

20607

Université de France.—Académie de Toulouse.

DROIT ROMAIN.

DES VICES DU CONSENTEMENT DANS LES CONTRATS,

OU

CONSIDÉRATIONS PHILOSOPHIQUES ET JURIDIQUES SUR LE DOL,
LA VIOLENCE ET L'ERREUR.

DROIT FRANÇAIS.

DES PREUVES DE LA FILIATION ILLÉGITIME.

DISSERTATIONS

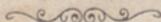
POUR

LE DOCTORAT

Présentées à la Faculté de Droit de Toulouse,

PAR

M. DEGEILH (Marie-Etienne-Albert).



TOULOUSE,
TYPOGRAPHIE BAYRET-PRADEL ET COMP^e,
RUE PEYRAS, 12.

1856.



LES PRIN DE COMPTENT IAN LES IONITIA

UN IONITIA... ET IONITIA...
UN IONITIA... ET IONITIA...

DES POUVES DE LA CRIATION ILLIOTINE

INSERATIONS

LE DOCTORAT

DE LA FACULTE DE MEDECINE DE LYON

LE DOCTEUR EN MEDECINE
ET EN CHIRURGIE

« Ce sont icy mes opinions; je les
donne pour ce qui est en ma créance,
non pour ce qui est à croire; je ne
vise icy qu'a descouvrir moy mesme,
qui serai par adventure autre demain,
si nouvel apprentissage me change. »

Michel MONTAIGNE,
Essais, liv. I, chap. 2, p. 225.

DROIT ROMAIN.

Des vices du consentement dans les contrats, ou considérations philosophiques et juridi- ques sur le dol, la violence et l'erreur.

PLAN DE LA THÈSE.

INTRODUCTION. — Considérations philosophiques et morales sur l'origine des contrats. — Détermination du sujet.

CHAPITRE PREMIER. — Du dol.

SECTION PREMIÈRE. — Définition du dol.

SECTION II. — Distinction entre le dol principal et le dol incident.

SECTION III. — De l'action de dol.

§ 1. Origine de l'action de dol.

§ 2. Nature de cette action.

§ 3. Son objet.

§ 4. Par qui et contre qui peut être exercée l'action de dol.

§ 5. Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à l'action de dol.

a. Cause légitime, *justa causa*.

b. Absence d'une autre action, *non alia actio*.

SECTION IV. — Du dol dans les contrats de droit strict.

SECTION V. — Du dol dans les contrats de bonne foi.

SECTION VI. — Conséquences du dol réciproque.

SECTION VII. — Du dol commis par un tiers.

CHAPITRE II. — De la violence.

SECTION PREMIÈRE. — Définition de la violence.

SECTION II. — De l'action et de l'exception *quod metus causâ*.

SECTION III. — Conditions que doit réunir la violence pour donner lieu à l'application des remèdes prétoriens.

- a. Le mal dont on est menacé doit être grave.
- b. Il doit être vraisemblable et difficile à éviter.
- c. Il faut enfin que la violence ait été exercée dans le but de déterminer l'acte attaqué.

CHAPITRE III. — De l'erreur.

SECTION PREMIÈRE. — Définition de l'erreur.

SECTION II. — De l'erreur de fait.

- a. De l'erreur sur la personne avec laquelle on traite.
- b. De l'erreur sur la cause de l'acte juridique.
- c. De l'erreur sur la chose, objet du contrat.
- d. De l'erreur sur les qualités de cette chose.
- f. De l'erreur sur la quantité.

SECTION III. — De l'erreur de droit.

INTRODUCTION.

Considérations philosophiques et morales sur l'origine des contrats ; détermination du sujet.

• Les lois ne sont pas des actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse , de justice et de raison. — Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce ; il ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois. •

PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil.*

Des esprits puissants ont depuis longtemps agité la question de savoir si l'état de société est l'état naturel à l'homme, ou si ce n'est pas, au contraire, pour lui, un état d'abaissement et de dégradation. Comme ce philosophe qui marchait, pour toute démonstration du mouvement, l'homme multiplie chaque jour ses rapports ; grâce aux merveilles de la science, il étend ses relations, il se met en contact avec l'univers tout entier, échange avec tous les peuples les produits de son sol, le résultat de ses méditations, compare leurs mœurs, leurs lois, leurs coutumes avec les siennes, et de ces relations il naît des besoins nouveaux, des jouissances nouvelles, il naît des contrats nouveaux. Depuis le jour où il y eut sur la terre deux créatures humaines, où elles reçurent du Créateur leur mission divine (1), où le premier et le plus saint des contrats est venu sanctifier l'union du premier homme et de la première femme, l'homme a sans cesse montré que la société est pour lui

(1) Benedixit que illis Deus et ait : Crescite et multiplicamini et replete terram et subjicite eam.

une nécessité, un devoir, un besoin ; il y eut entre les hommes des rapports nécessaires et continuels, dont l'étude est la plus vaste et la plus grande qu'on puisse imaginer : rapport du père au fils, rapport du mari à la femme, rapport de l'homme à l'homme, rapport du citoyen à la patrie, rapport de peuples à peuples : la famille, la patrie, l'humanité ! Analyser ces rapports, les uns après les autres, les embrasser dans leur ensemble, en suivre les modifications dans tous les pays, à toutes les époques, tenir compte de la différence des temps, des climats, des évènements ; rechercher comment, quand l'homme s'éloignait de son origine, l'unité première disparaissait ; comment, après tant de siècles, elle tend à se reformer ; comment à des sentiments de défiance et de jalousie ont succédé des sentiments plus pacifiques ; de sorte que, comme des travailleurs qui se sont répandus dans la plaine pour accomplir leur tâche et rapporter le soir le produit de leurs sueurs, les peuples se rapprochent et réunissent les résultats divers qu'ils ont obtenus : riche moisson qui vient augmenter le patrimoine commun et montrer que, depuis tant d'années, tous ont travaillé pour tous. Ne serait-ce pas là une tâche immense à laquelle le génie de Montesquieu suffirait à peine ? une source féconde d'enseignement pour l'historien et le philosophe, pour le jurisconsulte qui vient compléter et achever leur œuvre ?

Parmi les diverses matières qui peuvent fixer les méditations du jurisconsulte, l'étude des relations de famille, des relations entre les citoyens et l'État, l'institueront surtout à l'organisation politique du pays. Mais où il verra le mieux les progrès de la civilisation, c'est, sans aucun doute, dans l'étude des conventions. Faire

l'histoire de chaque contrat, ce serait faire l'histoire de l'humanité; je n'en voudrais pour exemple que l'histoire du prêt à intérêt avec les sévérités de l'*pergastulum* du praticien Romain (1), la prohibition complète du droit canonique et les règles prohibitives dont la loi de 1807 l'a entouré, par une transaction équitable entre les deux principes.

Philosophiquement, tout droit est engendré par un fait. Quand deux individus sont entre eux dans des rapports de créancier à débiteur; quand il y a, d'une part, une obligation, de l'autre, une créance, il doit y avoir un fait générateur de cette obligation ou de cette créance. Ce fait ce sera, soit le consentement réciproque des parties, soit un acte quelconque qui, portant atteinte au droit d'autrui, vous met dans la nécessité de réparer le tort que vous lui avez causé; mais le lien juridique qui astreint une personne à une autre, qui emporte, au besoin, le concours de la force publique pour sa mise à effet, sera-t-il le résultat du simple accord des volontés, ou bien faudra-t-il encore joindre à ce consentement des formes spéciales et solennelles?

A l'origine de tous les peuples, les masses humaines sont matérialisées. L'ordre des sens, du corps, des impressions physiques y a plus de puissance que l'ordre intellectuel. Dans les actes juridiques, ce qui paraît prédominer sur toutes choses, ce n'est donc pas l'esprit, c'est la forme; car la forme, c'est l'apparence visible, sensible; c'est l'élément matériel, le vêtement terrestre donné à la pensée.

A ces époques, on ne possède pas, d'une manière

(1) Cicér., *pro Cluentio*, 21; *pro Rabir.*, 20.

vulgaire et facile à tous, ce moyen si simple d'arrêter et de transmettre un souvenir : l'écriture ; la transmission doit se faire par les hommes, et, possédât-on ce moyen, il n'aurait pas assez de puissance.

Il faut impressionner profondément les sens pour arriver à l'esprit (1).

Né avec Rome, inscrit sur les XII Tables, le Droit civil romain est sorti du sein d'un patriciat religieux, militaire et politique, qui a gravé en lui ses souvenirs de conquête, ses instincts d'immobilité, ce génie formaliste, jaloux, dominateur ; on n'y rencontre pas l'action efficace de l'équité naturelle ; la notion du juste et de l'injuste y est défigurée par la sauvagerie enveloppe d'institutions, qui sacrifient la nature à la nécessité politique, la liberté aux formules sacramentelles (2).

La rudesse des principes exclusifs de la loi romaine, se retrouve naturellement dans les contrats. La loi n'a peut-être reconnu d'abord que les obligations qui étaient la conséquence d'une dation matérielle, réalisée avec les formes symboliques, *per æs et libram* (3) ; puis elle admit que des paroles sacramentelles seules pourraient engager le débiteur. Quand les moyens graphiques furent introduits et répandus, l'inscription sur le Codex *accepti et depensi*, constitua encore une forme civile d'obligation. Enfin, le temps marchant toujours, le Droit civil admit que dans quelques cas spéciaux, mais qui revenaient fréquemment, il suffirait d'un simple consentement.

(1) Ortolan, *Généralisation du Droit romain*, p. 60.

(2) Troplong, *De l'influence du christianisme sur le Droit*.

(3) Cicéron, top. 40, de *Officiis*, III-6. Fr. D., 73, § 4, de *Diversis regulis juris antiqui*, 50-17.

Ce qui est certain, c'est la rigueur avec laquelle la loi veille à l'exécution des contrats. Le citoyen a engagé sa foi envers un autre citoyen, il engage sa personne même, sa propre liberté. S'il ne remplit pas son obligation, le créancier le jette en prison, en fait son esclave, sa chose, le peut mettre à mort, et son cadavre est divisé entre ceux envers lesquels il n'a pu s'acquitter (1). Une fois les formalités du contrat remplies, on est engagé; en vain prétendrait-on que c'est le résultat du dol, de la violence, de l'erreur : dès que les paroles ont été prononcées, dès que l'écrit a été dressé, la loi est inflexible et inexorable.

Cette dure concision de la loi générale fit éclore le Droit prétorien, institution indispensable et admirable qui, sans démolir l'édifice de la législation, la coordonnait avec les mœurs et l'équité; qui, sans ôter au Droit la simplicité de ses principes, formait obstacle à ce que la justice dégénérât en fatalité, pour nous servir de l'expression de M. de Savigny (2).

Les lois civiles suivent la fortune, le territoire, les mœurs. Il est impossible que Rome, vaste, riche et polie, ait les mêmes lois que Rome, pauvre, petite et grossière. Le Droit civil de la République, avec son énergie, ses règles impératives et dures, dut céder à des principes plus naturels, plus civilisés. Le change-

(1) *Nexus, nec suus*, si on en croit Varron. — Aulu-Gelle, *Noct. Attic.* xx-1, xv-13. — Quintilianus, *Inst. Orat.* III-6. *Sunt enim quædam non laudabilia natura, sed jure concessa, ut in XII Tabulis debitoris caput inter creditores dividi licuit.* — Tertullian., *Apolog.*, cap. 4 : *Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant.*

(2) Ch. Giraud, Introduction au *Traité de Droit romain* d'Heineccius, p. 194.

ment des idées, le mélange des Romains avec les autres peuples, apportèrent des règles moins singulières et plus générales. Mais ici paraît un contraste frappant : tandis que les Édits des Préteurs, les réponses des Prudents, les ouvrages des jurisconsultes, se dirigent sans cesse vers l'équité, vers les liens et les usages naturels, le Droit primitif, fondé sur le mépris de cette équité, de ces liens et de ces usages, est toujours proclamé; on le pose comme la base fondamentale de la science, et l'on voit apparaître les principes les plus rigoureux et les plus extraordinaires, au milieu des mots, des distinctions, des suppositions qui servent à l'éluider. Ces tempéraments habiles, ces soudures artificielles, comme les appelle M. Lerminier (1), qui faisaient jeter des cris d'admiration à Cujas, parce qu'il en pénétrait l'originalité de position, ont surchargé le Droit romain de fictions, de subtilités mêmes. Mais si à première vue une pareille marche paraît bizarre, surtout dans nos mœurs législatives actuelles, toujours disposées à des refontes radicales, pour nous, sans y donner notre approbation aveugle et sans réserve, nous ne pouvons nous empêcher de considérer, comme un sujet bien digne de graves méditations, ce respect, cette vénération immodérée pour la loi primitive, base de toute législation, qui a fait et qui fait encore les nations grandes et fortes (2)!

