles à connaître dans certains cas, mais ils n'ont aucun rapport avec les éléments essentiels du crime d'avortement. Qu'importe, en effet, que le fœtus expulsé à la suite de manœuvres abortives soit vivant ou mort? On n'a pas à s'occuper ici du fœticide. La mort du fœtus est indépendante de l'avortement. La meilleure définition de l'avortement a été donnée par M. Tardieu. C'est, dit-il, « l'expulsion prématurée et violemment provoquée du produit de la conception indépendamment de toutes les circonstances d'âge, de viabilité et même de formation régulière. » (Tardieu, *Traité de l'avortement*, p. 4.)

Ainsi, quel que soit l'âge du fœtus, son degré de viabilité, qu'il soit vivant ou mort, peu importe; s'il est expulsé par violence, il y a avortement. Il faudrait cependant se bien garder de croire qu'il est absolument inutile d'examiner l'état du fœtus. Il importe, en effet, beaucoup de savoir si les manœuvres criminelles ont laissé sur le corps du fœtus expulsé des traces indéniables. Il peut être souvent nécessaire de constater l'état de vie du fœtus après l'expulsion pour savoir si l'avortement est dû à une action lente et progressive ou à une provocation directe. Ce qu'il importe le plus de

connaître, dans le cas où le fœtus est sans vie, c'est l'époque à laquelle remonte cette mort pour pouvoir combattre les assertions qui tendraient à attribuer la mort à d'autres causes qu'aux manœuvres abortives.

Ce qui distingue l'opinion que nous soutenons de celle de certains auteurs, c'est que, pour nous, les circonstances d'âge, de vie ou de mort, sont secondaires, tandis qu'elles forment pour nos adversaires la question capitale.

Quelle pénalité encourent ceux qui se rendent coupables d'avortement ?

L'article 317 du Code pénal est ainsi conçu :

« Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyen aura provoqué l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consentie ou non, sera puni de la réclusion. »

La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement en aurait eu lieu. »

Bien des discussions se sont élevées sur les termes de cet article 317, bien des opinions se sont produites dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

D'après le paragraphe 2 de cet article, la femme n'est punie que si l'avortement s'en est suivi. Lorsque

la tentative n'a pas eu de résultat, il est certain que la femme ne peut pas être poursuivie. La question est de savoir s'il en est de même pour toute autre personne que la femme coupable, si d'une façon générale la loi ne punit pas la tentative d'avortement. Deux systèmes sont en présence :

La Cour de cassation, par une jurisprudence constante, soutient que la tentative d'avortement est punissable. Les arguments sur lesquels s'appuie la cour suprême se trouvent exposés dans un arrêt du 16 octobre 1817. Les voici un à un.

L'art. 2, du Code pénal, qui assimile la tentative de crime au crime, est conçu en termes généraux. Ses dispositions ne peuvent être restreintes que par des dispositions contraires, ou inconciliables avec leur application. L'art. 317, qui prévoit et punit le crime d'avortement, déroge-t-il à l'article 2 du Code pénal ? Cet article 317 comprend, comme nous l'avons vu, trois paragraphes. Le premier contient la punition encourue par tout homme qui aura procuré l'avortement d'une femme enceinte. Aucune expression n'exclue implicitement l'application de l'article 2 du Code pénal.

Il n'en est pas de même du second. Il s'agit là du châtiment infligé à la femme qui se procure à elle-même l'avortement, ou qui fait usage de moyens indiqués à cet effet, *lorsque l'avortement s'en est suivi*. Cette disposition modifie la loi générale en faveur de la femme enceinte. Il y a une exception à l'article 2 du Code pénal. La tentative n'est pas dans ce cas punissable comme le crime.

Quant au troisième, qui vise spécialement les médecins et hommes de l'art qui auront indiqué à la femme le moyen de se faire avorter, il restera lettre morte si les manœuvres employées sont restées sans effet. Dans le cas de simple tentative, les médecins sont rangés dans la catégorie de ceux que vise le premier paragraphe et punissables comme eux.

Tous les auteurs et la plupart des cours d'appel repoussent cette interprétation.

Voici les raisons qu'ils invoquent à l'appui de la thèse contraire. Nous les trouvons rapportées dans un arrêt de la cour d'assises des Deux-Sèvres, du 16 décembre 1852.

Le premier paragraphe de l'article 317 punit de la réclusion toute personne qui a procuré l'avortement. Cette expression « a procuré » suppose évidemment l'avortement consommé ; procurer l'avortement, c'est fournir, en effet, les moyens qui l'ont déterminé.

Le paragraphe 2 contient deux dispositions : 1° La peine de la réclusion sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ; 2° la même peine, ajoute l'article, sera appliquée à la femme qui aura usé des manœuvres à elle indiquées lorsque l'avortement s'en sera suivi.

Les expressions « si l'avortement s'en est suivi » ne se trouvent pas dans le § 1^{er} ni dans la première partie du 2° ; par cette raison bien simple que les expressions *aura* ou *se sera procuré l'avortement* sont exclusives d'un avortement non consommé. Du reste, on recon-

nait que les expressions « *se sera procuré* » dérogent à l'art. 2 du C. P.

Comment admettre qu'il n'en est pas de même de ces mots du 1^{er} § « *aura procuré* ? » Quelle si grande différence y a-t-il entre ces termes ? On ne saurait véritablement en trouver, du moins dans le sens qu'on veut leur donner. Evidemment il y a synonymie entre ces expressions, et dès lors elles excluent la tentative d'avortement.

L'art. 317 dans son § 3 édicte les pénalités contre les hommes de l'art et les pharmaciens qui ont indiqué aux femmes enceintes des moyens abortifs, mais seulement dans le cas où l'avortement *a eu lieu*. Les peines prononcées sont plus sévères pour eux que pour les autres personnes en raison de leur qualité, et cela est parfaitement juste. Si le législateur avait voulu les punir pour la tentative d'avortement, il l'aurait exprimé, le paragraphe qui les concerne aurait prévu les deux hypothèses. Or il n'en est rien ; le crime accompli est seul puni. A cela on objecte que le cas de tentative est puni par le § 1^{er} ; mais il est inadmissible que le législateur en punissant plus sévèrement les hommes de l'art lorsque l'avortement est consommé, les assimile aux autres personnes lorsqu'il s'agit de tentative d'avortement. Il ne faut pas oublier, en effet, que la tentative de crime doit être punie comme le crime lui-même.

Voici du reste à quels résultats bizarres nous arriverions si nous adoptions l'opinion contraire. Nous devrions dire : 1^o que la femme enceinte n'est punie

que si l'avortement a eu lieu, et non s'il n'a été que tenté; 2° que tout individu, autre que la femme et les gens de l'art, est puni de la réclusion, qu'il y ait eu avortement ou seulement tentative, et par suite, dans le cas de tentative, que le complice de la femme est puni mais non la femme; 3° que les gens de l'art sont punis des travaux forcés s'il y a eu avortement, de la réclusion s'il y a eu tentative.

S'il fallait une preuve nouvelle en faveur de l'opinion que nous soutenons, nous la trouverions dans le discours prononcé par l'orateur du Corps législatif qui expliquait l'esprit de l'article. « Il est, dit-il, un attentat des plus graves et pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir punir la tentative de le commettre, c'est l'avortement volontaire. » Il en donne pour raison qu'il est très-difficile de « constater une intention presque toujours incertaine, une tentative trop souvent équivoque. » (Chauveau et Faustin-Hélie, *Théor. du Cod. Pén.* 2^e édit. tom. IV, p. 69.)

L'auteur des violences volontaires qui ont déterminé l'avortement est-il passible des peines prononcées par l'art. 317, bien qu'il n'ait pas eu l'intention de causer l'avortement? Autrefois la Cour de cassation s'était prononcée pour l'affirmative par un arrêt du 8 octobre 1812, de même qu'elle assimilait au meurtrier et punissait comme tel celui qui avait donné la mort sans intention de la donner. Outre que cette décision est contraire au principe qu'il n'y a pas de crime sans intention de le commettre, le motif sur lequel s'appliquait l'arrêt de 1812, en assimilant ce cas à celui de

l'homicide occasionné par des violences volontaires, manque de base depuis la loi du 28 avril 1832. Elle ne considère plus comme meurtre l'homicide résultant de blessures volontaires faites sans intention de donner la mort. Il faut en conclure que celui qui, par imprudence, maladresse, etc., a causé à une femme des blessures qui ont procuré l'avortement, n'est atteint que par l'art. 320 du C. P., et que celui qui a volontairement porté des coups sans intention de faire avorter une femme enceinte est puni, lorsque l'avortement s'en est suivi, par les art. 309 § 1 ou 311, suivant que l'incapacité de travail de la femme qu'on a fait avorter a duré plus ou moins de 20 jours.

Avortement chirurgical. — Il est un cas où l'avortement ne peut plus être considéré comme un crime ni comme un délit; c'est le cas où il est provoqué chirurgicalement.

Ainsi, lorsque la conformation naturelle d'une femme rend impossible un accouchement à terme, peut-on provoquer une expulsion prématurée du fœtus à une époque où il est réputé viable? Longtemps combattue et réprouvée, elle a fini par être admise grâce aux observations du docteur Velpeau. L'expérience lui a donné raison et cette opération qui, sans enlever la vie à la mère permet à l'enfant d'exister, n'est évidemment ni un crime ni un délit.

Peut-on en dire autant du cas où l'opération est faite avant que le fœtus n'ait acquis une maturité suffisante pour pouvoir vivre?

Cette opération qui sacrifie l'enfant à la mère a été

généralement repoussée jusqu'à ce jour. On peut craindre, en effet, que cet avortement ne serve à masquer l'expulsion criminelle du fœtus. Cependant l'honorabilité du corps médical ne doit pas être ainsi soupçonnée. Il y a péril, mais on a pour garanties l'honnêteté des médecins. Un tel avortement qui arrache à la mort la mère en sacrifiant l'enfant ne peut être criminel. « Il n'y a de criminel, disait M. Paul Dubois, que l'avortement occulte; l'avortement chirurgical se fait au grand jour. »

§ III

De la viabilité.

La question de la viabilité de l'enfant conçu est une des questions les plus intéressantes que nous ayons à traiter. Elle se rattache, en effet, à un grand nombre de points délicats du droit civil, et elle a de fréquentes applications en droit pénal.

Qu'est-ce que la viabilité? « La viabilité (*vitæ habilis*) est, comme le dit Ollivier d'Angers, l'aptitude à vivre de la vie extra-utérine. » « L'enfant viable, dit M. Duranton, est celui qui naît avec les conditions nécessaires pour vivre, l'aptitude à la vie. »

À quelle époque de la grossesse peut-on dire que l'enfant naît viable? À quelle époque de la gestation l'enfant a-t-il un degré de maturité suffisant pour pouvoir continuer de vivre hors du sein de sa mère?

M. Collard de Martigny distingue la viabilité *civile* ou *légale* de la viabilité *naturelle*.

« Le législateur, dans l'art. 312, en décidant que l'enfant né le 180^e jour du mariage ne peut être désavoué par le mari, fait entendre clairement que l'on doit regarder comme viable l'enfant qui naît le 180^e jour. » Il fallait fixer un *maximum* et un *minimum* de la durée des grossesses pour savoir dans quel cas un enfant naîtrait pendant le mariage ou hors du mariage. Le *minimum* a été fixé à 180 jours. Ce qui prouve évidemment que pour pouvoir naître pendant le mariage, et vivre, il faut que l'enfant vienne au monde le 180^e jour du mariage. La question de légitimité est liée à celle de viabilité. III 2

Nous n'irons pas jusqu'à dire avec Toullier que si l'enfant naît avant le 180^e jour de la célébration du mariage, la loi ne le reconnaît pas viable, que l'honneur de la mère et la morale publique exigent qu'on le déclare non viable plutôt qu'illégitime. Non, pour nous la loi a supposé dans ce cas que la conception remontait à une époque antérieure au mariage. Ce que nous voulions prouver, c'est que le législateur a reconnu qu'à six mois l'enfant était viable, et cela pour protéger la légitimité de la filiation. 017 81 08 01717 6

Il est très-difficile de préciser l'âge exact d'un fœtus. Tel à sept mois et demi ou huit mois est aussi formé qu'à terme ; tel autre à terme est moins développé que dans les cas ordinaires à neuf mois. Il y a cependant des règles qui permettent d'arriver à une précision suffisante sur l'âge des fœtus. A quel moment de la vie utérine le fœtus est-il assez formé pour pouvoir vivre ? Suivant MM. Briand et Chaudé, ce n'est

guère qu'à sept mois ou sept mois et demi. M. Alphonse Leroy pense au contraire que l'enfant est viable à cinq mois et il s'appuie pour le démontrer sur ce fait qu'à ce moment les poumons sont formés. Mais la formation des poumons ne suffit pas pour établir la viabilité. Ce serait une erreur de croire que l'enfant est viable parce qu'il a pu respirer. D'une façon générale pour qu'un enfant soit viable, il faut que la longueur du corps soit de trente-deux à trente-quatre centimètres, que son poids soit de deux kilos ou de deux kilos et demi, que les cheveux soient assez longs, que les ongles aient une certaine consistance et surtout que la moitié de la longueur totale du corps aboutisse à peu de distance au-dessus du point où s'insère le cordon ombilical.

La différence essentielle qui existe entre la viabilité civile et la viabilité naturelle, c'est que la première correspond à une durée déterminée de la gestation, 180 jours, et que la seconde existe indépendamment de cette durée. L'enfant est légalement viable après 180 jours de gestation; il ne l'est réellement que s'il réunit les conditions que nous venons d'énumérer.

La question de viabilité a été soulevée devant les tribunaux correctionnels au sujet des situations suivantes soumises à différentes reprises à leur appréciation.

Lorsqu'il s'agit d'un enfant mort-né, est-il nécessaire pour échapper aux peines portées dans l'art. 346 du Code pénal, de faire la déclaration de naissance prescrite par l'art. 56 du C. civil?

L'inhumation de l'enfant mort-né sans l'autorisation préalable de l'officier de l'état civil exigée par l'art. 77 C. civ., et complétée par le décret de 1806, entraîne-t-elle l'application de la peine prononcée par l'art. 358 du C. P. ?

Le défaut de déclaration peut-il être considéré comme constituant le crime de suppression d'enfant prévu et puni par l'art. 345 C. P. ?

Voici d'abord le texte des articles que nous venons d'indiquer.

Art. 56 du C. civil. — « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement, et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez laquelle elle sera accouchée. »

Art. 346 C. pénal. — « Toute personne qui ayant assisté à un accouchement n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'art. 56 C. civ. et dans les délais prescrits par l'art. 55 du même Code (3 jours), sera punie d'un emprisonnement de 5 jours à 6 mois et d'une amende de 16 à 300 fr. »

Art. 77 C. civil. — « Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation sur papier libre et sans frais de l'officier de l'état civil qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la *personne* décédée pour s'assurer du décès et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police. »

Art. 358 C. pénal. — « Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier d'état civil, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un *individu* décédé, seront punis de six jours à deux mois d'emprisonnement et d'une amende de 16 à 50 francs, etc. »

Décret du 4 juillet 1806. — « Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier d'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie, afin de ne pas préjuger la question de savoir s'il a eu vie ou non. »

Art. 345 C. pénal. — « Les coupables d'enlèvement, de recel ou de suppression d'enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion. La même peine aura lieu contre ceux qui étant chargés d'un enfant ne le représenteront point aux personnes qui ont le droit de le réclamer. S'il n'est pas établi que l'enfant supprimé ait vécu, la peine sera de trois mois à cinq ans d'emprisonnement. S'il est établi que l'enfant n'a pas vécu la peine sera de six jours à deux mois d'emprisonnement et d'une amende de seize francs à cinquante francs. »

Ces différents articles se lient entre eux et la disposition relative à la non-représentation des enfants est le complément de celles qui précèdent. La même question se pose au sujet des articles 346, 358 et 345 du Code Pénal; c'est celle de savoir si la pénalité est applicable, quelle qu'ait été la durée de la gestation, et

lorsqu'il y a eu, non accouchement, mais avortement.

La jurisprudence, incertaine jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême du 7 août 1874, qui semble avoir tranché définitivement la question, paraît avoir obéi à deux tendances différentes.

Un premier système rigoureux exige que le produit de l'accouchement ou de l'avortement soit représenté à l'officier de l'état civil, pourvu que ce soit un être organisé appartenant à l'espèce humaine et dont on puisse reconnaître le sexe. Nous trouvons dans ce sens un arrêt de la Cour de Metz du 24 août 1854, rendu après un remarquable rapport du conseiller Grand, qui déclare l'article 358 applicable dans le cas où un être organisé appartenant à l'espèce humaine a cessé de vivre. « Lorsque le résultat de l'accouchement est un fœtus, dit l'arrêt, on ne peut se passer de la permission d'inhumer qu'à la condition d'avoir pris l'avis préalable de l'officier public chargé de constater à domicile l'état des personnes décédées. On ne peut prendre pour règle la durée souvent inconnue de la gestation de la mère, les conditions légales ou physiologiques de vitalité de l'enfant. » Un arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1865, déclare en principe de la façon la plus absolue que les enfants morts-nés doivent, à quelque époque que la grossesse soit parvenue, et alors, d'ailleurs, qu'ils ont les formes d'un être humain, être présentés à l'officier d'état civil. La cour de Dijon, dans un arrêt du 16 décembre 1868, s'est prononcée et dans le même sens. M. l'avocat général Paul Bernard s'est fait, dans son réquisitoire, le défenseur

du système rigoureux. « La distinction, dit-il, entre l'embryon inorganisé et le fœtus est la seule admissible, et vouloir distinguer entre les diverses périodes de formation du fœtus serait réduire la loi à l'impuissance. »

Un second système paraît prendre pour critérium la viabilité de l'enfant ; s'il réunit en lui les conditions essentielles à la vie organique, les formalités de la loi devront être remplies ; sinon, il n'y a qu'un produit innommé qui ne constitue, ni un « *enfant* » selon les termes de l'article 56 du Code pénal, ni un « individu, » comme l'exige l'article 358 du même Code. La Cour de cassation vient de consacrer définitivement ce système par un arrêt du 7 août 1874. Il s'agit, dans cet arrêt, de suppression d'enfant. La Cour régulatrice décide que l'article 345 § 3 du Code pénal, modifié par la loi du 13 mai 1863, n'est pas applicable au cas de non représentation d'un fœtus non viable.

Cette doctrine n'est pas absolument nouvelle. Déjà un arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1847 et un arrêt de la Cour de Grenoble du 10 février 1870, semblaient l'avoir reconnue. Le conseiller Grand, dans son rapport sur l'affaire portée devant la Cour de Metz, en 1854, déclarait aussi que l'autorisation n'était pas nécessaire pour inhumer un fœtus de six mois, parce que la présomption est que six mois de gestation suffisent rigoureusement pour que l'enfant puisse naître viable. Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la Cour de cassation exige, pour qu'il y ait suppression d'enfant, que l'enfant soit viable. Cette opinion très-

rationnelle est basée sur ce que les termes de l'art. 345 « s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu » ne peuvent se référer qu'au cas où la viabilité était possible. L'art. 346, en obligeant les personnes qui ont assisté à l'*accouchement* à le déclarer, nous fournit encore un argument en faveur de cette opinion. Le mot *accouchement* a une signification scientifique bien différente du mot *avortement*. L'*accouchement* est l'expulsion naturelle d'un être viable. Ce système est soutenu en doctrine par MM. Chauveau et Faustin-Hélie (*Théor. du C. P.*, tom. IV, nos 1712 et 1713, 5^e éd.)

Mais de quelle viabilité s'agit-il ici ? Est-ce de la viabilité légale ou de la viabilité naturelle ?

La Cour de cassation se prononce pour la viabilité légale. Elle déclare que l'art. 345 C. P. doit être combiné avec l'art. 312 du C. civ. Il résulte de cet arrêt qu'avant 180 jours de gestation le fœtus n'étant pas considéré comme viable, il n'y a pas lieu de se conformer aux art. 77 et 56 du C. civ. ni au décret de 1806, et que la suppression de ce fœtus ne constitue pas le délit de suppression d'enfant.

Cette solution ne nous paraît pas acceptable. Il s'agit en effet, dans l'art. 312, d'une présomption légale qui ne peut pas être transportée d'un cas à un autre, d'une matière à une autre. Pour que la présomption put servir d'élément de décision dans la question qui nous occupe, il faudrait connaître l'époque précise de la conception, ce qui est impossible autrement que par les constatations médicales. Il faudra consulter les hommes de l'art sur la question de viabilité elle-

même, surtout parce que la science n'est pas absolument d'accord avec la loi.

Il est cependant un cas où on devra avoir recours à la viabilité de l'art. 312. C'est celui où il s'agirait du fœtus d'une femme mariée depuis moins de 180 jours. Les questions de viabilité et de légitimité sont ici pour ainsi dire confondues et l'honneur de la femme exige qu'on applique les présomptions de l'art. 312.

Il nous reste à examiner la question de preuves. Est-ce à l'accusation à prouver la viabilité? Est-ce au contraire à la défense à prouver la non-viabilité? Si la culpabilité n'existe qu'autant que l'enfant est viable, il est évident que l'accusation est incomplète tant que la viabilité n'est pas prouvée. M. l'avocat-général Paul Bernard, dans son réquisitoire, s'est fait le défenseur énergique de l'opinion contraire. « Obliger, dit-il, le ministère public à prouver la viabilité de l'enfant, c'est frapper la loi d'une impuissance radicale; car les filles-mères n'auront plus qu'une seule préoccupation, l'anéantissement complet du témoignage de leur faute. » A cela nous répondrons que le danger n'est pas aussi grand qu'on veut bien le dire. Car, s'il y a infanticide, la femme coupable aura un bien plus grand intérêt à anéantir les témoignages, et s'il n'y a aucun acte répréhensible, le danger n'existe pas. N'y a-t-il pas du reste une autre considération qui milite en faveur de la thèse que nous soutenons, celle de la sécurité des familles, qui recevrait une sérieuse atteinte par l'application de la doctrine que nous combattons?

La non-viabilité peut, d'après un arrêt de la Cour

de Bastia du 18 mars 1842 résulter des déclarations unanimes faites devant le juge de paix par les personnes, hommes de l'art et autres, qui ont assisté à l'accouchement ou qui ont donné des soins à la mère; si ces déclarations constatent que celle-ci est accouchée d'un avorton, ce moyen de preuve est admis alors même que ces déclarations confirmées par l'événement n'auraient pas été faites sous serment. (Daloz, Répert. de légis. v° *Actes de l'état civil*, n° 144.)