Considérées dans leur rapport avec le fonds des choses, les innovations prétoriennes se présentent sous une

(1) Lerminier, *Philosophie du Droit*, I, 224.

(2) Bonjean, *Traité des actions*, II, p. 22.

triple forme (1); quelquefois elles *confirment* le Droit civil, en ajoutant aux garanties dont il entoure déjà les droits privés, de nouveaux moyens plus énergiques ou plus expéditifs de les faire valoir (2). Le plus souvent, le Préteur *complète* le Droit civil et supplée à ses lacunes, en réglant, par son Édît, des rapports sur lesquels le Droit civil était absolument muet (3). Mais là ne se bornaient pas les empiètements législatifs du Préteur; non content de confirmer et de compléter le Droit civil, le Préteur ne craignait pas de le *corriger*, de le contredire dans une foule de circonstances, en accordant à une personne ce qui, d'après le Droit civil, appartenait à une autre (4), soit en donnant force et valeur à des actes absolument nuls d'après le Droit civil (5), soit, même à l'inverse, en rescindant des actes que le Droit civil considérait comme valables (6).

Il y eut surtout un évènement qui contribua à la

(1) Fr. 7, § 4, de *Justitia et jure*, D. Jus prætorium est quod prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia.

(2) Par exemple, dans la *bonorum possessio unde liberi*, accordée à des descendants ayant déjà la qualité d'héritiers siens.

(3) Par exemple, dans les *bonorum possessiones unde cognati, unde vir et uxor*, par lesquelles le Préteur admet à succéder des personnes que le Droit civil n'exclut pas, il est vrai formellement, mais qu'il exclut implicitement, par cela seul qu'il ne les appelle pas.

(4) Par exemple, dans la *bonorum possessio contra tabulas*, où le Préteur dépouille un héritier légalement institué, au profit de descendants auxquels le Droit civil n'accorde aucune part de la succession.

(5) Par exemple, dans la *bonorum possessio secundum tabulas*, par laquelle le Préteur accorde la succession en vertu d'un testament nul d'après le Droit civil.

(6) Par exemple, dans tous les cas de restitution en entier, dans l'action *Paulienne*, dans la *contre Publicienne*.

transformation du Droit romain : ce fut l'adoption, par les jurisconsultes, des principes de la philosophie stoïcienne. « Le stoïcisme, a dit M. Lermnier, s'incorpora tellement au Droit romain, que l'on peut dire, en se servant d'une expression juridique, qu'ils forment un tout indivisible. » Si les doctrines d'Épicure démocralisèrent les masses, les esprits d'élite, nourris des préceptes de la morale de Zénon, s'élevèrent à la hauteur des idées les plus sublimes ; la notion du devoir qu'ils prirent pour guide, les mena à des solutions qui sont encore appelées la *raison écrite*. Enfin, le christianisme vint faire disparaître les dernières traces de matérialisme que la philosophie stoïcienne avait laissé subsister. Notre étude va présenter, sous un vif éclat, les bienfaits de la législation prétorienne.

La maxime du Droit civil romain à l'égard des actes juridiques qu'il régit, c'est que, malgré l'erreur, le dol ou la violence, si le consentement a été donné, si l'acte juridique a été accompli dans ses solennités ou dans ses paroles, son effet est produit, le droit est créé, modifié ou éteint, conformément au but de l'acte accompli ; mais aux yeux de l'équité naturelle, une volonté qui n'est pas libre n'est pas une volonté, et elle cesse de l'être, quand elle s'est manifestée sous l'empire du dol, de la violence ou de l'erreur. Aussi, sans méconnaître l'existence du contrat, le Préteur, par des moyens détournés, par des procédés ingénieux, parvient à corriger ce matérialisme inflexible du Droit civil.

CHAPITRE PREMIER.

Du Dol.

Ait prætor : Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo. • F. 1, § 1, de Dolo malo, D.

SECTION PREMIÈRE.

De la définition du dol.

1. *Dolus* signifie une influence morale exercée sur la volonté humaine par des motifs erronés qui la déterminent. C'est une manœuvre qui, frauduleusement, porte quelqu'un à acquiescer à ce qu'il repousserait si la vérité lui apparaissait. *Dolus* signifie donc falsification de la vérité dans le but de nuire; c'est ce que les jurisconsultes romains appellent *dolus malus*. Ces deux expressions se trouvent constamment associées dans les textes juridiques. Est-ce donc plus que le dol pur et simple? est-ce qu'il y a plusieurs espèces de dol, dont certains échapperaient à la sanction légale? C'est qu'en effet, aux yeux des Romains, le dol contre un ennemi, contre un malfaiteur, était non seulement permis, mais louable; bien plus, on tolérait, comme on tolère encore aujourd'hui, une certaine finesse, une certaine habileté dans les contrats, qui procure à l'une des parties un avantage plus marqué; ainsi, dans une vente, le vendeur usera d'adresse, fera ressortir outre mesure les qualités de sa chose, pour en obtenir un

plus haut prix : *Dolus non probatus quidem, sed tamen impunitus ac toleratus* (1).

2. Le dol est défini par Ulpien, dans les Pandectes, au titre de *Dolo malo* (2). Cette définition a donné lieu à controverse.

En effet, le jurisconsulte Servius prétend que le dol ne peut pas exister sans simulation : *Cum aliud simulatur, aliud agitur*.

Labéon soutient, au contraire, que le dol peut exister sans simulation ; il fait observer, d'une part, que l'on peut circonvenir quelqu'un sans avoir recours à la simulation ; d'autre part, qu'il y a telle simulation qui reste complètement étrangère au dol, lorsqu'elle a pour but de sauvegarder son bien et celui d'autrui. Aussi, à la définition de Servius, il substitue la suivante : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*. Ulpien semble approuver cette définition : *Labeonis definitio vera est*.

L'opinion de Labéon se corrobore encore, disent quelques docteurs, d'une loi d'Ulpien, au titre *Quod metus causa* : *Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est (et ita Pomponius)*. Quand il y a violence, on peut intenter l'action générale de dol ; or, il n'y a pas simulation dans l'espèce (3).

Mais on réplique que la violence n'exclut pas nécessairement la feinte, la simulation, et que d'ailleurs si Ulpien reconnaît l'exactitude de la définition de Labéon, il n'en adopte point pour cela les principes. On

(1) Fr. 1, § 3, de *Dolo malo*, D.

(2) Fr. 1, § 2, de *Dolo malo*, D.

(3) Fr. 14, § 43, *quod metus causa*, D.

voit, en effet, au titre de *Pactis*, un texte où ce jurisconsulte approuve une autre définition du dol analogue à celle de Servius : *Cum aliud agitur, aliud agi simulatur* (1).

Le moyen, selon nous, de concilier ces divergences, c'est de reconnaître que Labéon définit le dol d'une manière large, générale, *lato sensu*. La définition de Servius, au contraire, s'applique au dol proprement dit, au dol spécial, envisagé *stricto sensu*.

SECTION II.

Du dol principal (*causam dans*) et du dol incident (*incidens*).

3. On trouve dans tous les auteurs une distinction fondamentale entre deux espèces de dol, le dol principal (*dans causam contractui*), et le dol incident (*incidens in contractum*), distinction qui ne se trouve pas nettement formulée dans les textes, mais qui résulte des solutions qu'on y rencontre.

4. Le dol est dit *dans causam contractui*, lorsqu'on est amené à contracter par des manœuvres frauduleuses sans lesquelles on ne serait pas entré dans les liens du contrat (2).

5. Le dol est dit *incidens in contractum*, lorsqu'il a été pratiqué dans le cours d'un *negotium* déjà commencé, qui n'a pas fait naître l'intention de contracter, mais a conduit l'une des parties à accepter des condi-

(1) Fr. 7, § 9, de *Pactis*, D.

(2) Fr. 41, § 5, de *Act. empt. et vendit.*, D. — Renter, *Diss., de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu*.

tions qu'elle aurait repoussées si elle n'avait pas été circonvenue (1).

SECTION III.

De l'action de dol.

§ 4^{er}. Origine de l'action de dol.

6. Jadis le dol ne donnait pas lieu à une action. Seuls, les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient, en vertu de la loi Plætoria, réparer les résultats de leur inexpérience. Cette loi donnait, en effet, une accusation publique contre les créanciers qui auraient circonvenu ces mineurs pour les tromper (2).

7. L'origine de l'action de dol paraît due à Aquilius Gallus, collègue de Cicéron dans la préture (l'an 688 de Rome, 65 ans avant J.-C.). C'est ce que donne à entendre un passage du *Traité de Officiis*, de Cicéron (3), où, après avoir raconté, avec sa spirituelle élégance, la ruse dont fut victime un chevalier romain, C. Canius, de la part d'un banquier de Syracuse, nommé Pythius, qui lui vendit des jardins hors de prix, il ajoute : « *Non-dum Aquilius collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.* » C'est ce même Aquilius qui se signala entre les juriconsultes (4), par les expédients pratiques, les formules d'un usage commode qu'il ima-

(1) Fr. 13, § 4, de *Act. empt.*, D. — Fr. 12, § 1, de *Jure dotium*, D.

(2) *Inde judicium publicum rei privatæ lege Plætoria* (Cicéron, de *Nat. Deorum*, 3, 30 ; — Id., de *Officiis*, 3, 43).

(3) *De Officiis*, 3, 44.

(4) Gallus maxime auctoritatis apud populum fuisse, Servius dicit : Pomponius. Fr. 2, § 42, de *Legibus*, D.

gina, notamment par la stipulation dite *Aquilienne*, qui sert à rendre l'acceptilation applicable à toute espèce de contrats.

§ 2. Nature de cette action.

8. L'action de dol, comme nous l'avons déjà dit, était d'origine prétorienne. Par suite, comme la plupart des actions prétoriennes, elle était temporaire, renfermée dans l'espace d'une année utile; mais une Constitution de Constantin, insérée au Code de Justinien (1), décida que le délai courrait, non du jour de la découverte de la fraude, mais du moment où elle aurait été commise; ce délai, d'autre part, fut augmenté d'une année. Toutefois, l'action dut être non seulement intentée, mais même entièrement consommée dans cet intervalle; même après l'expiration du délai, il reste encore une ressource, quoique moins efficace, dans la concession d'une action *in factum*, fondée sur ce principe, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

9. Pour que celui qui a été circonvenu puisse obtenir la nullité de son obligation, il faut que le dol provienne de la personne envers laquelle il s'est obligé, ou que celle-ci en ait été complice (3); en cela, l'action *de dolo* diffère de l'action *quod metus causa*, qui est réelle, et peut être exercée contre tous ceux que le lésé

(1) Fr. 8, de *Dolo malo*, C.

(2) Fr. 28, § 4, de *Dolo malo*, D. — Noodt, de *Forma emendandi doli mali*, C. 7.

(3) Fr. 45, § 3, de *Dolo malo*, D. In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.

a intérêt à poursuivre. Pourquoi cette différence entre la nullité pour cause de dol et la nullité pour cause de violence? Le jurisconsulte Ulpien dit que la violence a en soi quelque chose de caché par rapport à ceux qui l'exercent; celui qui en a été victime resterait presque toujours sans protection, s'il était obligé de prouver quel en a été l'auteur. On lui a donc permis d'échapper à son obligation, en établissant seulement qu'il y a eu violence, même à l'encontre d'un créancier innocent(1). Mais cette raison ne s'applique point au dol, puisqu'il n'a pu être assez puissant pour déterminer la volonté de l'obligé, que parce que ce dernier a eu une confiance trop grande dans l'auteur du dol; si cet auteur n'est pas le créancier, le débiteur aura toujours la certitude d'être indemnisé par celui qui l'a circonvenu, et s'il le trouve insolvable, il devra s'imputer à lui seul cette insolvabilité.

10. L'action de dol est arbitraire. En effet, le juge doit, par un *jussus*, ordonner la réparation, la restitution que commande l'équité; si l'on n'y satisfait pas, il prononce une condamnation qui comprend le montant de l'intérêt du demandeur à cette réparation. Aussi le taux de la condamnation n'est pas fixé par la formule; la condamnation est *incerta*, pour que le juge puisse faire son estimation, en déférant le serment au demandeur (*jusjurandum in litem*), après avoir déterminé une limite pour mettre un frein à des prétentions exagérées (2).

11. Enfin, et c'est là un caractère saillant de l'action

(1) Fr. 14, § 3, *quod metus causa*, D.

(2) Fr. 18, pr., *de Dolo malo*, D.

de dolo, elle entraîne l'infamie contre le condamné, de même que les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *pro socio*, *tutelæ*, *mandati*, *depositi* (1). Il s'ensuit qu'elle est subsidiaire, c'est à dire qu'elle ne se donne qu'à défaut de toute autre action et comme ressource extrême. Nous aurons à développer plus loin cette particularité essentielle de l'action de dol.

§ 3. Son objet.

12. A quoi tend-elle? quel est son objet? Cet objet n'est pas toujours le même. Tantôt elle a pour but de faire rescinder complètement le contrat entaché de dol et de faire restituer ce qui avait été donné en échange des obligations qu'il faisait naître; tantôt elle a simplement pour but, en laissant subsister le contrat, de faire accorder une réparation du préjudice que certains de ses effets ont fait éprouver à l'une des parties. Cette alternative, dans le but de l'action, est laissée au choix de celui qui l'obtient. Il peut, à son gré, suivant la nature de son intérêt, réclamer ainsi une rescision absolue ou une simple réparation.

§ 4. Par qui et contre qui peut être exercée l'action *de dolo*.

13. L'action de dol compète à celui qui a souffert du dol, pourvu qu'il n'ait pas connu les manœuvres frauduleuses de son adversaire; car c'est alors volontairement et par sa faute qu'il a subi le préjudice dont il se plaint maintenant.

14. Quelquefois elle n'est pas accordée à raison de

(1) Fr. 1, de *his qui notantur infamid*, D.

la position respective des personnes entre lesquelles elle s'intenterait. Ainsi, elle n'est pas donnée aux enfants, aux affranchis contre leurs parents et leurs patrons; elle ne se donne pas davantage, à cause de son caractère infamant, à un homme d'une basse condition contre un homme élevé en dignité : par exemple, à un plébéien, contre un personnage consulaire d'une haute réputation; à un prodigue ou à un dissipateur, contre un citoyen dont les mœurs sont irréprochables; c'est là la doctrine de Labéon, confirmée par Ulpien (1).

15. Mais en même temps, comme on ne doit jamais s'enrichir par son dol, ces juriconsultes ajoutaient avec Paul (2), que l'on donnerait dans ce cas une action *in factum, in verbis temperata*, dont la rédaction et le caractère se pliaient parfaitement aux justes exigences du respect que le poursuivant devait toujours témoigner à son adversaire. Cette doctrine s'accorde avec un reserit des empereurs Dioclétien et Maximien, qui venant au secours d'une mineure émancipée, lésée par son père dans le règlement définitif des comptes de tutelle, lui donnent contre ce dernier, non l'action de dol, *propter paternam verecundiam*, mais une action *in factum* (3).

16. Cependant une Constitution de Justinien (4) poussant jusqu'à ses dernières limites, exagérant peut-être la mesure du respect des enfants pour leurs parents, ou des affranchis pour leurs patrons, semble décider que, dans aucun cas, les premiers ne pourraient être restitués à l'encontre des seconds, peut-être à cause

(1) Fr. 1, § 1, de *Dolo malo*, D.

(2) Fr. 42, h. t., *ne ex dolo suo lucentur*.

(3) Fr. 5, de *Dolo malo*, C.

(4) Fr. 2, *qui et adversus quos in integ.*, C.

de l'importance de la *restitutio in integrum* et de son caractère déshonorant pour celui dont les actes l'avaient rendu nécessaire; mais si cette voie de la restitution en entier est fermée, il ne s'ensuit pas qu'on ne doive plus laisser à ces personnes aucun moyen pour obtenir réparation civile, et notamment l'action *in factum* consacrée par le Droit des Pandectes.

17. Hors ces cas, l'action se donne contre celui qui a commis le dol, mais contre celui-là seulement. Elle ne se donne pas contre les tiers-détenteurs; nous en connaissons la raison. Si les auteurs du dol sont en certain nombre, l'action se donne contre chacun d'eux pour le tout, de manière toutefois que la satisfaction de l'un d'eux libère tous les autres (1).

18. Elle se donne même contre un pupille, pourvu que la mauvaise foi provienne bien de son fait, surtout si le dol lui a été profitable (2); toutefois le jurisconsulte Labéon ne professait pas cette doctrine, extraite d'un Fragment d'Ulpien.

19. Paul se demande ce qu'il faudrait décider au cas où le mineur aurait séduit le *procurator* de son adversaire, pour obtenir son absolution dans un procès, ou reçu de l'argent en alléguant faussement le consentement de son tuteur. Le jurisconsulte n'indique pas la solution, mais il semble incliner vers la négative; car il ajoute que ces manœuvres n'exigent pas une grande perfidie (3); mais, sans contredit, l'action serait donnée contre un pupille qui se serait enrichi par le dol de

(1) Fr. 17, pr., de *Dolo malo*, D.

(2) Ulpien, Fr. 43, § 1, h. t., D.

(3) Fr. 44, h. t., D.

son tuteur, ou même contre un pupille actionné au nom de son auteur, comme héritier (1).

20. En effet, l'action se donne même contre les héritiers de celui qui a commis le dol, mais en raison seulement de l'avantage qu'ils en ont retiré, si la chose livrée existe encore, lorsqu'il s'agit d'une tradition, et, dans tous les cas, s'il s'agit d'une libération frauduleuse, car il reste toujours acquis que l'acte de la succession a été augmenté d'autant (2).

21. Cette action est perpétuelle contre l'héritier, car elle est fondée sur ce principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; et il résulte aussi de ce fondement de l'action que, dirigée contre l'héritier, elle n'est pas infamante, comme lorsqu'elle est dirigée contre l'auteur même du dol (3). Il s'ensuit également qu'en général les exceptions relatives à la position respective des personnes signalées ci-dessus, ne sont plus à considérer lorsqu'il s'agit de leurs héritiers, ou que l'action est donnée aux héritiers de celui qui a subi le dol (4).

22. Cependant Ulpien décide, dans un autre passage (5), que l'affranchi ne peut opposer l'exception de dol, même aux héritiers de son patron qui l'actionnent, quoique l'*exceptio doli* ne soit point infamante. Cela tient vraisemblablement à la situation toute particulière de l'affranchi, qui, comme l'ajoute le jurisconsulte, doit honneur et respect à son patron, même après sa

(1) Fr. 45, pr., h. t., Ulpien, D.

(2) Fr. 47, § 1. — Fr. 26-27-28, de *Dolo malo*, D.

(3) Fr. 29, h. t., Ulpien, D.

(4) Fr. 30, h. t., D.

(5) Fr. 4, § 16, de *doli mali et metus exceptione*, D.

mort (1). Si, au contraire, les héritiers de l'affranchi étaient actionnés par le patron, l'exception de dol pourrait être opposée même par ceux-ci, cette considération toute personnelle venant à cesser; ils pourraient même obtenir l'action de dol contre le patron, en vertu de cette règle d'Ulpien : « *Heredibus tamen harum personarum, item adversus heredes de dolo actio erit danda* » (2).

23. Enfin, cette action a aussi lieu contre le maître pour le dol de son esclave, jusqu'à concurrence du pécule; elle peut encore être noxale, si c'est dans un délit conduisant à une action de ce genre que l'esclave a commis le dol. Cette distinction est établie par Ulpien (3).

§ 5. Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à l'action de dol.

24. Après avoir examiné les caractères généraux de cette action et les conditions que doivent remplir les personnes qui la réclament, recherchons, et c'est là la partie la plus délicate de cette étude, dans quel cas il y a lieu à l'application de cette action.

25. Voici comment était conçu l'Édit du Préteur : « *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur iudicium dabo* » (4).

De là, deux conditions essentielles à l'obtention de

(1) Ibidem, *namque convenit tam vivo quam mortuo patrono a liberti honorem exhiberi.*

(2) Fr. 43, pr., de *Dolo malo*, D.

(3) Fr. 9, § 4, h. t., D.

(4) Fr. 4, § 4, h. t., Ulpien, D.

l'action : 1° une cause légitime, *justa causa* ; 2° l'absence d'une autre action, *non alia actio*.

1° Le premier élément peut se traduire ainsi, en se décomposant :

a. — Il faut qu'il y ait un dol suffisamment caractérisé ;

b. — Il faut qu'il soit suffisamment prouvé ;

c. — Il faut que l'intérêt soit suffisamment grave.

Reprenons chacune de ces positions.

26. a. — D'abord, le dol doit être palpable, manifeste : *nam nisi magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari* » (1). Aussi le jurisconsulte la refuse-t-il contre quelqu'un qui aurait engagé à faire un prêt à une tierce personne en affirmant qu'elle était solvable, à moins, ajoute Gaius, que ce ne fût pour profiter de ce prêt, alors qu'on savait parfaitement que l'emprunteur était au-dessous de ses affaires (2). Ainsi, il ne suffit pas que quelqu'un ait été trompé par le fait d'un autre, il faut encore qu'il y ait ruse, manœuvres frauduleuses.

27. b. — En outre, il est nécessaire que ces manœuvres frauduleuses soient établies par des preuves irrécusables : *dolum ex indicis perspicuis probari convenit* (3). Toutefois, comme dans certains cas il y a faute nuisible à autrui sans qu'il y ait dol, surtout dol susceptible de preuve, le Prêteur donnait pour la réparation du préjudice une action *in factum*. Ainsi, *Primus* était en possession d'une chose qu'il allait vendre : sur-

(1) Fr. 7, § 40, Ulpian, h. t., D.

(2) Fr. 8, h. t., D.

(3) Fr. 6, *de Dolo malo*, Dioclét. et Maxim., C.

vient *Secundus* qui lui en conteste la propriété ; puis, il se désiste ; mais l'occasion de la vente est passée pour *Primus*. Pourra-t-il avoir l'action de *dolo* contre *Secundus*? Non, parce qu'il n'y a pas dol à revendiquer une chose qu'on croit être sienne ; mais comme ce procès a été intenté trop à la légère, l'action *in factum* permettra d'obtenir une indemnité convenable (1).

28. c. — Enfin, il est indispensable, avons-nous dit, que l'intérêt du demandeur soit d'une certaine gravité. Le Préteur en sera juge, lors de la *cognitio* qu'il s'est réservée (2) ; il faut, au moins, que l'évaluation de cet intérêt dépasse deux écus d'or (3).

29. 2^o La seconde condition essentielle pour l'exercice de l'action de dol, c'est, à raison de son caractère infamant, qu'il ne puisse être recouru à aucun autre action ; car elle ne doit être, à cause de son extrême gravité, qu'une ressource suprême (4). C'est sur ce point que se présentent surtout les difficultés d'application.