De l'infanticide. — Pour qu'il y ait infanticide, il faut : 1° Que la mort ait été causée volontairement ; 2° Que l'enfant soit nouveau-né ou naissant ; 3° Que l'enfant soit vivant.

La question que nous avons à résoudre est celle de savoir s'il suffit que l'enfant soit né vivant, ou s'il faut encore qu'il soit né viable.

Cette question présente de l'intérêt surtout à cause de la gravité de la peine encourue par la personne coupable d'infanticide. Le crime d'infanticide est en effet puni de mort. (Art. 300 C. P.)

Un grand nombre de légistes et de criminalistes exigent la viabilité de l'enfant. Ils se basent sur ce que l'être qui vient au monde avant une époque assez avancée pour pouvoir vivre est un avorton que ne peuvent reconnaître ni la loi civile, ni la loi criminelle. Il n'existe pas aux yeux de la loi. Du reste, peut-on punir de la peine de mort le meurtrier d'un avorton, d'un fœtus trop informe pour conserver la vie même un instant, alors qu'on ne punit que de la réclusion

celui qui par des manœuvres criminelles va frapper dans le sein de sa mère un fœtus plein de vie, au risque de précipiter au tombeau et la mère et l'enfant? Ces raisons nous paraissent concluantes; aussi nous rangeons-nous à cette opinion. (Collard de Martigny, *Quest. de méd. lég.* 1829.)

M. Devergie d'un côté et MM. Chauveau et Faustin-Hélie d'un autre, sont d'une opinion contraire. Voici leurs arguments : D'abord la loi ne s'est pas expliquée sur le degré de vitalité de l'enfant, sur sa viabilité; à moins de preuves bien décisives du contraire on ne peut suppléer à la loi. S'il est vrai que cet être est voué à une mort certaine, il est aussi vrai de dire qu'il existe. Il se débat contre la mort, mais il existe. Et dès lors de quel droit disposerait-on de sa vie? Oserait-on soutenir que l'on peut frapper un malade à l'agonie? Non, évidemment non. Puisque la mort n'a pas été naturelle, mais provoquée, le crime d'infanticide existe. Bien que la Cour de cassation se soit prononcée dans ce sens par arrêt du 23 août 1849, les raisons invoquées par elle ne nous paraissent pas suffisantes pour que nous adoptions ce système.

Opération césarienne. — Nous avons vu en droit romain que lorsqu'une femme enceinte vient à mourir, il est absolument défendu de l'inhumier avant d'avoir pratiqué sur elle l'opération césarienne, sous peine d'être considéré comme ayant tué l'enfant. Nos lois sont muettes à cet égard; mais cependant lors-

que le cas se présente, on doit extraire l'enfant si on a le moindre espoir de le sauver.

La question de la viabilité du fœtus se retrouve ici toute entière. A quelle époque de la grossesse l'enfant sera-il assez formé pour pouvoir survivre à sa mère? Il ne peut être évidemment question ici de la viabilité civile de l'art. 312 C. civ. Puisque des auteurs ont soutenu qu'il y avait des exemples d'enfants viables après cinq mois de gestation, l'opération devra être faite lorsque le fœtus sera au cinquième mois. L'homme de l'art doit donc prendre sur lui, à défaut de renseignements sur l'époque de la conception, de pratiquer l'opération césarienne s'il y a présomption que la femme était enceinte de cinq mois. Nous ne distinguons pas entre le cas où la mère a péri par suite d'un accident et celui où elle a succombé à une maladie. Lorsque un accident frappe la mère, il peut ne pas avoir atteint l'enfant, tandis que lorsque la maladie tue la mère, le principe morbide tue souvent le fœtus. Mais il y a des exceptions, et ces exceptions ne permettent pas de faire de distinction.

Plus l'opération se fait vite après la mort et plus il y a des chances de sauver la vie de l'enfant. Aussi pensons-nous que dans un cas semblable, on ne doit se préoccuper ni de la loi ni des ordonnances qui veulent qu'on ne procède à une inhumation ou même à une opération quelconque sur un cadavre, que vingt-quatre heures après la constatation du décès. Lorsque l'homme de l'art s'est assuré par les moyens qu'indique la science que la femme est bien morte, et

qu'il a donné avis à l'officier d'état civil de l'urgence de l'opération, il peut extraire le fœtus sans craindre d'encourir aucun reproche.

CHAPITRE II

La loi française reconnaît, comme la loi romaine, certains droits à l'enfant conçu. La formule latine, « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, » est applicable dans notre droit actuel. Le Code civil, dans les art. 725 et 906, accorde aux enfants conçus un droit de succession sur les biens de leurs parents et leur permet de recueillir les donations et legs qui ont été faits en leur faveur, pourvu qu'ils naissent vivants et viables. Nous reviendrons plus loin sur ces dispositions et nous les étudierons avec certains développements. Pour le moment nous n'avons à retenir qu'une chose, c'est que, dans une certaine mesure, l'enfant conçu est assimilé à l'homme déjà existant. Il a les mêmes droits que lui, mais il ne peut en avoir davantage.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ENFANT CONÇU CONSIDÉRÉ AU POINT DE VUE DE SON ÉTAT

Le Code civil divise les personnes au point de vue des rapports de famille en quatre classes. Il distingue les enfants légitimes, les enfants naturels, les enfants adultérins et les enfants incestueux.

La filiation, c'est-à-dire la relation que le fait de la

procréation établit entre le père et la mère, et l'enfant qui en est issu, donne à cet enfant un état dans la société, des droits dans la famille, établit des devoirs et des obligations et crée des incapacités pour certains actes de la vie civile. Nous avons à rechercher ici comment se détermine la filiation légitime, naturelle, adultérine et incestueuse. Le moment de la conception, élément essentiel à la solution de cette question, ne peut se déterminer que par celui de la naissance.

Dans quel cas un enfant est-il légitime ?

Avant d'aborder l'étude des règles sur la paternité et la filiation dans notre Code civil, examinons sommairement les principes qui régissaient la matière dans l'ancienne jurisprudence française.

Historique. — Un enfant est légitime en principe lorsqu'il est conçu des œuvres du mari de sa mère pendant le mariage. Dans le droit coutumier, on le considérait comme légitime lorsqu'il ne naissait pas avant le septième mois à dater du jour du mariage. Nous trouvons en effet dans Beaumanoir le passage suivant : « *Se le feme porte li enfes mains de sept mois le mariage durant, et li enfes vit, il apert qu'il fut conçeus devant le mariage, et par ce pot il estre tenus por bastars.* » (Coutumes de Beauvaisis, chap. XVIII, n° 2.)

Dans l'ancienne jurisprudence française on ne prolongea pas ce minimum de durée. Par une décision rendue le 27 juin 1722, le conseil souverain d'Alsace déclara légitime l'enfant né dans le septième mois à compter du jour de la célébration du mariage. Nous

trouvons cependant dans le Répertoire de Merlin (v° *Légitimité*, sect. II, § 1, n° 5), qu'en 1779 le Parlement de Provence admit la légitimité d'un enfant né dans le sixième mois du mariage. Malgré la diversité de ces arrêts on ne considérait comme légitime que l'enfant né au plus tôt le 182° jour du mariage (Nouveau-Denizart, v° *Grossesse*, § 2, n° 5.) Cette présomption de légitimité de l'enfant avait le caractère de la présomption de l'art. 312 du Code civil; elle était « pleine et entière et ne pouvait être détruite que par la force de l'évidence. » (Nouveau-Denizart, v° *Etat (Question d')* § 1, n° 2.)

A côté de ces principes, on voit que les juges avaient un pouvoir absolu d'appréciation pour la constatation de la paternité naturelle. (D'Aguesseau, *Œuvres*, 34° plaidoyer.) La conséquence naturelle de ce pouvoir du juge fut la facilité qu'il eut de déclarer légitime l'enfant né dans les premiers mois du mariage lorsque les conjoints avaient eu des relations antérieures à leur union. C'est là l'origine de notre article 314.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que du terme des plus courtes gestations. Quel était le *maximum* légal de la durée des grossesses? — En droit Coutumier la durée *maxima* était de 274 jours pleins. Car, « *feme ne pot porter son enfant plus de trente et neuf semaines et uns jour.* » (Beaumanoir, chap. XVIII, n° 5.) L'enfant né 275 jours après la dissolution du mariage était présumé naturel.

Dans notre ancienne jurisprudence nous trouvons

une certaine indécision. Ainsi, tandis que certains arrêts déclarèrent illégitimes les enfants nés après le dixième mois depuis la mort du mari de la mère (Parlement de Paris, 6 sept. 1655), d'autres admirent comme légitimes les enfants nés dans le onzième mois du veuvage de leur mère. (Arrêt du Parlement de Rouen de 1779). La différence qui existe entre ces deux arrêts prouve que les juges avaient un pouvoir souverain d'appréciation. On admettait en effet, sous l'influence des médecins de l'époque, que « certaines circonstances particulières pouvaient former des présomptions violentes en faveur de la veuve et donner lieu de croire que sa grossesse avait été plus longue que les grossesses ordinaires. » Nouveau-Denizart, v^o *Etat (Question d')* § 4, n^o 1). Cependant les auteurs du nouveau Denizart se rattachèrent à l'opinion qui a prévalu dans notre droit actuel et qui consiste à fixer à 300 jours le *maximum* de durée des grossesses.

La filiation légitime se composant sous le Code civil de cinq éléments, il faut, pour qu'un enfant soit légitime, pouvoir répondre affirmativement aux cinq questions suivantes :

1^o Y a-t-il eu mariage entre les prétendus père et mère ?

2^o La prétendue mère a-t-elle accouché ?

3^o Y a-t-il identité entre l'enfant de cette femme et celui qui prétend être son enfant ?

4^o Cet enfant a-t-il été conçu des œuvres du mari de sa mère ?

5° Cette conception a-t-elle eu lieu pendant la durée du mariage?

Les trois premières questions sont faciles à résoudre. La preuve du mariage résulte, en effet, des actes de l'état civil. La preuve de la maternité n'offre pas de difficulté. Elle est rendue sensible par la grossesse et l'accouchement, deux faits apparents qu'on ne peut guère dissimuler. L'identité de l'enfant résulte du témoignage des personnes qui ont assisté à l'accouchement ou de celles qui l'ont suivi dans la vie.

Mais si la maternité se révèle par des signes physiques extérieurs, la paternité est, au contraire, de sa nature, occulte et incertaine. La conception est entourée d'un profond mystère. La mère seule pourrait donner des renseignements sur ce point et encore nous avons vu qu'elle était susceptible de se tromper. Comment d'ailleurs s'en rapporter à elle? Son témoignage n'est-il pas intéressé? Si elle a eu des relations avec plusieurs hommes, ses affirmations n'ont plus de valeur. La paternité ne peut donc pas être prouvée directement. Il a fallu se contenter d'une présomption reposant sur ce double fondement : 1° la fidélité de la femme ; 2° le fait de la cohabitation des époux au moment de la conception. Il est tout naturel de penser que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. De là l'art. 312-1° C. civ.