30. Il est d'abord reconnu par tous, que l'Édit ne peut être invoqué lorsque l'on peut appeler à son secours, soit une exception, soit une réplique, soit un interdit, soit la *stipulatio de dolo*, ou, enfin, se placer à l'abri de toute autre protection légale, quelle qu'elle soit (5) ; par exemple, parce que le contrat en vertu duquel on pourrait être poursuivi, est fondé sur une base si honteuse,

(1) Fr. 33, h. t., D.

(2) Fr. 9, § 5, h. t., D.

(3) Fr. 10, pr., h. t., Paul et Ulpian, D.

(4) Fr. 2, h. t., *de dolo actio, cum alia nulla competit, causâ cognita, permittitur, C.*

(5) Fr. 4, h. t., D.

qu'il ne pourrait faire jamais obtenir une action en justice (1), ou encore, parce qu'on peut exiger réparation d'une autre personne que celle qui a commis le dol (2).

31. Ainsi, *Primus* achète à *Secundus*, et ce dernier se sert de faux poids que lui a prêté *Tertius*, sans que *Secundus* soit complice de la fraude; si les poids sont trop forts, *Secundus* pourra réclamer, par la *condictio indebiti*, ce qu'il a livré de trop; s'ils sont trop faibles, l'acheteur *Primus* pourra agir *ex empto*, pour se faire livrer le surplus; l'action *de dolo* ne serait nécessaire que s'il avait été stipulé que la vente se ferait avec les poids en question (3). Mais il faut que le tiers contre lequel on peut agir autrement que par l'action *de dolo*, présente des garanties desolvabilité, pour que la poursuite ne demeure pas stérile; car, comme l'observe le jurisconsulte Gaius, *is nullam videtur actionem habere cui propter inopiam adversarii inanis actio est* (4).

32. Pomponius est encore d'avis qu'il n'y a pas lieu à l'action de dol, lorsque celui qui l'invoque a pu se protéger par une autre action dont il a laissé expirer les délais, à moins que cette négligence ne soit due au dol de l'adversaire (5).

33. Toutefois, il doit être certain que l'on peut recourir à une autre voie; s'il y a doute, Labéon pensait que l'action de dol devait être concédée; et son opinion est confirmée par Ulpien (6).

(1) Fr. 5, h. t., D.

(2) Fr. 1, § 8. — Fr. 2-3-4-5, h. t., D.

(3) Fr. 18, § 3, *de Dolo malo*, Paul, D.

(4) Fr. 5-6, h. t., D.

(5) Fr. 1, § 6, *ibidem*, D.

(6) Fr. 7, § 3, h. t., D.

34. Nous le répétons, d'ailleurs, peu importe que l'action qui peut suppléer celle du dol soit ou civile ou honoraire ou pénale (1) ou même populaire (2). Néanmoins le juriconsulte Ulpien semble dire plus loin que l'action *Cornelia de falsis* peut être intentée simultanément avec l'action de dol ; la raison en est, qu'aussi bien que celle-ci, la précédente était infamante, comme résultant d'un *judicium publicum* (3).

35. Enfin, il se présente fréquemment des espèces recueillies par les compilateurs du Digeste, où semble faillir le principe de l'impossibilité du concours de l'action de dol avec toute autre action non infamante ; mais en examinant attentivement, on découvre, presque toujours, que la contradiction n'est qu'apparente.

36. Ainsi, un légataire dont le legs dépassait la quantité permise par la loi *Falcidie*, a circonvenu l'héritier et en a obtenu la délivrance de son legs dans son intégralité, en lui donnant une opinion exagérée de la valeur de la succession. Gaius accorde à ce dernier l'action de dol (4). Cependant Ulpien, au titre de *Condictio indebiti*, décide que si l'héritier a payé, par erreur, des legs que des codicilles découverts ensuite révoquaient, ou contenus dans un testament annulé depuis, il aura la *condictio indebiti* pour exercer la répétition (5). Pourquoi ne pas la donner aussi dans l'espèce précédente ? C'est que la *condictio indebiti* suppose une ignorance vé-

(1) Fr. 1, § 6. — Fr. 38, h. t., D.

(2) Fr. 7, § 2, h. t., D.

(3) Fr. 9, § 2, h. t., D.

(4) Fr. 23, h. t., D.

(5) Fr. 2, § 1, de *Condictio indebiti*, D.

ritable qu'on ne pouvait éviter, et non une illusion entretenue par le dol de l'adversaire.

37. Le mineur, en général, est protégé contre le dol des tiers, soit par une action contre son tuteur, soit par la *restitutio in integrum* que le Préteur lui accordera. Mais si, d'une part, le tuteur n'est pas solvable et que, d'autre part, il s'agisse d'une matière que la *restitutio in integrum* ne peut atteindre, comme, par exemple, d'un affranchissement accompli sous l'influence de manœuvres frauduleuses, il aura contre l'auteur de ces manœuvres, l'action *de dolo* pour obtenir des dommages-intérêts (1).

38. L'action *ex testamento* ne concourt pas non plus avec l'action de dol, comme pourrait le donner à croire la décision suivante d'Ulpien : On a légué l'usufruit d'un fonds, et le nu-propriétaire s'est permis d'élever un bâtiment sur ce fonds ; le jurisconsulte répond que l'usufruitier pourra recourir à l'action *ex testamento* ou à l'action de dol (2) ; mais il ne veut pas dire par là que ces deux actions pourront s'exercer concurremment ; la seconde ne sera donnée qu'à défaut de la première. Ainsi, si c'est l'héritier qui a commis cette fraude, il sera naturellement atteint par l'*actio ex testamento* ; mais si l'usufruit et la nue-propriété ont été l'objet de deux legs différents, alors il faudra recourir à l'action de dol.

39. Certaines difficultés se rencontrent sur la part à faire à l'action de dol et aux droits et actions, conséquences de la chose jugée : Je suppose qu'on abandonne noxalement un esclave engagé ou affecté d'un usufruit

(1) Fr. 5, *de Dolo malo*, D. — Fr. 9, § 6 ; Fr. 40-41, pr., *de Minoribus* xxv omnis, D.

(2) Fr. 15, § 3, *quibus modis ususfructus vel*, D.

étranger : celui qui a obtenu la condamnation pourra agir par l'*actio judicati* (1); mais que décider si l'abandon noxal a eu lieu avant la condamnation et si, ayant obtenu cette satisfaction, le demandeur a laissé rendre une sentence absolutoire? Alors l'*actio de dolo* sera nécessaire, à moins que le défendeur ne consente à subir une nouvelle instance; dans ce cas, s'il opposait l'*exceptio rei judicatae*, l'autre partie aurait une arme défensive dans la réplique de dol.

40. Autre espèce : Un fidéjusseur a tué l'esclave, objet de la stipulation qu'il avait promis de garantir; dans ce cas, le débiteur et le fidéjusseur sont libérés. Pour punir le fidéjusseur, Papinien accorde contre lui l'action *de dolo* (2); mais Marcien, dans une position analogue, semble n'accorder qu'une action *utile* (3). Comment concilier ces textes? Il faut répondre que Papinien ne pouvait admettre que l'action de dol; car les actions *utiles* ne furent introduites que par une jurisprudence postérieure au grand jurisconsulte.

41. Autre question : *Primus* a permis à *Secundus* d'extraire du sable de sa carrière; lorsque le sable est extrait, il veut en empêcher l'enlèvement. Contre cette prétention, *Secundus* aura la revendication ou l'action *ad exhibendum*; car le sable qui ne fait plus corps avec le reste de la carrière, est devenu sien par une espèce de *quasi-tradition*. Mais si avant cette extraction, *Primus* fait opposition, *Secundus*, qui peut avoir fait des frais préliminaires, aura contre lui l'action *de dolo*; il

(1) Fr. 69, de *Solutionibus*, Celsus, D.

(2) Fr. 49, de *Dolo malo*, D.

(3) Fr. 32, § 5, de *Usuris*, D.

n'y a pas lieu évidemment à l'action *præscriptis verbis* ou à la *condictio causa data causa non secuta*, parce que ces actions supposent un premier fait accompli en vue d'un second (1).

42. L'action de dol ne fait pas davantage double emploi avec l'action de la loi *Aquiliana*, dans l'espèce qui suit : Le dépositaire des tablettes d'un testament les a anéanties ou altérées d'une manière quelconque. Est-ce que l'héritier ne pourra pas agir, comme l'aurait fait son auteur, le propriétaire de ces tablettes, par la voie de la loi *Aquiliana*? Oui, après l'adition de l'hérédité; mais auparavant, il n'a de ressource que dans l'action de dol (2).

43. Une difficulté plus sérieuse s'élève au sujet d'une décision d'Ulpien, au titre *quod metus causa* : « eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est (3). Que devient alors notre principe? pourquoi permettre au violenté d'intenter l'action de dol?

Cette loi a donné lieu à une vive controverse.

Mülhembrück et la plupart des docteurs allemands, prétendent que, comme la violence implique le dol, celui qui a subi la violence pourra intenter l'action de *dolo*. Mais la violence et le dol sont deux choses parfaitement distinctes, et le Préteur n'a introduit cette action que pour les cas de dol, et non pour les cas de violence.

L'interprétation de Doneau n'est pas plus heureuse. Les faits de violence et de dol, dit ce grand commenta-

(1) Fr. 34, de *Dolo*. — Fr. 46, pr., *præscriptis verbis*. — F. 6, de *Donationibus*, D.

(2) F. 35, de *Dolo malo*, D.

(3) Fr. 44, § 43, *quod metus causa*, D.

teur, se confondent souvent. Le Prêteur devra se déterminer d'après l'élément qui dominera. Mais l'action de dol doit être un refuge suprême, à cause de son caractère infamant. N'est-il pas logique, dès-lors, que l'action *quod metus causâ* lui soit préférée?

Enfin, Pothier admet le concours des deux actions, et il en donne une raison historique rapportée de Schutling. C'est que la formule du dol avait été édictée avant que Cassius n'eût étendu la formule *de metu*, applicable seulement au cas où la chose avait été extorquée par violence, au cas où elle l'avait été, soit par la violence matérielle, soit par la crainte inspirée par la menace de cette violence (1).

Quant à nous, voici l'explication que nous proposons : Pour bien comprendre cette loi, il faut remonter à la définition du dol par Labéon et par Servius. En prenant pour base la définition de Servius, *stricto sensu*, la confusion entre l'action de violence et l'action *de dolo* est impossible ; que si, au contraire, on se rattache à la définition large de Labéon, l'action de la violence se trouvera renfermée dans l'action de dol.

44. Nous terminons ces observations, en signalant un cas où l'action *de dolo* n'est pas applicable, malgré le concours des conditions ci-dessus énumérées, et même en l'absence de toute autre action protectrice : c'est le cas où l'adversaire à qui le serment a été déféré, le prête et se libère ainsi de son obligation ; quand bien même on pourrait prouver le parjure, il n'y aurait pas lieu à l'action de dol. Néanmoins, Labéon l'accorde ; mais Pomponius, Marcellus, Ulpien et Paul, sont d'un

(1) Pothier, *ad titulum*.

avis contraire (1). Il suffit, dit ce dernier, d'abandonner le parjure à la peine de son crime, à la vengeance divine ! Une raison plus légale, suivant nous, peut se tirer de ce fait, que la délation du serment constitue une véritable transaction, par laquelle celui qui le défère s'expose au dol de son adversaire et renonce ainsi volontairement à s'en plaindre plus tard.

45. L'*exceptio doli mali* était une arme que le Préteur mettait entre les mains du débiteur actionné par le créancier ; elle était ainsi formulée : *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* » (2). C'était au magistrat chargé de la juridiction, à décider s'il y avait ou non lieu d'accorder au défendeur ce moyen de défense ; et s'il trouvait qu'il y eût lieu, il le faisait dans la formule sous la forme d'exception, c'est à dire en exceptant, soit de la prétention énoncée dans l'*intentio*, soit de la condamnation à prononcer, le cas où il y aurait eu dol de la part du créancier.