Mais comment saura-t-on que l'enfant a été conçu pendant le mariage? Ici encore la question est fort délicate, surtout si l'enfant naît peu de mois après

la célébration du mariage ou longtemps après sa dissolution.

Nous avons déjà vu que les grossesses n'ont pas une durée égale, qu'il y a des naissances précoces et des naissances tardives. C'est sur les données scientifiques que le législateur admit ces deux présomptions : 1° les gestations les plus longues sont de 300 jours ; 2° les gestations les plus courtes de 180. « En adoptant une règle prise dans la marche la plus ordinaire de la nature, les législateurs n'ont pas entendu énoncer une vérité absolue, ni décider en physiologistes une question sur laquelle sont partagées les opinions des plus savants médecins. Ils ont fait ce qui était propre à la législation : ils ont tari la source de ces procès difficiles et scandaleux qu'occasionnaient les naissances tardives et prématurées en traçant aux juges une règle positive pour fixer leur incertitude et prévenir désormais l'arbitraire des décisions et la contrariété des jugements. » (Toullier, tom. XI, p. 115). Ces présomptions de la loi nous fournissent les éléments de réponse à ces deux questions : l'enfant est-il conçu des œuvres du mari ? a-t-il été conçu durant le mariage ?

S'il résulte des faits que l'enfant est né légitime, cet état rétroagira au jour de la conception et il aura été tel durant la grossesse de sa mère. Il est inutile d'ajouter que si, à la suite d'une action en désaveu (art. 312) ou en contestation de légitimité (art. 315) l'enfant a perdu sa qualité d'enfant légitime, et a été déclaré

simplement enfant naturel, il aura été tel du moment de la conception.

Passons à l'examen de l'art. 314 du Code civil qui s'exprime ainsi : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable. »

Il s'agit ici d'un enfant né pendant le mariage, mais conçu avant la célébration. Cet enfant peut être désavoué par le mari, sauf dans les cas que nous venons d'énumérer. Si le mari ne le désavoue pas ou se trouve dans un des cas prévus par l'art. 314, quelle sera la situation de l'enfant ? Sera-t-il légitime, ou seulement légitimé ?

La question que nous allons étudier a un intérêt pratique considérable au point de vue des droits successifs de l'enfant conçu. Si l'enfant naît légitime il pourra profiter comme enfant naturel reconnu des successions qui se seront ouvertes à son profit avant le mariage de ses père et mère. Si au contraire il naît légitimé, il ne pourra avoir aucun droit sur elles. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point en étudiant l'article 725 du Code civil.

Dans un premier système on soutient que l'enfant naît légitime. Voici l'argument que font valoir ses partisans : Il n'y a de légitime que l'enfant conçu pendant le mariage. Or, dans le cas qui nous occupe,

l'enfant a été conçu avant le mariage ; il n'est donc pas légitime. Mais il est né pendant le mariage du père et de la mère et ce mariage lui donne la qualité d'enfant légitimé ; il ne peut donc être que légitimé.

Arrivons aux conséquences. L'enfant légitimé par le mariage, n'est considéré comme légitime que du jour de la célébration. Il est naturel depuis la conception jusqu'au mariage.

D'autre part, si l'enfant a été conçu à une époque où le mariage entre le père et la mère était impossible, parce que l'un des deux était engagé dans une précédente union, l'enfant est adultérin et ne peut être légitimé (art. 331). L'art. 314 est donc inapplicable ici. Prenons un exemple. Pierre devient veuf le 1^{er} mai ; il se remarie le 20 et sa femme accouche un mois après. La conception de l'enfant remonte à une époque où l'époux était marié avec une autre femme. Il ne désavoue pas l'enfant ou il se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 314 empêchant le désaveu ; il s'en reconnaît par là même le père. Cet aveu de paternité ne peut produire d'effet dans ce système, parce que cette reconnaissance d'une filiation adultérine est expressément défendue par la loi.

L'art. 314 serait encore inapplicable, si l'enfant avait été conçu du commerce de deux personnes qui ne pouvaient contracter mariage ensemble pour cause de parenté ou d'alliance. Il serait incestueux, nonobstant le mariage que ses père et mère auraient contracté avec dispense, avant sa naissance.

Nous soutenons, nous, que l'enfant naît légitime. L'art. 314 dit, en effet, que l'enfant né avant le 180^e jour à compter de la célébration du mariage *peut* être désavoué. Mais s'il n'est pas désavoué il est donc légitime. La possibilité de la seule action en désaveu fait supposer la légitimité de l'enfant.

Comment d'ailleurs soutenir que l'enfant naît légitime en présence de l'art. 331 du Code civil qui ne parle de légitimation que pour les enfants nés *hors* mariage !

S'il nous fallait encore une preuve en faveur de notre opinion, nous la trouverions dans les travaux préparatoires du Code civil. Portalis disait, en effet, au conseil d'Etat : « Le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui naît pendant le mariage, soit que cet enfant ait été conçu avant ou après. » M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely est encore plus catégorique lorsqu'il dit : « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre ; l'enfant conçu avant le mariage et né après, est légitime si le père ne réclame pas. »

Ainsi se trouve réfuté, en principe, le système que nous appellerons système de la légitimation. Et nous repoussons également les conséquences que ses partisans lui font produire, en infligeant quelquefois aux enfants conçus avant le mariage la qualité d'enfant adultérin.

En effet, le mari, par le désaveu, dépouille l'enfant de sa qualité d'enfant légitime ; mais le désaveu est le fait unique qui lui fasse perdre cette qualité. Il

appartient au mari seul de l'exercer. Si, au contraire, on admettait que l'enfant est adultérin ou incestueux dans les cas dont nous avons parlé, toute personne pourrait exercer cette action en désaveu, ce qui est manifestement contraire au texte et à l'esprit de la loi (M. Huc, Cours de Code civil du 10 mars 1874).

On a bien dit que ces enfants devaient être assimilés aux enfants naturels nés de père inconnu. Mais cette solution ne nous satisfait point. Il n'y a pas de milieu : ou l'enfant est adultérin, ou il est légitime. Nous avons prouvé qu'il ne pouvait pas être adultérin ; il est donc légitime.

Demandons-nous maintenant quel est l'état de l'enfant depuis la conception jusqu'à la naissance ? Dans l'opinion que nous avons combattue, il est ou naturel, ou adultérin, ou incestueux, suivant les circonstances. Pour nous, il n'a aucune qualité spéciale, il est censé n'avoir existé que depuis le mariage. Cette solution fait échec à l'art. 312 ; mais rien n'est plus naturel, car l'art. 314 est opposé à ce principe contenu dans l'art. 312 que la légitimité a pour fondement la présomption que l'enfant a été conçu pendant le mariage. La loi peut être ici absolument contraire au fait, mais c'est dans l'intérêt des mœurs publiques et de la tranquillité des familles.

Un enfant est enfant naturel lorsqu'il est issu du commerce de deux personnes qui n'étaient pas unies par les liens du mariage. La loi ne s'occupe que des enfants naturels reconnus. La seule question que nous ayons à nous poser ici est celle de savoir si on peut reconnaître un enfant naturel avant sa naissance. La

réponse à cette question doit être, selon nous, affirmative. La reconnaissance n'est que l'aveu d'un fait. Peu importe qu'elle soit antérieure ou postérieure à la naissance ; les effets qu'elle produit sont dans les deux cas les mêmes. On a bien objecté les termes de l'art. 334, C. civ. « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance. » Mais évidemment cet article statue sur le *plerumque fit*. Il n'a rien de limitatif. D'ailleurs pourquoi la loi l'aurait-elle prohibée ? Il y a intérêt pour l'enfant à pouvoir être ainsi reconnu et on peut appliquer la maxime « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.* » Le père naturel peut craindre de ne pas vivre jusqu'à la naissance de l'enfant. La mère elle-même peut succomber dans les douleurs de l'enfantement. Il ne faut pas les mettre dans l'impossibilité de remplir ce devoir. La doctrine et la jurisprudence sont, au reste, parfaitement d'accord sur ce point.

La question de double conception peut donner lieu ici à des difficultés assez graves. Ainsi : 1° Un individu ayant reconnu antérieurement à l'accouchement un enfant naturel, et la mère mettant au monde deux enfants, la reconnaissance produira-t-elle ses effets à l'égard de tous deux ? 2° Deux enfants étant nés d'une même grossesse, la reconnaissance de l'un d'eux seulement *postérieure* à la naissance doit-elle s'appliquer explicitement à l'autre ?

Dans le premier cas, il nous semble que la reconnaissance doit s'appliquer à l'un et à l'autre. Ce

qu'elle avait en vue était, en effet, le fruit du ventre, quel qu'il fut, le part, comme l'appelaient les Romains. Une fois faite, la reconnaissance est, du reste, comme un acte de l'état civil et ne peut plus subir de modification. Et d'ailleurs ne peut-on pas invoquer ici une raison morale supérieure à ces questions juridiques? Lorsqu'un homme est le père d'un enfant naturel, ce qu'il hésite le plus à faire, et cependant c'est son devoir le plus strict, c'est à le reconnaître. Comment supposer dès lors que, lorsque la reconnaissance est antérieure à la naissance, elle ne puisse pas s'appliquer à deux enfants qui naissent d'une même couche? Lorsque le père reconnaît que la femme est enceinte de ses œuvres, cette reconnaissance s'applique au produit de l'accouchement.

Dans le second cas, au contraire, il n'en est plus de même. La reconnaissance ne devra profiter ici qu'à celui auquel elle aura été spécialement dévolue. Que l'on admette la superfétation, ou qu'on n'y voie qu'une conception double, la solution est la même, parce que d'un côté la reconnaissance est un acte de pure faculté et que d'un autre la recherche de la paternité est interdite.

Passons aux enfants adultérins. Y a-t-il légalement des enfants adultérins? L'enfant adultérin est celui qui est issu du commerce de deux personnes dont l'une au moins est déjà mariée. Le père ou la mère de l'enfant adultérin sont mariés avec une autre personne au moment de la conception. La loi défend toute révélation de la filiation adultérine, soit de la part des père et mère, soit de



la part de l'enfant, soit de la part des tiers ; elle ne permet ni au père ni à la mère de reconnaître l'enfant adultérin et cette reconnaissance n'a pas même, selon nous, la valeur et l'aveu de fait. L'enfant ne peut pas rechercher sa filiation vis-à-vis du père. Il en résulte qu'il ne peut pas y avoir d'enfant adultérin par rapport au père, qu'il est impossible d'établir la paternité adultérine ; mais on peut constater la filiation adultérine par rapport à la mère. Ce sera seulement au moment de la naissance de l'enfant qu'on pourra la rechercher. Supposons, en effet, qu'un mari intente une action en désaveu de paternité d'un enfant de sa femme et triomphe. L'enfant est adultérin par rapport à la mère. Mais on ne peut pas dire qu'il est le fils adultérin de tel individu. En fait, il y a bien un père adultérin, mais il n'est pas permis de rechercher qui il est (M. Huc, Cours de C. c., 21 mars 1874). Adultérin depuis l'action en désaveu, l'enfant l'a été du jour de la conception.

Les enfants incestueux, sont les enfants issus du commerce de deux personnes que leur degré de parenté empêchait de s'unir. S'il est vrai de dire qu'il n'y a d'enfants adultérins que par rapport à la mère, il est aussi vrai de dire qu'il n'y a d'enfants incestueux ni par rapport au père, ni par rapport à la mère. La reconnaissance de tels enfants leur est interdite.

Mais, dira-t-on, si on fait annuler un mariage pour cause d'inceste, les enfants issus de ce mariage seront incestueux. Il faut supposer, pour donner cette solution à la question, que le mariage n'a pas été

contracté de bonne foi; s'il y avait eu, en effet, bonne foi de la part des époux, les enfants auraient été légitimes (art. 201 C. civ.). Il faudrait, d'ailleurs, pour être certain que le père est le ci-devant mari, lui faire application de l'art. 312 C. civ. Qui oserait prétendre qu'on pourrait ainsi se servir de la présomption légale de l'art. 312, dans le cas d'un mariage annulé? Et, si on ne connaît pas le père, s'il n'est pas permis de le rechercher directement ou indirectement, comment affirmer que tel enfant est incestueux?

Il résulte de ces quelques considérations que légalement les enfants incestueux n'existent pas, et qu'on doit les considérer comme enfants naturels de père inconnu.

Passons à l'examen de l'enfant conçu relativement à sa nationalité.

Voici quels sont les principes du Code civil sur la matière. L'art. 10 est ainsi conçu : « Tout enfant né d'un Français en pays étranger, est français. » Les enfants d'un Français naissent toujours français, même à l'étranger, tandis que les enfants nés en France d'un étranger ne sont pas français d'une manière absolue, mais seulement sous certaines conditions qu'ils doivent remplir dans l'année qui suit leur majorité (art. 9). Par le mariage, la femme prend la nationalité de son mari. Mais si ce dernier en change depuis le mariage, celle de la femme n'est plus nécessairement modifiée; dans ce cas l'enfant suit la nationalité de son père. Mais si la nationalité du père a changé pendant la grossesse de sa femme, quel

moment doit-on considérer pour déterminer la nationalité de l'enfant? est-ce celui de la conception, est-ce celui de la naissance?

Dans un premier système, on soutient qu'on ne doit envisager que le moment de la naissance. Cela résulte, dit-on, des premiers mots des art. 9 et 10 : « Tout individu *né* en France.... Tout enfant *né* d'un Français... » Si l'on considère l'enfant conçu comme né lorsqu'il s'agit de son intérêt, c'est là une fiction qui ne peut être admise que dans des cas déterminés par la loi, non dans le sujet qui nous occupe.

Nous pensons, au contraire, que c'est au moment de la conception qu'on doit se placer pour déterminer la nationalité de l'enfant. Et, en effet, l'œuvre du père se place au moment de la conception et se termine alors. Une fois conçu, l'enfant a une existence indépendante de celle de son père. Son état est invariable et la mort du père n'y pourrait rien changer. Si l'enfant a la qualité de Français dans le sein de sa mère, il n'a pu la perdre par la déchéance de son père. (Valette, Cours de C. civ., tom. I^{er}, p. 45; Demol., tom. I^{er}, n^o 151.) En vain objecterait-on que les expressions « *né d'un Français* » s'appliquent à un enfant qui est né pendant que le père était français. Les mots « *né d'un Français* » signifient tout simplement né des œuvres d'un Français; or, l'œuvre du père se termine à la conception. C'est bien donc ce moment et ce moment seul dont nous devons nous préoccuper.

Si, par conséquent, le mari est devenu étranger avant

la naissance de son enfant, nous pensons que l'enfant naîtra français. Et réciproquement, si un mari étranger au moment où sa femme est devenue enceinte de ses œuvres, se fait naturaliser français avant l'accouchement, l'enfant qui naîtra ne sera pas français, mais il pourra profiter de la disposition de l'art. 9. Pareillement, l'enfant naîtrait français si son père naturel, français au moment de la conception et étranger au jour de sa naissance, l'avait reconnu lorsqu'il était encore dans le sein de sa mère.

En matière de filiation naturelle, lorsque le père est inconnu, nous adopterons le principe romain d'après lequel l'enfant suit toujours la condition de sa mère, prise au moment de la naissance. Cependant l'enfant né en France de parents inconnus est français. On doit appliquer ici la règle de l'ancien droit qui déclarait français tous ceux qui naissaient en France.

SECTION II

DES DROITS DE L'ENFANT CONÇU

§ I^{er}

Droits en matière de succession.

Nous avons déjà dit que la loi considère l'enfant conçu comme né toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt et qu'elle lui reconnaît des droits provenant

de successions, de donations ou de legs, dont il profitera s'il naît vivant et viable. Ces droits sont tous ceux qui composent le patrimoine, c'est-à-dire des droits réels aussi bien que des droits de créance. L'art. 725 déclare, en effet, capable de recueillir une succession l'enfant conçu, et une succession se compose de tous les droits du défunt et de toutes les obligations dont il était tenu.

La vocation héréditaire de l'enfant conçu est subordonnée à ces deux conditions : naîtra-t-il vivant ? naîtra-t-il viable ? Nous supposerons, pour simplifier nos explications, que l'enfant doit naître vivant et viable, en nous référant pour la question de viabilité aux explications que nous avons déjà données.

Est-il juste que l'enfant qui n'est pas encore conçu au moment de l'ouverture d'une succession, mais qui doit naître peu de temps après, soit primé par des parents du douzième degré et par l'Etat lui-même ? Ainsi, un père meurt laissant pour héritier un fils marié et indigne de lui succéder. Un an après sa mort naît un enfant de ce fils. La loi déclare qu'il n'a rien à recueillir dans la succession de celui qui aurait été son grand-père s'il eût vécu. Cette solution peut-elle se justifier ?

Vivement combattue autrefois, mais énergiquement défendue par d'Aguesseau, cette solution est aujourd'hui indiscutable devant les termes de l'art. 725, et elle est rationnelle. Quelle est, en effet, la base du droit qu'ont certaines personnes de succéder à d'autres ? C'est le lien du sang, la parenté légitime ou naturelle, quelquefois aussi le lien du mariage, et

ce lien ne peut exister qu'entre deux personnes qui vivent en même temps, ne fut-ce que de la vie utérine; l'enfant non conçu, c'est le néant. Les successions sont déférées du reste par la loi, sans lacune, au moment où elles s'ouvrent. La dévolution n'est pas conditionnelle et ne pourrait l'être sans que la plus grande incertitude régnât sur la propriété. Et c'est réellement là la base du droit de l'État. Gardien de tous les biens, il les acquiert lorsqu'ils sont vacants et sans maître, il devient héritier. D'Aguesseau qui combattait les droits du fisc dans ce cas, donnait pour toute raison que ce n'était pas humain. Cette *humanitas* qu'il invoquait prouve bien que la justice était laissée de côté dans ces circonstances.

Il faut et il suffit d'être conçu au moment de l'ouverture de la succession pour succéder au *de cuius*. Voilà le principe. Demandons-nous maintenant comment on pourra arriver à prouver que tel enfant était conçu au moment du décès du *de cuius*. Quels moyens de preuve peut-on admettre?

Il est un point indiscutable, c'est que les présomptions légales des art. 312 et 315 sur la *Paternité* et la *Filiation* doivent être admises en matière de successions toutes les fois que la question de légitimité sera mêlée à la question de succession. Examinons quelques espèces :

1° Un enfant naît avant le 180^e jour à compter de l'ouverture de la succession. Dans ce cas il profitera de la succession du *de cuius* parce qu'il était conçu au moment de la mort de ce *de cuius*. Lorsqu'il

s'agit de l'honneur d'une mère on déclare que la gestation la plus courte est de 180 jours; comment dès lors admettre qu'en matière d'intérêt pécuniaire on puisse diminuer cette durée établie toute en faveur de la légitimité?

Une des conséquences de cette solution, c'est que l'enfant qui naît avant le 180^e jour du mariage de ses père et mère ne doit pas pouvoir recueillir une succession ouverte peu de temps avant ce mariage. La jurisprudence ayant varié sur ce point, dans une affaire célèbre, nous allons entrer dans quelques détails.

Du mariage de Gatién Aubert et Marie Vaugondy, naquit Gatién-Louis Aubert. Après le décès de son père, il mourut lui-même le 17 juillet 1807 sans frère ni sœur. Il laissait seulement sa grand'mère paternelle et sa mère. Le 11 août 1807 sa mère se remaria avec Guilbert et eut une fille qui naquit le 1^{er} janvier 1808, cent quarante-trois jours après son mariage et ne fut pas désavouée par le mari. La grand-mère vint réclamer la moitié de la succession de Gatién-Louis. Guilbert lui opposa que sa fille était conçue avant l'ouverture de la succession puisqu'elle était née cent cinquante-neuf jours après la mort de Gatién-Louis. Le tribunal civil de Tours et après lui la cour d'Orléans, par arrêt du 16 février 1809, déclarèrent mal fondée la prétention de la grand-mère par ces motifs : Que suivant l'art. 725, l'enfant conçu est capable de succéder, que ses droits lui sont conservés sous la condition qu'il naîtra vivant et viable, que la fille Guilbert a été saisie dans le sein de sa mère de la

portion de succession de son frère utérin sous la condition précitée, que cette condition s'est réalisée et que par suite elle exclut l'aïeule, parce que c'est au moment de la naissance que se réalisent en faveur de l'enfant les droits ouverts depuis sa conception.

La Cour de cassation appelée à se prononcer adopta une opinion contraire par arrêt du 11 mars 1811. Elle déclara bien que la fille Guilbert était conçue lors de l'ouverture de la succession de Gatien-Louis, mais qu'il ne fallait pas en conclure qu'elle devait lui succéder. Et, en effet, appliquant la maxime « *infans conceptus.....* » la fille ne pouvait avoir que les droits qu'elle aurait eus si elle fût née à ce moment, car elle aurait été enfant naturelle et par conséquent incapable de recueillir la succession.

La conception peut bien, jusqu'à un certain point, être assimilée à la naissance, mais elle ne peut jamais avoir plus d'effet que n'en aurait la naissance elle-même. La fille est née en mariage, cela est vrai; mais elle est née légitimée et les conséquences de la légitimation ne peuvent remonter à une époque antérieure au mariage.

La solution de la Cour de cassation est exacte, non pour les motifs qu'elle fait valoir, mais parce que, selon nous, l'enfant n'est censé exister que depuis le mariage. L'effet ne peut précéder la cause.

2° L'enfant est né après le 300^e jour à compter de l'ouverture de la succession du mari de sa mère. Dans ce cas, les successibles du *de cuius*, ses frères ou sœurs, par exemple, pourront contester sa légitimité (art. 315). Trois situations différentes peuvent se

produire : 1° L'enfant peut être déclaré né de telle femme et de père inconnu ; 2° de telle femme et de tel individu qui le reconnaîtra. Dans ces deux cas, l'enfant étant naturel, n'aura rien à réclamer sur la succession du *de cujus*. 3° Les personnes intéressées peuvent le considérer comme légitimement né de sa mère et du mari de cette dernière. Dans ce cas, personne ne venant contester sa légitimité, il aura sa part dans la succession du *de cujus*, c'est-à-dire la totalité. Il peut en être souvent ainsi ; car plutôt que de déshonorer la femme de leur frère, un frère ou une sœur préfèrent quelquefois abandonner la fortune qui devait leur revenir. Ce sentiment nous paraît du reste fort naturel.