Quelques traits saillants différencient l'exception et l'action *de dolo*. L'exception est perpétuelle ; de plus, elle n'entraîne pas l'infamie contre le demandeur qui succombe.

SECTION IV.

Du dol dans les contrats de droit strict.

46. Examinons quels sont les effets du dol *causam dans* et du dol *incidens*, lorsque l'une ou l'autre espèce de dol se rencontre dans une convention. A cet égard,

(1) Fr. 24-22, de *Dolo malo*.

(2) Fr. 4, § 33, de *doli mali et metus exceptione*, D.

nous distinguerons les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi.

47. C'est dans les contrats *stricti juris* surtout, que l'action de dol est importante et nécessaire ; jamais, ici, de nullité de plein droit ; le juge ne prononce absolument que sur l'obligation unilatérale du défendeur, et d'après les principes *stricts* du Droit civil qui la concernent. Dans ces contrats, vestiges du *summum jus*, qui forme le caractère saillant du Droit romain primitif, tout ce que l'on considère, c'est le fait matériel du consentement exprimé par des paroles sacramentelles ; mais l'équité prétorienne est venue au secours de la pratique, qui avait déjà essayé de parer aux inconvénients de ce Droit rigoureux, soit par l'exception de dol, si la partie lésée est poursuivie en vertu du contrat non encore exécuté, soit par l'action *de dolo*, si l'exécution s'en est suivie. Un rempart ou une arme salutaire seront assurés contre les effets de la mauvaise foi.

48. Avant l'Édit du Préteur, il était d'usage d'insérer dans la stipulation une *clausula doli* pour se précautionner contre le dol. Quelle action faudrait-il intenter en pareil cas ? Est-ce l'action du contrat ? est-ce l'action de dol ?

Le jurisconsulte Labéon, qu'il y ait ou non *cautio de dolo*, admet toujours l'action de dol (1) ; mais Ulpien n'adopte pas, et avec raison, cette solution (2). L'action de dol, en effet, arme suprême, si funeste d'ailleurs dans ses conséquences, n'est-elle pas inutile dès là que la partie lésée peut atteindre celui qui l'a circonvenu par l'action du contrat ?

(1) Fr. 7, § 3, de *Dolo malo*, D.

(2) *Ibidem*, D.

SECTION V.

Du dol dans les contrats de bonne foi.

49. Autrefois on estimait généralement que le contrat de bonne foi, entaché de dol, était inexistant. C'était là la doctrine professée par Cujas, Doneau, Vinnius, Pothier (1), Ducaurroy (2); mais deux jurisconsultes allemands, Glück et Vangerow, ont démontré victorieusement, selon nous, que le contrat n'était qu'imparfait (3).

En effet, Ulpien, dans plusieurs textes, établit clairement le principe : Celui qui a été trompé, est libre de demander la résiliation du contrat : *ut aut stetur emptioni, aut discedatur* (4); le contrat n'est donc qu'annulable. N'est-ce pas là un argument péremptoire?

Deux Constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien, insérées au Code de Justinien, établissent la même doctrine : Si un dol a été commis, la *rei vindictio* ne sera point exercée contre le second acquéreur ; le vendeur ne pourra s'adresser qu'à son acheteur (5).

Cujas objecte qu'on appelle ici *vente*, non pas le contrat, mais l'aliénation qui est l'effet de cette vente nulle et putative. Or, il est faux, ajoute Pothier, qu'il ne puisse se suivre d'un contrat nul aucune translation de pro-

(1) *De Pactis*, sectio 2, § 2.

(2) N° 4322.

(3) Voir aussi Neustetel, C., 40, *bonæ fidei negotia dolo inita non esse nulla*, Heidelberg, 1848; les docteurs ultramontains et Robertus Corrasius.

(4) Fr. 11, § 5; Fr. 43, § 4-27-28, *de action. empti et venditi.* — Fr. 42, *de Jure dotium*, D.

(5) Fr. 5 et 40, *de Rescind. vendit.*, C.

priété; autrement il faudrait effacer des Pandectes les titres : *de Condictione indebiti* et *de Condictione sine causâ*.

Il faut sans doute soigneusement distinguer la nullité du contrat et la translation de la propriété. *Primus* entend faire une *donation*; *Secundus* croit acheter; il y a erreur sur la nature du contrat, et cependant la propriété aura été transférée, parce qu'il y a de part et d'autre consentement à ce que le transfert de la propriété ait lieu. Mais dans la loi 10, au Code, ce consentement n'existe pas, le dol vicie la volonté des contractants.

On dit encore : L'action de dol s'incorpore aux contrats de bonne foi « *in bonæ fidei contractibus, inest actio doli* » (1). Comme il n'y a pas lieu de demander une action, il s'ensuit que le contrat est inexistant, puisqu'il renferme l'action de dol.

La faiblesse de cette objection est frappante. Dans les actions de Droit strict, le juge est lié par la rigueur du contrat, à moins que le défendeur ne fasse insérer dans la formule une exception conçue, par exemple, en ces termes : *ex fide bonâ*; ou bien *ut inter bonos bene agier oportet*, dans l'action de *fiducie*; ou bien *quod æquius melius*, dans l'action *rei uxoriæ*, cas auquel le juge se trouve investi d'un pouvoir plus étendu (2).

Dans les contrats de bonne foi, au contraire, la demande d'une exception est superflue. Le juge doit ici s'inspirer des principes de la bonne foi; telle est l'explication de ces mots : *in bonæ fidei contractibus, inest actio doli*.

(1) Fr. 7, § 3, de *Dolo malo*, Ulp. — Fr. 84, § 5, de *Legatis*, 4^o, D. — *Vatic.*, J. R., *Fragm.*, § 94.

(2) Cicéron, *Topic.*, 17.

Mais la base de l'opinion adverse se trouve dans la loi 7, de *Dolo malo*, pr. : « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. »

Rien n'annonce, dit Vangerow, que l'acheteur a été complice du dol; ce n'est pas lui qui a circonvenu le mineur de vingt-cinq ans; mais comme il y a erreur essentielle, le contrat sera nul, non pour cause de dol, mais pour cause d'erreur. L'interprétation du jurisconsulte allemand est évidemment inexacte; il ne s'agit pas dans l'espèce d'un cas d'erreur, mais bien d'un cas de dol. Ne serait-il pas plus vrai de dire, avec le savant professeur de Pandectes, M. Massol, qu'Ulprien, par ces mots : *nullam esse venditionem*, entendait non une vente nulle, inexistante, mais une vente simplement annulable?

50. Si le dol n'est qu'incident, la partie lésée est suffisamment protégée par les actions même qui naissent du contrat, indépendamment de la clause *dolum ab futurum*, ou de l'exception de dol qui sont entendues dans les contrats de bonne foi, depuis l'abolition des actions de la loi, et qui laissent au juge pleine liberté d'appréciation pour réparer tout préjudice causé par la mauvaise foi (1).

51. C'est en vain que l'on opposerait la loi 37, de *Dolo malo*; Ulprien fait allusion dans cette loi à l'action Édilicienne qui réprimait l'exagération dans l'exaltation des qualités de la chose vendue; si c'est vraiment par ruse, par artifice que le vendeur a induit l'acheteur en erreur, alors c'est l'action de *dolo* qui doit être exercée.

(1) Fr. 7, § 3, de *Dolo*. — Fr. 43, § 4-5-6, de *Act. empti et venditi*. — Fr. 66, § 1, de *Contr. empt., vend.*, D. — Fr. 9, de *Rescindenda vend.*, C.

SECTION VI.

Des conséquences du dol réciproque.

52. Lorsque les parties ont réciproquement commis un dol, le dol se compense entre les parties et aucune d'elles ne peut profiter du contrat : *ab utraque parte dolo compensando* (1).

53. Si le contrat n'est pas exécuté et que l'une des parties en réclame l'exécution, elle sera repoussée par l'exception de dol, sans que le demandeur puisse répliquer par le dol du défendeur : *in pari causâ, melior est causa possidentis* (2).

54. Si le contrat est exécuté, aucune partie ne pourra poursuivre en dommages-intérêts; la partie actionnée aurait, en cas pareil, l'exception de dol, qui ne pourrait être combattue par la réplique : *Marcellus ait adversus doli exceptionem, non dari replicationem doli* (3).

SECTION VII.

Du dol commis par un tiers.

55. Enfin, le dol commis par un tiers donne à la partie lésée, si elle n'a d'autre action, une action *doli* contre celui qui l'a circonvenue (4); et contre la personne

(1) Fr. 3, § 3, *de eo per quem*, D. — Neustetel, C. 10.

(2) Fr. 154, *de diversis regulis j. ant.* — Fr. 34, § 3, *de Cont. empt.* — Fr. 59, § 3, *ibidem.* — Fr. 36, *de Dolo malo.* — *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*, D.

(3) Fr. 4, § 13, *de doli mali et metus except.*, D.

(4) Fr. 7, pr. — Fr. 9, § 1. — Fr. 49. — Fr. 8, *de Dolo malo.* — Fr. 2, *de Proxenetis*, D.

avec laquelle elle a contracté, une demande en dommages-intérêts, en tant que par suite du dol elle est devenue plus riche (1). Nous en avons vu un exemple au cas où un pupille s'enrichit du dol de son tuteur. De même, si une personne profite de la fraude de son procureur, celui-ci pourra être poursuivi par l'action de dol, et la première ne pourra être actionnée que jusqu'à concurrence de son profit (2). C'est par des idées analogues que le dol qui a profité à un municipe, peut donner naissance à une action en recouvrement du lucre perçu ; les décurions, d'ailleurs, pourraient être tenus personnellement (3).

56. Mais le jurisconsulte Paul décide que le tiers ne pourra être atteint par l'action *de dolo*, quand la partie lésée peut être indemnisée par l'action du contrat (4). Un docteur allemand, Glück, enseigne dans cette hypothèse, que si le tiers est insolvable, le contrat pourrait être rescindé au moyen d'une *restitutio in integrum*. Cette opinion est inexacte, car l'action de dol est un recours extrême ; si cette voie est inefficace, il n'y a plus, commel'affirme Marcellus, de remède possible (5).

(1) Fr. 48, § 3, *ibid.* — Reilbak, *de dolo tertii ejusque effectu*, Heidelberg, 1842.

(2) Fr. 45, § 2, h. t., D.

(3) Fr. 45, § 4, *ibidem*, Ulpianus, D.

(4) Fr. 48, § 3, *ibidem*, D.

(5) Fr. 7, § 4, *de in integrum restitut.*, D.

CHAPITRE II.

De la Violence.

*Ait prator : Quod metus causa gestum
erit, ratum non habebit.*

(F. 1, *Quod metus causa*, D.)

SECTION PREMIÈRE.

Définition de la Violence.

57. Le mot violence (*vis*) reçoit deux acceptions bien différentes.

58. Tantôt il désigne une contrainte corporelle qui réduit celui qui en est l'objet à un état proprement passif. Il ne saurait être question de ce genre de violence par rapport aux déclarations de volonté qui émanent de l'activité intellectuelle : Si, par exemple, on contraint un homme à signer un écrit, en lui tenant la main, il y a là défaut absolu de consentement ; aucun acte juridique n'est produit. Cette espèce de violence peut s'exercer négativement, en mettant obstacle aux manifestations de volonté ; si, par exemple, on emploie la détention arbitraire, pour empêcher quelqu'un de faire un acte ou de tester ; cette espèce de violence est appelée, par M. de Savigny, *vis absoluta* (1).

59. Tantôt une action exercée sur la volonté par des menaces, c'est à dire, une crainte inspirée dans un certain but. Les auteurs modernes appellent cette es-

(1) M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, tom. III, p. 406 (Guenoux).

pèce de violence, *vis compulsiva* (1). C'est la seule dont il puisse être ici question.