Passons aux cas où la question de succession est mêlée la question de légitimité.

Une femme accouche 298 jours après la mort de son mari. Ici on doit appliquer les présomptions en matière de paternité. En effet, dans ce cas, l'enfant est héritier s'il est légitime. Or, sa légitimité ne peut pas être contestée. Il est censé avoir été conçu avant la mort du mari, qui est dès lors son père, et il lui succède. La solution serait la même si deux ou trois jours après le décès du mari, son grand-père venait à mourir. L'enfant recueillerait sa succession à sa naissance ; personne ne pourrait venir prétendre, en effet, qu'il n'était pas conçu au moment du décès de son grand-père ; car ce serait prouver *a fortiori* qu'il ne l'était pas au moment de la mort de celui qui est son père aux yeux de la loi, par conséquent qu'il est illégitime, ce qui est contraire à l'art. 312.

Voici encore un cas dans lequel la question de succession étant inséparable de la question de légitimité, il y a lieu d'appliquer les présomptions légales. Primus, époux de Prima, s'embarque le 1^{er} mai. Un de ses parents meurt le 4 mai. Primus revient le 31 août, c'est-à-dire 123 jours après son départ. La femme accouche le 20 février suivant, 296 jours après le départ de son mari et 174 jours depuis son arrivée. L'enfant n'a pu être conçu depuis son retour, la gestation la plus courte étant de 180 jours. On ne peut pas supposer qu'il l'a été pendant l'absence de Primus, car ce serait rechercher la preuve d'une filiation adultérine. Il a pu et dû être conçu dans les quatre jours qui ont précédé le départ du mari de sa mère. Le *de cuius* n'était pas encore mort à ce moment, l'enfant était donc conçu à son décès et par conséquent capable de lui succéder.

Lorsque la question de légitimité n'est pas liée à la question de succession, lorsqu'il s'agit de la succession de deux frères entre eux, par exemple, doit-on encore invoquer les présomptions des art. 312 et 315? Trois systèmes sont ici en présence.

Dans un premier système, on soutient que les art. 312 et 315 sont encore applicables dans ce cas avec toute leur force probante. En faveur de cette opinion on prétend que par les art. 312 et 315 la loi a voulu fixer les incertitudes, que ces enquêtes sont dangereuses en pareil cas et que malgré tout il reste du doute. Au reste, ajoute-t-on, il y a indivisibilité entre la légitimité et la successibilité, en ce sens que l'une est la conséquence de l'autre. Les partisans de

ce système disent, en outre, que dans le silence de la loi, on doit l'appliquer dans le cas qui nous occupe. (V. en ce sens, Toullier, Delvincourt, art. 725, et les arrêts suivants : Cass., 8 février 1821, Cass. 28 novembre 1833, Grenoble, 20 janvier 1853.)

Nous reconnaissons que les art. 312 et 315 ont été placés dans le Code pour faire cesser les procès scandaleux auxquels donnaient lieu les questions de légitimité et pour les soustraire à la mobilité des décisions judiciaires. La loi a établi à cet égard des présomptions contre lesquelles les preuves ne sont pas admises. Mais ce que nous contestons formellement, c'est qu'on puisse appliquer une présomption légale à des cas autres que ceux pour lesquels elle a été introduite. Les présomptions établies par la loi sont en effet de droit strict et leur définition en est la meilleure preuve. « La présomption légale, dit l'art. 1350, est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits. » Hors de ces actes, hors de ces faits elle n'existe plus. Vouloir en décider autrement serait faire de la législation. Les art. 312 et 315 reposent sur une fiction et on comprend facilement que la loi se soit montrée plus favorable à l'intérêt de légitimité d'un enfant qu'à un intérêt pécuniaire ; elle n'a pas dit qu'en toute circonstance et pour tout objet il faudrait abrégé ou étendre la durée de la gestation, selon que l'exigerait l'intérêt de l'enfant.

Nous pensons que le juge reprend dans ces questions sa complète liberté d'appréciation. Il peut, selon nous, décider d'après l'examen des faits, interroger la

science et les possibilités. Nous ne saurions admettre que les présomptions légales des art. 312 et 315 doivent être assimilées à des présomptions *juris tantum*, admettant la preuve contraire. Ou elles sont applicables, ou elles ne le sont pas, et si elles le sont, c'est comme présomption *juris et de jure*. Ce sera à celui qui viendra réclamer une succession ouverte avant sa naissance à prouver que ce droit lui appartient. Il pourra faire appel aux témoignages des gens de l'art, à certains faits concluants, et s'il n'établit pas suffisamment que sa conception est antérieure à la mort du *de cujus*, les juges pourront néanmoins se décider d'après les probabilités de la cause. Leur appréciation est souveraine à cet égard (Marcadé, Mourlon, art. 725).

Cette opinion nous paraît la seule rationnelle, et surtout la seule applicable aux divers cas qui peuvent se présenter. Prenons une hypothèse. Un père veuf ayant un fils, reconnaît un enfant conçu par acte authentique et meurt quelques jours après ainsi que le fils. L'enfant naît 290 jours par exemple après la mort de son père naturel. Viendra-t-on, dans ce cas, invoquer les présomptions légales des art. 312 et 315 ? Qui oserait prétendre que les présomptions établies pour la filiation légitime sont applicables à la filiation naturelle ?

Droits en matière de donations entre vifs.

L'art. 906 dispose que pour être capable de recevoir entre vifs il suffit d'être conçu au moment de la donation, et que la donation n'aura d'effet qu'autant que l'enfant naîtra viable. Cette disposition semble à première vue contraire au principe contenu dans la maxime « donner et retenir ne vaut » que les rédacteurs du Code civil ont reproduite dans l'art. 894. Mais il n'en est rien. La loi dit bien que par la donation le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement des biens compris dans la donation ; mais cette définition n'exclut pas le droit d'ajouter à une donation une condition au moins simplement casuelle. Or, dans le cas qui nous occupe, la viabilité de l'enfant qui naît est une condition inhérente à sa personne et dont la réalisation est absolument indépendante de la volonté du donateur.

Ce n'est pas une simple espérance que le donateur transfère à l'enfant conçu, c'est un droit, conditionnel il est vrai, mais qu'il n'est plus au pouvoir du donateur de lui enlever. Si l'enfant naît vivant et viable, il aura été propriétaire du jour même de la donation des biens dont elle se compose ; si, au contraire, il ne vient pas au monde dans ces conditions, les biens composant la donation ne lui auront jamais appartenu, la donation sera sans effet. Il y a cependant une grande différence entre la donation conditionnelle ordinaire et une semblable donation. La condition

est un événement futur et incertain qui est ici l'existence même du donataire. En général, la donation conditionnelle engendre un droit transmissible aux héritiers avant que la condition ne se soit réalisée. Ici ce droit est intransmissible, puisqu'il est inséparable de la personne du donataire.

Nous avons vu qu'il suffit que l'enfant soit conçu au moment de la donation pour qu'il la recueille. S'agit-il du moment de l'offre ou du moment de l'acceptation de la donation ? Il n'y a pas de difficulté dans le cas où l'offre et l'acceptation sont concomitantes. Mais il se peut que chaque volonté soit manifestée séparément et qu'il s'écoule même un certain temps entre la pollicitation et l'acceptation. C'est alors que se pose la question de savoir s'il est nécessaire que l'enfant soit conçu au moment de l'offre, ou s'il suffit qu'il le soit au moment de l'acceptation de la donation, pour être capable de la recueillir.

Bien des auteurs ont soutenu que la conception de l'enfant donataire devait remonter au moment où la donation était offerte, parce qu'on ne peut rien offrir à celui qui n'existe pas. C'est là selon nous une erreur. La donation est, en effet, un contrat, et comme tout contrat, elle n'est parfaite que par l'accord des volontés. Or, le concours des volontés n'existe qu'au moment de l'acceptation. Puisque la donation n'est ainsi parfaite et ne peut recevoir d'effet que par l'acceptation (art. 932), c'est ce moment qu'on doit envisager pour savoir si le donataire était conçu ou non. Une offre, tant qu'elle n'est pas acceptée, n'engendre aucun effet, ne donne lieu à aucun droit. Tant qu'elle n'est point

révoquée, l'offre subsiste toujours et par cela seul qu'il ne la révoque pas, le donateur est censé la renouveler constamment jusqu'au jour de l'acceptation. C'est donc seulement au moment de l'acceptation que l'enfant doit être conçu pour pouvoir profiter de la donation.

L'enfant conçu est incapable d'accepter par lui-même une donation; il doit avoir un représentant. Quel sera ce représentant? En l'absence d'un texte précis, c'est dans l'art. 935 que nous allons trouver les éléments de solution de la question. Cet article, en effet, déclare que les père et mère peuvent accepter les donations qui sont faites à leur enfant mineur. Ils pourront en faire autant pour l'enfant conçu; nous disons plus, ils devront les accepter sous peine d'être responsables (art. 942) envers l'enfant donataire.

Lorsqu'une donation est faite à l'enfant dont une femme se déclare enceinte au décès de son mari, le curateur au ventre a, selon Dalloz, la mission de l'accepter. C'est là, selon nous, une erreur. En effet, c'est le tuteur qui est chargé d'accepter les donations faites au mineur non émancipé et, on ne peut, par analogie, en charger le curateur au ventre. Il n'est pas en effet un tuteur et il ne le sera jamais, car après la naissance de l'enfant il ne sera que le subrogé-tuteur. L'acceptation des donations ne rentre pas dans les fonctions du curateur au ventre. Il est nommé surtout dans l'intérêt des héritiers actuellement nés du mari défunt pour surveiller la veuve et empêcher une

supposition de part. C'est donc la femme enceinte qui doit accepter la donation et à son défaut un ascendant, conformément à l'alinéa 3 de l'art. 935. Si l'enfant ne naît pas vivant, la donation sera censée n'avoir jamais existé.

Si le donateur a imposé à sa libéralité des charges considérables, destinées à absorber la donation et même au-delà, l'enfant donataire pourra réclamer des dommages-intérêts à celui qui aura accepté la donation en son nom.

L'acceptation ne suffit pas pour faire produire à la donation tous ses effets, lorsqu'elle comprend des biens susceptibles d'hypothèque. Pour valoir à l'égard des tiers, elle doit être transcrite au bureau de la conservation des hypothèques. On pourra le plus souvent retarder la transcription de la donation jusqu'à la naissance de l'enfant; mais il peut, dans certains cas, y avoir urgence; et alors qui fera transcrire la donation? Nous distinguerons ici ceux qui seront obligés de faire transcrire et ceux qui en auront la faculté, sans en avoir l'obligation. Ainsi *devront* faire transcrire, sauf recours de la part du donataire, le père et la mère. *Pourront* seulement faire transcrire, les ascendants. Ces derniers peuvent cependant, selon nous, être tenus de faire transcrire la donation, et s'ils ne le font, être déclarés responsables du défaut de transcription dans le cas où ils usent de la faculté que leur donne l'art. 935, alin. 3, d'accepter la donation. Par l'acceptation, ils se sont soumis volontairement au mandat que la loi leur donnait, et la transcription en est une conséquence. Ils sont responsables du

défaut de transcription. Si nous décidons ainsi à l'égard des ascendants, c'est qu'ils sont considérés par l'art. 935 comme de véritables mandataires ou comme des gérants d'affaires. Les art. 1372 et 1991, déclarent, en effet, que mandataires et gérants d'affaires doivent, sauf dommages-intérêts, terminer l'affaire qu'ils ont entreprise. Et ici, la transcription est le complément nécessaire de l'acceptation de la donation.

Les donations entre vifs sont révocables pour cause de survenance d'enfants légitimes, si le donateur n'en avait pas encore au moment de la donation. L'enfant conçu au temps de la donation ne compte pas; il n'est pas considéré comme né dans ce cas, parce qu'il n'y a aucun intérêt. Et cette solution est fort rationnelle; car avant la naissance, le sentiment de la paternité, le sentiment de tendresse et d'amour paternel n'existe pas, et le père comme la mère peuvent ignorer la grossesse ainsi que nous l'avons vu. L'art. 960 parlant d'enfant légitime, nous considérerons comme révoquant la donation l'enfant qui, conçu avant le mariage, naîtrait depuis cette époque. (Art. 314.) Nous avons déjà expliqué pourquoi cet enfant naissait légitime, s'il n'était pas désavoué. Peu importe, au reste, qu'il fut conçu ou non au moment de la donation.

Nous avons vu que, pour être capable de recevoir entre vifs, il fallait être au moins conçu au moment de l'acceptation de la donation. Il suffit pour avoir la capacité de recevoir par testament d'être conçu au moment du décès du testateur; mais cette condition est indispensable. Que le legs soit universel, à titre

universel ou à titre particulier, la règle est la même. L'époque de la confection du testament n'est pas à considérer, puisque le légataire n'acquiert aucun droit à ce moment.

L'acquisition du legs a lieu au moment du décès du testateur lorsque le legs est pur et simple ou à terme, et à l'événement de la condition lorsqu'il est conditionnel. La validité du legs reste pour ainsi dire en suspens depuis la confection du testament jusqu'au décès du testateur. Si à la mort du testateur le légataire est conçu, il sera capable de recevoir, mais il ne profitera de la libéralité que s'il nait vivant et viable.

Ce que nous venons de dire s'applique au legs pur et simple. En est-il de même du legs conditionnel ? Suffit-il, dans ce cas, que le légataire soit conçu à l'époque de l'événement de la condition pour être capable de le recueillir ? Quelques auteurs ont soutenu l'affirmative (Troplong, t. II, n° 608), parce que c'est alors seulement que le légataire profite réellement du legs.

Nous ne partageons pas leur sentiment. L'art. 906 est formel. Qu'il s'agisse d'un legs pur et simple ou d'un legs conditionnel, pour recevoir par testament, il faut être conçu au moment du décès du testateur. En effet, n'est-il pas naturel, pour qu'il y ait transmission de biens d'une personne à une autre, qu'elles aient coexisté ? Si l'on devait d'ailleurs attendre l'événement de la condition pour fixer la capacité du légataire, la plus grande incertitude régnerait dans la propriété.

§ III

Du curateur au ventre.

Comme nous venons de le voir, lorsqu'un mari meurt laissant sa femme enceinte, l'enfant qui est encore dans le sein de sa mère est appelé à lui succéder; mais il ne profitera de l'hérédité que s'il naît vivant et viable. Il est appelé, mais conditionnellement. Ceux que sa présence gêne pour recueillir la succession du père peuvent espérer en profiter tant qu'il n'est pas né. Il y a donc une période, incertaine pour ainsi dire, celle de la grossesse, dont le législateur avait à se préoccuper. On peut craindre que la femme enceinte ne cherche dans la suppression de l'enfant un moyen d'accaparer la succession de son mari. Aussi l'art. 393, reproduisant ici les idées romaines, exige-t-il la nomination d'un curateur au ventre dont la mission est intéressante à plusieurs points de vue; car on peut même redouter que la femme à qui le mari n'a rien laissé, ne suppose une grossesse dont le résultat aurait pour but de lui procurer pendant dix-huit années l'usufruit des biens de l'enfant qui doit naître.

Dans quel cas y a-t-il lieu de nommer un curateur au ventre?

La réponse à cette question se trouve dans la loi elle-même. Il y a lieu de nommer un curateur au ventre lorsque au décès du mari la femme est enceinte.

Quelques auteurs ont voulu restreindre l'application de l'art. 393 au cas où la femme n'a pas d'enfants

nés et vivants. Voici les arguments qu'on invoque en faveur de ce système. La création de la curatelle *ad ventrem* a pour fondement principal la crainte d'une supposition de part. Or, lorsque la femme a déjà des enfants, elle n'a plus d'intérêt à simuler sa grossesse. D'ailleurs, ou bien les enfants sont mineurs et alors la mère tutrice a un subrogé-tuteur qui peut remplir les fonctions de curateur au ventre, ou bien ils sont majeurs et alors ils peuvent veiller eux-mêmes. Il n'y a donc lieu dans aucun de ces cas de nommer un curateur au ventre.

Cette nomination est selon nous nécessaire dans tous les cas, et voici nos raisons :

Nous avons d'abord en notre faveur le texte lui-même de l'art. 393 qui est général et absolu. De plus, un article spécial du projet faisant suite à celui-là disait : « Quand il existera d'autres enfants, le subrogé-tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur. » Cet article ne fut pas adopté. Ce rejet prouve que la disposition de l'art. 393 est absolue. Il n'est d'ailleurs pas vrai de dire que la curatelle *ad ventrem* a pour fondement principal la crainte de la supposition de part. Elle a été créée aussi pour surveiller la succession du mari décédé dans l'intérêt, soit de l'enfant conçu, soit des héritiers appelés à son défaut. Il n'est pas non plus exact de dire que la femme n'a pas d'intérêt à feindre une grossesse lorsqu'elle a déjà des enfants. Car elle a l'usufruit des biens de l'enfant depuis sa naissance jusqu'à l'âge de 18 ans. L'art. 393 est donc général.

Comment pourra-t-on reconnaître que la femme

est enceinte? Faudra-t-il s'en rapporter à sa déclaration? Cette déclaration sera-t-elle indispensable pour la nomination du curateur? Telles sont les questions qu'il nous faut aborder.

Il faut distinguer entre le cas où la grossesse est apparente, et celui où elle ne l'est pas. Il arrive un moment où la femme enceinte ne peut plus dissimuler son état. Il nous paraîtrait contraire à l'esprit de la loi de décider que dans ce cas la femme seule put provoquer la nomination du curateur au ventre.

Les personnes intéressées elles-mêmes doivent avoir ce droit. L'art. 393, en effet, ne dit pas que la déclaration de la veuve soit nécessaire pour nommer un curateur au ventre il dit seulement : « Si lors du décès la femme est enceinte... » Il ne faut pas oublier, du reste, que le curateur est nommé dans l'intérêt de l'enfant conçu et des personnes intéressées qui, dès lors, doivent pouvoir le réclamer. Nous pensons même que cette nomination se rattachant à un intérêt public, le juge de paix pourrait d'office convoquer le conseil de famille à cet effet. (Merlin, *Rép. t. III, v^o Curateur*, p. 9.)

Si, au contraire, la grossesse n'est pas apparente, et si la femme n'avoue pas qu'elle est enceinte, il serait tout à fait contraire à nos mœurs de faire envoyer, sur la demande d'un tiers, des sages-femmes pour examiner si réellement la femme est enceinte ou non. Si cependant des indices, tels que des paroles du mari avant sa mort, faisaient supposer qu'elle est enceinte, nous accorderions aux intéressés le droit de demander au conseil de famille la nomination d'un

curateur et le conseil pourrait obtenir du tribunal une visite de sages-femmes.

La cour d'Aix a décidé, par un arrêt du 19 mars 1807, que si la veuve se déclare enceinte il ne sera permis à personne de vérifier l'exactitude d'une pareille déclaration, pas même aux héritiers que cette déclaration empêche d'être envoyés en possession des biens du mari. M. Dalloz pense que le curateur peut exiger la visite, s'il existe de graves présomptions de fraude. Sans cela, en effet, son autorité serait annihilée.

Comment est-il nommé? Autrefois c'était le juge qui le nommait sur l'avis des parents. Aujourd'hui ce sont les membres du conseil de famille.

Quelques précisions sont ici nécessaires. L'art. 393 *in fine* dit qu'à la naissance de l'enfant la mère en deviendra tutrice et que le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur. Or, l'art. 423 dispose que le subrogé-tuteur ne peut pas être pris dans la même ligne que le tuteur, et que ce dernier ne concourt pas à sa nomination. Il en résulte que le curateur au ventre doit appartenir à la ligne paternelle.

Quels sont ses pouvoirs? Sa mission est toute de protection et de conservation, tant par rapport à la mère que par rapport à l'enfant et aux tiers. Il doit : 1° surveiller la mère afin d'empêcher soit une suppression, soit une supposition d'enfant ; 2° administrer les biens dont se compose la succession du mari décédé.

La mère ayant intérêt tantôt à simuler une grossesse, tantôt à la cacher, le curateur au ventre doit la surveiller, et ce n'est là ni la partie la moins nécessaire, ni la moins délicate de sa tâche.

Quels sont à cet égard les pouvoirs du curateur au ventre? La loi est muette sur ce point. Il ne faut cependant pas en conclure, comme seraient portés à le penser certains auteurs, qu'on doit appliquer ici toutes les règles que nous avons trouvées en droit romain. Nos mœurs répugnent à ces investigations humiliantes.

S'il est vrai de dire que cette surveillance doit être exercée avec une grande discrétion et une grande réserve, que le curateur au ventre n'a pas le droit de fixer un lieu de résidence à la femme, il n'est pas exact de prétendre que son droit doit se réduire à une véritable abstraction. Il a des précautions à prendre. Sa mission est de veiller à un intérêt public et privé, de prévenir la fraude et même le crime; il faut donc lui en donner les moyens. Ainsi nous lui accorderions volontiers le droit de rendre des visites fréquentes à la femme qu'il est chargé de surveiller et d'assister à son accouchement. Si des contestations s'élèvent entre le curateur au ventre et la veuve, ce sera au tribunal à prendre toutes les mesures qu'il croira nécessaires dans l'intérêt de l'enfant et dans l'intérêt des tiers. Il pourra, selon nous, ordonner sur la demande du curateur une visite de sages-femmes, lorsque de graves soupçons planeront sur la fausseté des déclarations de la femme.

Les fonctions de curateur au ventre sont encore plus étendues. Ainsi plusieurs auteurs ont pensé que le curateur au ventre aurait qualité pour remplir les fonctions de tuteur *ad hoc* dans le cas de l'art. 318. Lorsque le mari ou les héritiers intentent une action

en contestation de légitimité, cette action est dirigée contre un tuteur *ad hoc* en présence de la mère. Le curateur au ventre ne peut pas évidemment servir de tuteur *ad hoc* dans ce cas, par cette raison qu'on ne peut pas intenter une action en contestation de légitimité contre un enfant conçu. Ce n'est, en effet, que par la naissance qu'on peut savoir s'il y a lieu de contester l'état de l'enfant. La naissance fait, en effet, connaître le jour de la conception, élément essentiel à la solution de la question. L'action en contestation de légitimité est, du reste, sans objet lorsque l'enfant ne naît pas vivant ou viable. Les fonctions de tuteur *ad hoc* ne rentrent donc pas dans les attributions du curateur au ventre. Ajoutons enfin que la nomination du curateur n'influe en rien sur la légitimité de l'enfant.