60. Rien de plus naturel, au premier abord, que de considérer la liberté et la violence comme choses incompatibles, et de conclure que là-où il y a violence, il n'y a pas liberté. Néanmoins, un examen plus attentif doit faire abandonner cette doctrine. Nous n'avons pas à nous occuper des difficultés spéculatives que présente la définition philosophique de la liberté dans le domaine du Droit. Nous considérons la liberté sous une apparence visible, c'est à dire, comme faculté de choisir entre plusieurs déterminations. Or, il n'est pas douteux que celui qui est contraint ou plutôt menacé, conserve cette faculté; en effet, il peut choisir entre trois déterminations : ou accomplir l'acte qui lui est imposé, ou repousser la violence par la violence, ou, enfin, accepter le mal dont on le menace. Le choix que l'on fait à la vue d'un plus grand mal que l'on veut éviter, a pour motif un bien, et, par cette considération, est un acte de volonté (2). Dès lors, nous devons reconnaître que la violence n'est pas exclusive de la liberté, et que si elle se produit dans un contrat, ce contrat doit avoir tous les effets juridiques.

Cette doctrine est celle du Droit Romain (3).

(1) Le caractère destructif de ces deux espèces de violence se montre surtout dans la perte de la possession. Cette perte peut résulter de la violence absolue ou de la violence compulsive : dans le premier cas, il y a expulsion; dans le second, tradition forcée; au premier cas s'applique l'interdit *unde vi*, dans le second, l'action *quod metus causâ*. — Fr. 9, pr., *quod metus causâ*. — Fr. 5, *de vi et de vi armata*, D.

(2) Aristot. III, *eth.* 4.

(3) Fr. 24, § 5, *tamen coactus volui*. — Fr. 24 et 22, *de ritu nuptiarum*, *maluisse hoc videtur*, D.

61. Si la violence n'empêche pas l'existence de l'acte juridique et ne s'oppose pas à l'efficacité naturelle des déclarations de volonté, néanmoins elle est en opposition directe avec la fin du Droit, qui est de garantir à chacun son indépendance; c'est pour écarter cette immoralité de son domaine, que le Droit Romain accorde à celui qui en a été victime tantôt l'action *quod metus causâ*, tantôt une exception.

SECTION II.

De l'action et de l'exception *quod metus causâ*.

62. Le Préteur disait d'une manière générale :
" *Quod metus causâ gestum erit, ratum non habebō.* "
Cette formule comprenait la violence physique et la contrainte morale; les jurisconsultes ne distinguaient pas, au point de vue des effets, la violence de la menace; c'est pour cela qu'on accordait l'action à celui qui avait cédé à la crainte d'un mal futur (1).

63. Quand on se trouvait dans les termes de l'Édit, l'action *quod metus* pouvait être exercée contre toute personne qui voulait se prévaloir de l'acte, quand même la violence serait émanée d'un tiers : " *Prætor generaliter et in rem loquitur, nec adjicit a quo gestum* (2). " Le Préteur parle d'une manière abstraite, sans ajouter par qui a été commise la violence; car la crainte entraînant toujours avec elle l'ignorance, c'est avec raison qu'on ne force pas le plaignant à désigner l'auteur de la violence ou des menaces. Le véritable motif, c'est

(1) Fr. 4. — Fr. 7, § 4, *quod metus causâ*, D.

(2) Fr. 9, § 4, h. t., D.

qu'il serait injuste de contraindre une personne à exécuter une obligation qu'elle n'a pas été libre de contracter.

64. L'exception *metus causâ* était ainsi conçue : *Si in ea re nihil metus causâ factum est* (1). Cette voie s'applique quand l'obligation n'a pas été exécutée et qu'un tiers veut en exiger l'accomplissement ; l'exception *metus causâ* est générale, elle comprend tous les cas de violence, quel que soit l'auteur de la violence. C'est ce qu'exprime Ulpien, en disant qu'elle est *in rem scripta*, écrite généralement contre la chose, c'est à dire contre la violence même, quel qu'en soit l'auteur (2). Il y a en outre cette différence entre l'*exceptio metus* et l'exception de dol, que la première n'est fondée qu'autant que la violence a été exercée pour déterminer la volonté du défendeur au moment même du contrat ou de l'aliénation ; tandis que la seconde peut résulter d'un dol commis à une époque postérieure au contrat ou à l'aliénation, et même au moment où l'action est intentée par le demandeur : *nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose* (3). De telle sorte que si mon adversaire demande 10 écus d'or que je lui ai promis dans une stipulation, mais qu'il s'est interdit plus tard par un pacte de me réclamer, lorsqu'il m'actionnera, au lieu de lui opposer l'exception *pacti conventi*, je pourrai recourir contre lui à l'exception de dol.

65. Du reste, l'exception de violence n'est qu'une

(1) Fr. 4, § 3, *de doli mali et metus except.*

(2) *Ibidem*, D.

(3) Fr. 2, § 5, h. t., D.

spécialité de l'exception *doli*. Celle de dol est générale tant pour le dol proprement dit que pour la violence ; car le mot dol s'étend à tout ce qui est contraire à la bonne foi. On pourrait donc, dans le cas de violence, opposer l'exception de dol ; le jurisconsulte Cassius même, au dire d'Ulpien, ne proposait que cette dernière exception. Mais l'exception spéciale de violence prend toute son utilité, lorsque la violence n'a pas été commise par l'adversaire même, cas auquel celle de dol serait inapplicable (1).

66. L'exception *quod metus causâ* n'est point limitée à un certain temps ; l'action elle-même, bien qu'elle ne se donne au quadruple que pendant l'année qui a suivi la violence, subsiste au simple après cette année, contre l'auteur de la violence et contre tous ceux qui se trouveraient avoir profité de l'acte entaché de violence. C'est pour cette raison que Pédus dit : « Que l'autorité du juge à cet égard est telle, qu'il peut condamner celui qui a usé envers quelqu'un de violence, à réparer le tort qu'elle a fait, bien qu'il n'en ait point profité ; et celui qui en a profité, quoiqu'il n'ait pas commis cette violence, parce qu'il n'est pas juste que la violence exercée par un individu tourne au profit d'un autre » (2). Aussi l'action *quod metus* est-elle accordée aux successeurs de la partie lésée et contre les héritiers de l'auteur de la violence, jusqu'à concurrence des profits qu'ils en ont retiré (3).

(1) Fr. 4, § 33, *de doli et metus except.*, D.

(2) Fr. 44, § 5, *quod metus*, D.

(3) Fr. 46, § 2, *ibidem*, D.

SECTION III.

Conditions que doit réunir la violence pour donner lieu à l'application des remèdes prétoriens.

67. La violence est l'action d'une force majeure à laquelle on ne peut résister (1); mais il faut entendre ici par violence, celle qui est illicite et contraire aux bonnes mœurs, et non celle qu'exerce, pour des motifs justes et plausibles, le magistrat en vertu de la loi et pour remplir les devoirs de sa charge. Au reste, si un magistrat ou un président de province a commis une violence *injuste*, Pomponius pensait que l'Édit aurait lieu contre lui; comme si, par exemple, dit-il, il a extorqué de l'argent de quelqu'un en le menaçant de la mort ou de mauvais traitements. Or, un magistrat ou ses officiers sont censés exercer une violence injuste, lorsqu'elle n'est pas autorisée par les lois (2).

68. On pourrait demander si celui qui s'étant fait livrer quelque chose sous l'influence de l'intimidation, se trouverait contraint par violence à la rendre, pourrait recourir à l'Édit? Le jurisconsulte Pomponius répond que le Préteur ne doit pas lui prêter l'appui de son autorité, « parce qu'il est permis de repousser la violence par la violence, et qu'il n'a souffert que ce qu'il avait fait souffrir. » D'où il suit que si j'avais à mon tour forcé *sur-le-champ* à vous libérer celui qui, sous l'empire de la violence, venait de vous ravir une promesse, ce dernier ne serait point recevable à demander une restitution. Mais Cujas observe, avec

(1) Fr. 2, h. t., Paulus, D.

(2) Fr. 3, § 4, h. t., D.

raison, qu'il en serait autrement si mon intervention n'eût pas été immédiate (1).

69. Il s'agit maintenant de déterminer les conditions que doit réunir la violence pour que les remèdes prétoriens soient applicables.

70. a. — Le mal dont on est menacé doit être grave comme la mort, les blessures ou la perte de la liberté (2), soit qu'il s'agisse de la privation matérielle de la liberté, la prison ou les fers ou de l'état de servitude (3); si, par exemple, on est menacé de voir triompher une *vindicatio in servitute* par une suppression de pièces (4), ou si l'auteur de la menace est en position de réduire un homme libre en esclavage (5). Dans ces divers cas, il est indifférent que la menace soit dirigée contre nous-même ou contre nos enfants (6). Cet effet important de la violence est réduit à ces cas spéciaux. Ainsi donc, la menace est inefficace si elle n'atteint que la réputation ou les biens (7), ou s'il s'agit simplement d'un procès soit

(1) Fr. 42, § 4, *quod metus*, D.

(2) Fr. 3, § 4; 7, § 4; 8, pr., *quod metus causâ*. — Fr. 3, *ex quibus causis majores*, D. — Fr. 43, *de Transactionibus*. — Fr. 7, *de his que vi*, C.

(3) Fr. 7, § 4. — Fr. 22-23, § 4-2, *quod metus*, D.

(4) Fr. 8, § 4, h. t., D.

(5) Fr. 24, pr., h. t., D.

(6) Fr. 8, § 3, h. t., D.

(7) Fr. 7, pr., h. t., *nec timorem infamiae*. Ces mots peuvent se rapporter à une infamie véritable, si, par exemple, l'auteur de la menace est en position d'intenter une action infamante, la *doli* ou *furti actio*. Ils peuvent aussi se rapporter à des médisances capables de ternir la réputation. Dans l'un et l'autre sens le principe doit être tenu pour vrai.

civil, soit criminel (1); dans ces termes, le mal contient presque toujours une véritable violation du droit (2).

71. b. — Il faut ensuite que la crainte soit fondée, c'est à dire que le mal soit vraisemblable et difficile à éviter, de sorte que la loi ne protège ni la faiblesse de caractère, ni de vaines imaginations. Gaius pose le principe d'une manière toute stoïcienne : *metum non vani timoris sed qui in hominem constantissimum cadat* (3). Prise dans un sens absolu, cette maxime était trop rigoureuse et aurait mené à des conséquences que l'équité repoussait. Il faut, en effet, proportionner les secours à la faiblesse des personnes qu'on veut protéger. Les personnes fortes, celles auxquelles on peut appliquer l'épithète de *constantissimæ*, savent se défendre elles-mêmes; tandis que les faibles d'esprit, les vieillards et les femmes, cèdent plus facilement à des menaces ou à des violences qu'elles n'ont pas le moyen de repousser.

72. c. — Enfin, et ce point est essentiel, il ne suffit pas que la crainte existe, il faut qu'elle résulte d'une menace, c'est à dire qu'elle ait été excitée dans le but

(1) Fr. 7, pr., *neque alicujus vexationis*. — Fr. 40, *de his qui vi, C.* Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait aucune protection contre la menace d'une action tendant à vous extorquer de l'argent ou tout autre valeur; cela rentre dans l'Édit de *Calumniatoribus*, D., III-6, soumis à d'autres règles que l'action *quod metus causâ*.

(2) Je dis *presque toujours*, parce que la femme libre étant réduite en esclavage et perdant par suite la capacité de droit, en s'unissant à un esclave ou un affranchi ingrat, on peut se permettre contre sa personne des actes qui, s'il s'agissait d'un homme libre, seraient des violations de Droit. Ainsi se trouve expliquée cette inconséquence apparente.

(3) Fr. 6-9, h. t. — Fr. 484, *de diversis regulis*, D.

de déterminer l'acte attaqué. Ainsi, une personne saisie par l'ennemi ou arrêtée par des voleurs, promet *mille aurei* à un passant, s'il parvient à lui rendre la liberté; l'obligation est valable, on ne peut pas dire qu'elle soit entachée de violence. Le créancier, suivant Paul et Ulpien, *operæ potius suæ mercedem accepisse videtur* : il est censé avoir reçu la récompense d'un service rendu (1).