Quels sont les pouvoirs du curateur au ventre relativement aux biens qui composent la succession du mari prédécédé?

D'une façon générale, on peut répondre qu'il en est le gardien et l'administrateur. Mais il administre dans l'intérêt spécial de l'enfant à naître, et aussi dans l'intérêt des futurs ayant-droit quels qu'ils puissent être.

La nomination du curateur a pour effet de suspendre l'envoi en possession des biens de la succession au profit des parents du défunt; mais ses pouvoirs ne sont pas expressément définis dans les textes. Il faut donc, pour en indiquer le caractère et l'étendue, les déduire de l'objet même de sa mission qui est de maintenir les choses en état jusqu'au moment de

l'accouchement de la veuve. Il doit faire en principe tous les actes conservatoires. Sa situation n'est pas identique à celle d'un tuteur; mais elle a des analogies avec elle. Il en résulte qu'il doit observer les formalités que la loi impose au tuteur, et s'adresser au conseil de famille si des actes dépassant les limites de l'administration se présentaient pendant sa courte gestion.

Il peut, selon nous, sans aucune autorisation, percevoir les revenus des biens, donner quittance, recevoir et faire le paiement des capitaux dont l'enfant est créancier ou débiteur, ordonner les réparations nécessaires à la conservation des biens, renouveler les inscriptions hypothécaires, et même exercer les actions possessoires.

Peut-il passer des baux? S'il n'y a pas urgence, et si on peut attendre sans inconvénient l'accouchement, le curateur au ventre doit s'abstenir de consentir des baux; mais ce n'est pas une raison pour lui refuser absolument le droit de le faire, sous prétexte que cet acte n'est pas un acte conservatoire. S'il n'y a rien de frauduleux, le bail doit être valable. Cependant, nous pensons qu'il ne peut consentir des baux qu'en se réservant le droit d'expulser le locataire après la naissance de l'enfant. Quoique, suivant nous, le locataire n'ait pas un droit réel sur l'immeuble loué, il nous est impossible d'admettre que les pouvoirs du curateur au ventre soient assez étendus pour lui permettre de passer des baux authentiques sans réserve de congé facultatif.

Il a été jugé, par un arrêt de la cour de Besançon

du 4 mai 1810, que le curateur ne pouvait ni requérir l'apposition des scellés sur les effets provenant de la succession du père de l'enfant conçu qu'il représente, ni faire inventaire des biens composant cette succession.

Cette décision nous paraît absolument contraire aux principes. L'apposition des scellés n'est-elle pas en effet une mesure conservatoire au premier chef et l'inventaire n'est-il pas une véritable obligation du curateur chargé de conserver intact le patrimoine du *de cuius*? Il est en effet le gardien, le séquestre des biens de la succession, et pour les garder, il faut qu'il les connaisse, qu'il les inventorie.

Le curateur au ventre peut-il provoquer le partage de la succession, ou tout au moins répondre à une action en partage? Il ne peut provoquer un partage parce qu'une action en partage n'est pas considérée comme un acte conservatoire, et que d'ailleurs la vocation de l'enfant conçu étant conditionnelle, il faut, avant d'agir, attendre l'événement de la condition. D'un autre côté, s'il est vrai que nul n'est contraint de rester dans l'indivision (art. 815), il est juste de dire qu'il n'y a pas, dans le cas qui nous occupe, une urgence telle qu'on ne puisse attendre la délivrance de la mère. La véritable pensée de la loi a été qu'on devait forcément ajourner l'action en partage jusqu'au moment de l'événement de la condition. Du reste, en matière de partage, lorsqu'il se trouve un mineur parmi les héritiers, le subrogé-tuteur doit être appelé et le jugement d'homologation lui être signifié. (Art. 459 C. civ., 962, 972, 981, Pr. c.) Car, il n'y a pas ici de

subrogé-tuteur et les conditions essentielles à la validité d'une demande en partage ne pourraient pas être remplies. Cependant, en qualité de copropriétaire éventuel, l'enfant a droit à une partie des revenus ; aussi le curateur pourra-t-il réclamer à titre de provision certaines sommes.

Les jugements qui auront été rendus en faveur du curateur ou contre lui seront censés avoir été rendus au profit de l'enfant ou contre lui.

A la naissance de l'enfant, nous dit l'art. 393, la mère devient tutrice et le curateur subrogé-tuteur. Il devra rendre compte de sa gestion. Si l'administration du curateur est mauvaise durant la grossesse de la femme, elle pourra elle-même convoquer le conseil de famille pour qu'il avise, sans s'immiscer dans les affaires.

Peut-on étendre l'institution du curateur au ventre au cas de filiation naturelle ? Ainsi, un homme veuf meurt laissant deux enfants légitimes et un enfant naturel qu'il reconnaît avant sa naissance. Y a-t-il lieu dans ce cas à la nomination d'un curateur au ventre ? Nous ne le pensons pas. Ici, en effet, la mère a un intérêt considérable à ce que l'enfant naisse vivant et viable, et à ce que les biens composant la succession ne se détériorent pas ; aussi pourra-t-on sans crainte lui en laisser la surveillance.

Nous venons d'étudier les pouvoirs du curateur au ventre et spécialement sa situation dans une action en partage. Mais il peut se faire que pour une raison ou pour une autre on ne croie pas que la femme soit enceinte et qu'on ne procède pas à la nomination du

curateur. Dans ce cas, que se passera-t-il lorsqu'on devra faire le partage et lorsqu'il aura été fait? Les enfants du *de cuius* ignorant la grossesse de la mère, diviseront en autant de lots qu'il y aura d'enfants la masse des biens composant la succession de leur père, et chacun deviendra propriétaire du lot qui lui sera attribué par le sort. Si l'enfant conçu naît vivant et viable, le partage sera nul de plein droit, parce que l'un des cohéritiers n'y a pas figuré. Et, en effet, l'art. 1078 dit que si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès, il sera nul pour le tout. Quoique cet article se trouve dans le titre relatif aux partages faits par père et mère entre leurs descendants, il n'a rien de spécial à cette matière. Il est la conséquence du principe général d'après lequel le partage ne peut être fait qu'entre tous les cohéritiers; il est applicable à tous les cas. On procédera, dans le cas qui nous occupe, à un nouveau partage suivant les formes établies par la loi.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. En droit romain, le mariage ne se forme pas *solo consensu*.
- II. La règle Catonienne n'est pas une règle de capacité.
- III. Dans les contrats *stricti juris*, et spécialement dans le *mutuum*, les intérêts ne sont pas dus *ex mora*.
- IV. L'action hypothécaire dure quarante ans, parce que l'action personnelle du créancier hypothécaire étant prescrite, le débiteur a envers lui une obligation naturelle.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- I. L'édition de la loi salique qui contient les gloses malbergiques est la plus ancienne.
- II. Les *antiqua* qui se trouvent dans la loi des Visigoths, sont l'œuvre de Récarède I^{er}, fils de Léovigilde.
- III. La réintégrande n'est pas une action possessoire.

DROIT CIVIL

- I. La filiation naturelle peut être prouvée par la possession d'état, au moins quant à la maternité.
- II. On peut acquérir par prescription au profit d'un immeuble un *jus luminis*.
- III. Les héritiers du donataire peuvent opposer le défaut de transcription de la donation.
- IV. L'héritier pur et simple n'est pas tenu de payer les legs *ultra vires successionis*.
- V. Le vendeur qui n'a pas conservé son privilège, dans le cas de faillite de l'acheteur, perd son droit de faire résoudre la vente faute de paiement du prix.
- VI. La femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France.

PROCÉDURE CIVILE

- I. Une inscription de faux ne peut pas être formée par voie d'action principale.
- II. La mise au rôle d'une cause n'interrompt pas la péremption de l'instance.

- III. La caution *judicatum solvi* ne peut pas être exigée de l'étranger demandeur par l'étranger défendeur.

DROIT PÉNAL

I. La suppression d'un enfant mort-né n'est pas un crime.

II. L'acquittement sur une accusation d'avortement ne fait pas obstacle à des poursuites ultérieures pour blessures volontaires ayant occasionné la mort de la femme enceinte sans intention de la donner.

III. La considération de la nature et du *quantum* de la peine peut et doit être l'un des éléments d'appréciation qui servent au jury lorsqu'il statue sur l'admission des circonstances atténuantes.

DROIT COMMERCIAL

I. En cas de doute sur le caractère commercial ou civil d'un acte accompli par une femme marchande publique, il faudra le présumer étranger au commerce.

III. La justice peut, dans le cas de nécessité, donner à la femme mariée l'autorisation de faire le commerce.

III. L'acceptation d'une lettre de change faite en ces termes : « pour payer à moi-même » ne vaut que comme visa.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Les conseils de préfecture sont compétents pour statuer sur les dommages même permanents causés par des travaux publics.

II. La délimitation faite par le pouvoir exécutif des choses du domaine public ne vaut expropriation que dans le cas d'alignement (art. 52 de la loi du 7 septembre 1807), et dans le cas de redressement des chemins vicinaux (art. 15 de la loi du 21 mai 1836).

III. Une association syndicale autorisée peut emprunter sans l'autorisation de l'administration supérieure.

Vu par le Président de la Thèse ,

H. ROZY

Le Doyen,

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER ,

Le Recteur de l'Académie de Toulouse ,

Ch. DREYSS.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes
« et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes
« mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions pure-
« ment juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats. —
« Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
« sur les matières de l'enseignement. »

Cette Thèse a été soutenue le janvier 1876.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Garanties accordées à l'enfant conçu	6
Influence de la conception sur l'état des enfants	11
Des enfants d'esclaves	17
Des enfants des colons	26
Des enfants des peregrins	28
Des effets du posthume sur l'enfant conçu	31
Des enfants légitimes ou non	32
Gros de l'enfant conçu	38
De la possession de biens organisée en faveur de l'enfant conçu	48
De l'existence au ventre	54

APPENDICE

De posthume externe	61
-------------------------------	----

DROIT FRANÇAIS

De l'enfant conçu au point de vue médico-légal	62
De la grossesse de la femme	68
De l'avortement	68
De la viabilité	78

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages.
Garanties accordées à l'enfant conçu.	8
Influence de la conception sur l'état des enfants.	11
Des enfants d'esclaves.	17
Des enfants des colons.	26
Des enfants des <i>peregrini</i>	28
Des effets du <i>postliminium</i> sur l'enfant conçu.	31
Des enfants légitimes ou non.	32
Droits de l'enfant conçu.	38
De la possession de biens organisée en faveur de l'enfant conçu.	48
Du curateur au ventre.	54

APPENDICE

Du posthume externe.	61
------------------------------	----

DROIT FRANÇAIS

DE L'ENFANT CONÇU AU POINT DE VUE MÉDICO-LÉGAL

De la grossesse de la femme.	63
De l'avortement.	68
De la viabilité.	76

	Pages.
De l'infanticide.	85
Opération césarienne.	86

DE L'ENFANT CONÇU AU POINT DE VUE DE SON ÉTAT

Historique.	89
Des enfants légitimes.	91
De la nationalité des enfants conçus.	101
Droits de l'enfant conçu en matière de succession.	103
Droits de l'enfant conçu en matière de donation entre vifs.	112
Du curateur au ventre.	118
Positions.	128