73. Si l'on résume brièvement ce qui vient d'être dit, on y trouve la confirmation du principe fondamental que nous avons énoncé plus haut : La violence n'exclut pas la liberté, et aussi malgré la violence la déclaration de volonté n'en demeure ni moins réelle ni moins efficace; mais ses effets naturels sont arrêtés par des règles positives motivées sur l'immoralité qui accompagne la violence au détriment du droit.

CHAPITRE III.

De l'erreur.

Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

(Paulus, F. 9, de *Juris et facti ignorantia*, D.)

SECTION PREMIÈRE.

Définition de l'erreur.

74. On appelle *erreur*, cet état intellectuel où l'idée de la réalité se trouve obscurcie et cachée par une idée fautive. Néanmoins le point essentiel est l'absence de l'idée vraie, car on peut très bien n'avoir aucune no-

(1) Fr. 9, § 1. — Fr. 44, § 3, 21, pr., h. t., D.

tion d'une chose sans en avoir une fausse notion. Telle est la différence philosophique qui existe entre l'erreur et l'ignorance (*error et ignorantia*); mais, en Droit, leurs effets juridiques sont les mêmes. On devrait donc, pour plus d'exactitude, ne jamais parler que de l'ignorance, puisque ce mot exprime, dans sa généralité la plus haute, cet état défectueux d'intelligence. Cependant les auteurs parlent plus fréquemment de l'erreur, sans doute parce que cette forme est la plus ordinaire et la plus importante dans la pratique.

75. La volonté déterminée par une erreur doit-elle être considérée comme réelle et efficace? La négative semble résulter d'une sorte de similitude entre l'erreur et le défaut de discernement. En effet, si l'on reconnaît les impubères et les aliénés incapables de manifester une volonté éclairée, par suite de leur défaut absolu de discernement, ne doit-on pas aussi déclarer incapable celui qui manque de discernement par rapport aux faits particuliers qui ont déterminé cet acte de sa volonté? Il y a même quelques textes du Droit romain dont les expressions très générales semblent favorables à cette assimilation (1).

76. Cependant une analyse plus attentive doit la faire entièrement rejeter. Quand nous disons que l'erreur a déterminé la volonté, nous employons une locution fort impropre; c'est toujours celui qui agit, qui a donné à l'erreur cette force déterminante. La liberté de choisir entre des résolutions opposées était entière; tous les

(1) Fr. 20, *de aqua et aquæ pluvios*, D. — V. Thibaut, *Essais*, 22, n° 24. — Kern, *de Errore contrahentium*, Gæt, 4846. — Kritz, *de Erroris facti in emptione venditione effectibus*, Lips, 1813. — Voët, *ad Pandectas* (Gauthier), p. 328.

avantages que l'erreur faisait briller à ses yeux, il pouvait les refuser; ainsi donc, l'influence de l'erreur n'exclut nullement la liberté de la déclaration. Pour bien poser la question, il faut nettement distinguer la liberté elle-même de ce qui la précède dans l'âme de l'agent. La liberté est un fait isolé, seul exigé pour la formation des rapports de droit. Rattacher à ce fait un procédé préparatoire, l'en regarder comme partie intégrante, serait une tentative vaine et arbitraire. Mais le Prêteur prenant en main la cause de l'équité, viendra au secours de la partie induite en erreur, tantôt par la *restitutio in integrum*, tantôt par des *condictiones* désignées sous des noms différents, *condictio indebiti*, *condictio sine causâ*, *condictio causâ data causâ non secuta*.

77. Il y a deux sortes d'erreur : celle de droit et celle de fait : *ignorantia vel facti vel juris est* (1).

78. L'erreur de fait consiste soit à ne pas connaître l'existence d'une chose, soit à croire qu'elle existe d'une certaine manière, quand elle n'existe pas ou quand elle est autre que nous le pensons. Ainsi, j'ignore la mort d'un parent dont je suis héritier; je contracte avec un impubère que je crois pubère; j'achète un objet que je crois en or quand il est en cuivre. Voilà des cas dans lesquels il y a erreur de fait.

79. On appelle erreur de droit, la fausse appréciation des prescriptions juridiques : Ainsi, je paie une dette de jeu, croyant pouvoir y être contraint par les voies judiciaires; j'ai acheté un esclave atteint de vices rédhibitoires prévus par les édiles, mais je crois avoir deux ans pour intenter l'action; je sais que telle per-

(1) Fr. 1, pr., de *Juris et facti ignorant.*, D.

sonne est encore pupille, mais je crois les pupilles capables de contracter. Je me trompe sur le droit, je commets une erreur de droit.

80. Il faut poser en principe qu'on doit secourir plus facilement celui qui se trompe en fait que celui qui commet une erreur de droit. Souvent le premier a été dans l'impossibilité d'éviter son erreur; le second, au contraire, pouvait consulter le texte de la loi ou demander avis à un juriconsulte. Ce principe est ainsi formulé par Paul : *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (1). Toutefois, comme nous le verrons, cette règle reçoit des exceptions.

SECTION II.

De l'erreur de fait.

81. L'erreur de fait est excusable, qu'il s'agisse d'une perte à éviter ou d'un avantage à se procurer (*de damno vitando vel lucro captando*); mais celui qui s'est laissé induire en erreur, ne doit pas avoir à se reprocher une négligence impardonnable : *Crassa, supina ignorantia, summa negligentia, ignorantia deperditi et nimium securi hominis* (2). Dès lors, il faut dire que l'on ne pourra pas ordinairement invoquer l'erreur portant sur l'existence de ses propres actes; chacun doit savoir ce qu'il a fait (3).

82. Du reste, une fois l'erreur établie, ce sera à

(1) Fr. 9, pr., h. t., D.

(2) Fr. 3, § 4-6-9, § 2, h. t., D. — Fr. 45, § 4, de *Contrah. emp.* — Fr. 44, § 10, de *Ædilitio edicto*, D.

(3) Fr. 42, de *Diversis regulis*. — Fr. 17, ad s.-c. *Velleianum*, D.

l'adversaire à prouver que le plaignant est coupable de négligence. Ajoutons enfin, avec M. de Savigny, qu'on trouve souvent dans les textes des formules absolues dont il faut se défier : *Non videntur qui errant consentire* (1), ou bien, *nulla enim errantis voluntas est* (2). Ce sont des maximes signifiant seulement que, dans certains cas, le Préteur supposera l'absence du consentement ; car, du reste, dans un grand nombre d'hypothèses, l'erreur n'empêche pas que l'effet juridique soit produit. Ainsi pour les acquisitions de propriété (3).

83. L'erreur de fait peut porter sur divers éléments : 1° sur la personne avec laquelle on traite ; 2° sur la cause de l'acte juridique ; 3° sur la chose objet du contrat ; 4° sur les qualités de cette chose ; 5° sur la quantité.

A. Erreur sur la personne.

84. Dans les conventions à titre gratuit, l'erreur sur la personne amène nécessairement la rescision de ce qui a été accompli. Le donateur, évidemment, s'adressait à une personne déterminée ; il en est de même quand on a transigé avec un individu qui n'avait aucune qualité pour faire la transaction. Ainsi, j'ai cru *Primus* mon cohéritier, tandis que la succession avait été déferée à *Secundus* ; je transige avec l'héritier apparent : la convention est entachée d'erreur.

85. Dans les contrats à titre intéressé, on pouvait invoquer aussi l'erreur sur la personne, quand on avait en vue une habilité toute particulière à l'autre partie :

(1) Fr. 116, de *Diversis regulis*, D.

(2) Fr. 20, de *aqua et aquæ*. — Fr. 8-9, de *Juris et facti*, D.

(3) Fr. 36, de *Adquirendo rerum dominio*, D.

ainsi, quand on voulait traiter avec tel artiste et qu'on était trompé par une ressemblance de nom. Plusieurs docteurs allemands, Thibaut, Mühlhembrück, Richelman et Makeldey ont voulu à tort restreindre à ces cas l'application de ce principe (1); mais nous pensons, avec M. de Savigny, qu'il faut l'admettre dans sa généralité. Les décisions suivantes ne laissent aucun doute à cet égard : Si je crois recevoir de Gaïus un prêt que Sejus fait effectivement, il n'y a pas d'obligation contractée (2); Sejus, qui m'a donné l'argent dans l'attente que je deviendrai son débiteur, aura contre moi la condition ordinaire, *ob causam datorum* (3). Si je crois faire un prêt à Titius, homme riche, mais que je ne connais pas personnellement, et qu'on me présente un autre à sa place, le lien juridique ne sera point formé, la propriété de l'argent ne passera pas à celui qui l'a reçu, et même, s'il est complice de la fraude, il pourra être poursuivi comme voleur (4).

86. Du reste, dans les hypothèses où l'erreur peut être opposée, l'acte ne commence pas moins par produire ses effets; la tradition amène, par exemple, la translation de la propriété; les stipulations lient les parties; mais, soit les *conditiones*, soit l'*exception de dol*, soit la *restitutio in integrum*, viendront au secours de la partie lésée.

(1) Thibaut, *Pandekten*, II, pag. 444. — Mühlhembrück, pag. 338. — Mackeldey, p. 230, et surtout Richelman, p. 24-32, qui traite cette question avec profondeur.

(2) Fr. 32, *de Rebus creditis*, D.

(3) On a voulu appeler cette action *Juventiana condictio*, du nom de Juventius Celsus, auteur du texte cité des *Pandectes*. — Voir Glück, t. XII, p. 25; XIII, p. 200.

(4) Fr. 52, § 24, — Fr. 66, § 4, *de Furtis*, D.

B. Erreur sur la cause de l'acte juridique.

87. L'erreur sur la cause de l'acte juridique, est en général sans influence sur sa validité; lors même que le motif serait exprimé et se trouverait sans fondement (*falsa causa*), l'acte n'en serait pas moins valable. Ce principe régit même les donations, comme l'établit le jurisconsulte Pomponius : « *Damus ob causam præteritam ut etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniæ non sit;* » (1) mais si celui qui transfère la propriété avait en vue une chose que l'autre partie doit faire en retour, il y aurait lieu, en cas d'erreur, à la *condictio causa data causa non secuta*.

88. En outre, le motif déterminant peut, dans tous les actes juridiques, revêtir la forme d'une condition ou d'un *modus*; cela rentre alors, comme le remarque M. de Savigny, dans l'interprétation de l'acte (2).

89. Il y a enfin deux textes qui semblent en opposition, dans le cas où chacune des deux parties avait en vue une chose différente. Julien suppose la tradition d'un fonds faite par le propriétaire, qui se croit obligé *ex testamento* à un tiers, qui se croit créancier *ex stipulatu*. Alors, dit ce jurisconsulte : *constat proprietatem ad te transire* (3). Ulpien, dans une autre hypothèse, pense qu'il n'y a pas translation de propriété d'une somme d'argent qu'une personne livre, croyant faire une donation, et que l'autre reçoit comme un simple *mutuum* (4).

(1) Fr. 52, de *Condict. indeb.*, D.

(2) Fr. 31, de *Legatis*, 4^o. — Fr. 17, § 3, de *Conditionibus*. — Fr. 2, § 7. — Fr. 3, de *Donationibus*, D.

(3) Fr. 36, de *Adquirendo rerum dominio*, D.

(4) Fr. 18, de *Rebus creditis*, D.

On explique cette contradiction en disant, dans le premier cas : les deux parties ont eu une volonté commune, la *solutio*; il y a donc eu réunion de consentements, et, par, suite l'effet juridique doit être produit. Dans le second cas, au contraire, chacune des parties a eu en vue un acte différent; il n'y a pas *consensus in idem placitum*; donc, la propriété n'a pu être transférée.

C. Erreur sur la chose objet du contrat.

90. L'erreur sur la chose objet du contrat revêtant des formes très variées, présente aussi des difficultés très délicates; et d'abord, quand le rapport de droit a pour objet une chose désignée individuellement, s'il y a méprise sur cette individualité, il est évident qu'il n'y a point d'acte juridique. Ainsi, un testateur veut léguer une chose et il la confond avec une autre qu'il désigne; alors le legs n'est valable pour aucune de ces deux choses (1). Je crois acheter le fonds Cornélien, vous entendez me vendre le fonds Sempronien; il n'y a pas de contrat : *quia in corpore dissensimus, emptio nulla est* (2). Ce principe s'applique également au louage, à la société, aux stipulations et aux donations qui peuvent s'accomplir avec ou sans stipulation (3). Enfin, Ulpien décide que si un *procurator* livre une chose qui lui ap-

(1) Fr. 9, § 1, de *Hereditibus instituendis*. — Fr. 4, pr., de *Legatis*, 1^o, D.

(2) Fr. 9, de *Contrah. empt.*, D.

(3) Fr. 83, § 1, de *Verbor. oblig.* — Fr. 52, *locati conducti*. — Fr. 57, de *Oblig. et action*. C'est vraisemblablement au cas de l'erreur *in corpore* dans les contrats, que se rapporte ce texte si vague : *non videntur qui errant consentire*.

partient, en croyant livrer la chose du mandant, il n'y a pas translation de propriété : *quia nemo errans rem suam amittit* (1).

91. Dans un cas seulement, celui d'une contestation judiciaire, le malentendu sur l'individualité de la chose n'empêche pas la validité des actes juridiques ; si donc, après la sentence, le défendeur soutient qu'il n'avait pas en vue la même chose que le demandeur, sa prétention ne sera pas admise, car on pourrait aisément, par ce moyen, se faire un jeu des contestations judiciaires (2).

92. Mais doit-on assimiler à l'erreur sur le *corpus*, ce que les auteurs modernes désignent sous le nom impropre de *error in substantia*? et peut-on établir en cette matière un principe dominant que l'on peut traduire ainsi : *Quotiens in substantia erratur, nullus est consensus*?

On avait d'abord admis que l'erreur sur le sexe d'un esclave acheté ou stipulé aurait la même vertu que l'erreur *in corpore* (3); dans ce cas, il n'y avait pas contrat. Mais si on prend du bronze (4) pour de l'or, du plomb pour de l'argent, du vinaigre pour du vin, sans se tromper sur l'objet en lui-même, le lien juridique

(1) Fr. 35, de *Acquir. rerum dominio*, D.

(2) Fr. 83, § 1, de *Verborum oblig.* — *Actori semper*. — Mais il ne faudrait pas que le demandeur, par un exposé inexact, eût lui-même occasionné l'erreur. Indépendamment de ce cas, le défendeur se fera aisément restituer, si son erreur est vraisemblable et son intérêt justifié.

(3) Fr. 44, § 4, de *Contrah. empt.*, D.

(4) *OEs.* Ce métal dont les Romains faisaient un si grand usage et dont nous avons tant de monuments dans les ustensiles et les statues de l'antiquité, n'était pas du cuivre, mais un mélange dont le cuivre formait la base.

est-il parfait? C'est, par exemple, une table que j'ai cru être en or et qui est en argent doré. Si nous consultons les Fragments des jurisconsultes insérés dans les Pandectes, nous y trouvons une grande divergence. Ainsi, Ulpien décidait qu'il y avait nullité de la vente (1); Marcellus et Labéon étaient d'un avis contraire (2); Paul suivait l'opinion de Marcellus pour les stipulations, mais il accordait une indemnité (3).

M. de Savigny s'efforce d'expliquer ces lois par l'histoire. Il considère les opinions de Labéon et de Marcellus comme l'expression de l'ancienne doctrine; c'est aux temps de la jurisprudence classique qu'il rattache

(1) Fr. 9, § 2, de *Contr. empt.*, D.

(2) Fr. 45, de *Contr. empt.* — Ces mots, *quam sententiam et Pomponius* jusqu'à *quod ex eo contingit*, forment une parenthèse qui se rapporte à ce qui précède. Cela est indiqué par le changement de construction, car la proposition intermédiaire finit à *qui ait*; et la proposition suivante ainsi conçue, *quemadmodum tenetur*, ne peut plus être régie par *qui ait*. Il est plus certain encore que la proposition finale n'appartient pas à Julien; car, d'après la loi 41, § 4, il avait sur le vase de métal l'opinion opposée. — *Aurichalcum* ou *orichalcum* est le laiton, c'est à dire un mélange de cuivre et de calamine, comme nous l'apprennent les anciens, et non comme plusieurs l'expliquent, d'après une étymologie trompeuse, un mélange d'or et de cuivre; ce qui, pour la question qui nous occupe, donnerait un résultat opposé. Ce mot, qui est ordinairement substantif, est pris ici comme adjectif. Cette singularité peu importante, car ce mot est rarement employé, a donné lieu à la leçon de la Vulgate, *si vas aurichalci*, et à celle de Haloander, *si quis aurichalcum*. Cette dernière correction, qui ne s'appuie sur aucun manuscrit, doit être évidemment rejetée. — Ces mots *aurichalcum vendidisset*, rapprochés de ceux-ci, *aurum quod vendidit*, offrent une contradiction apparente; mais les deux expressions sont également justes. En effet, il a vendu du laiton en réalité; mais d'après sa promesse, selon les termes du contrat, il a vendu de l'or. Ainsi donc, *ut aurum quod vendidit præstet*, signifient: *il doit une indemnité à raison de l'or qu'il a promis*; et tel est l'objet de l'action *empti*.

(3) Fr. 22, de *Verbor. oblig.*, D.

l'adoption du principe, que l'*error in substantia* est une cause de nullité des contrats (1). Mais n'est-il pas plus simple, plus logique d'envisager les décisions des jurisconsultes romains comme le développement de la règle énoncée plus haut, à savoir que l'erreur de fait est toujours excusable quand elle n'est pas grossière?

93. En matière de stipulations, il est dit expressément que le contrat est valable, alors même que le créancier prendrait un vase de bronze pour un vase d'or (2). Pourquoi cette différence de principes? Le jurisconsulte Paul, par ces mots : *quoniam in corpore*, veut dire sans doute que l'*œquitas* appliquée à l'interprétation de la vente, ne peut s'étendre aux formes rigoureuses de la stipulation.

94. Quant aux donations, elles sont régies par les principes suivants : Si le donataire reçoit un vase de vermeil qu'il croit d'or, la donation n'en est pas moins valable, car il n'a aucun motif juridique à attaquer le contrat; et si le vase a une moindre valeur, il vaut toujours plus que rien. Si, au contraire, le donateur livre un vase d'or, le croyant en vermeil, la donation est nulle, soit que le donataire ait ou non partagé cette erreur.

94. L'erreur sur les accessoires n'empêche pas le contrat de valoir : Ainsi, j'ai acheté un fonds, croyant faussement que l'esclave *Stichus* faisait partie des *villici* qui le cultivent; j'ai acheté une maison, pensant qu'elle

(1) La conciliation de ces textes est très forcée dans Avenarius, *Interprét.*, I, 49, § 9, 10, qui du reste a approfondi cette question, et dans Richelman, pag. 69. La plupart des auteurs se tirent d'embarras en n'abordant pas cette difficulté.

(2) Fr. 22, de *Verbor. oblig.*, D.

contenait telle ou telle peinture; seulement on pourra, à l'aide des actions *empti et venditi*, faire rectifier les erreurs dont on croit avoir à se plaindre (1).

95. L'erreur sur la désignation nominale d'une personne ou d'une chose (*nomen*), n'est pas non plus une erreur essentielle, pourvu toutefois qu'elle ne tombe point sur la personne ou sur la chose, mais sur le nom seulement (2). De même encore, l'indication inexacte d'un rapport de droit est indifférente, si les parties, par ignorance, donnent une fausse dénomination à l'acte qu'ils ont voulu faire réellement (3). Enfin, peu importe que dans un testament le testateur, ou celui qui a écrit sous sa dictée, se trompe sur les chiffres, si d'ailleurs l'intention du testateur n'est pas douteuse (4).

D. Erreur sur les qualités.

96. En général, l'erreur sur les qualités n'était point une cause de nullité des conventions; quand on a cru, par exemple, des objets neufs, alors qu'ils avaient déjà servi : *Si quis vestimenta interpola pro novis emerit* (5). Les jurisconsultes Marcien, Trebatius, Julien et Pom-

(1) Fr. 34, de *Contr. empt.*, D.

(2) Pour l'institution d'héritier et les legs par rapport aux personnes, Fr. 46, § 4, de *Legatis*, 1^o. — Par rapport aux choses léguées, Fr. 4, pr., de *Legatis*, 1^o; — Fr. 28, de *Rebus dubiis*, D. — De même pour les contrats, Fr. 32, de *Verborum obligat.*; — Fr. 9, § 4, de *Contrah. empt.* — Pour le choix d'un juge, Fr. 80, de *Jud.* — Pour la tradition, Fr. 34, pr., de *Acquir. possess.*

(3) Fr. 36, 38, de *Contrah. empt.* — Fr. 14, pr., de *in diem addict.* — Fr. 46, de *locati conducti*.

(4) Fr. 9, § 2, 3, 4, de *Heredibus instituendis*, D.

(5) Fr. 45, de *Contr. empt.*, D.

ponius estiment qu'on devra indemniser l'acquéreur, s'il y a erreur de sa part.

E. Erreur sur la quantité.

97. Si le malentendu roule seulement sur la quantité: ou cette quantité est l'unique objet du contrat, ou elle se rapporte à une prestation réciproque; dans le premier cas, on regarde comme véritable objet du contrat, la quantité moindre, parce qu'il y a effectivement accord de volontés, quant à cette quantité (1); dans le second cas, il faut distinguer si celui qui doit fournir la quantité douteuse, l'a voulu plus grande ou moindre que l'autre partie contractante; s'il l'a voulu plus grande, le contrat est valable pour la quantité moindre; s'il l'a voulu moindre, il n'y a pas de contrat (2).

98. Il y a, du reste, une remarque curieuse à faire sur l'erreur: c'est que dans certains cas, elle fera valoir des conventions qui seraient nulles sans cela; ainsi, dans le cas du s.-c. Macédonien, si j'ai cru l'emprunteur père de famille, quand il ne l'était pas, j'ai néanmoins le droit de le poursuivre (3). Ainsi, *l'erroris causæ probatio* dans certains mariages, permet d'acquérir la puissance paternelle, malgré l'absence du *connubium*. Enfin, l'usucapion suppose toujours une erreur de fait dans le contrat qui lui sert de point de départ (4).

(1) Fr. 1, § 4, de *Verbor. oblig.*, D.

(2) Fr. 52, *locati cond.* En effet, celui qui offre dix pour prix d'un loyer, a par là même offert cinq: il y a consentement; mais le propriétaire qui veut louer dix, n'a aucun motif pour se contenter de cinq.

(3) Fr. 3, ad s.-c. *Macédonianum*, D.

(4) *Gains*, C. 1, § 67. — *Adde* Fr. 6, ad s.-c. *Velleianum*.

SECTION III.

De l'erreur de Droit.

99. Nous avons déjà défini l'erreur de droit, l'ignorance de la loi ou la fausse intelligence de ses préceptes; mais il faut bien prendre garde de confondre ces cas avec ceux où il y a erreur de fait. Ainsi, rapporter faussement une espèce à une règle, c'est commettre une erreur de fait; si on croit, par exemple, que les relations venant d'un *precarium* sont régies par les règles applicables au commodat.

100. En principe, l'erreur de droit ne peut pas servir de base à la restitution; car celui qui l'a commise est réputé en faute; pour que l'on puisse revenir sur l'erreur de droit, il faut se trouver dans des conditions exceptionnelles, qu'on peut, du reste, ramener aux trois règles suivantes :

a. — Quand l'espèce est si compliquée que les jurisconsultes eux-mêmes peuvent être embarrassés (1);

b. — Quand la règle est controversée entre les deux écoles ou bien entre les auteurs qui ont traité le même sujet;

c. Lorsque les règles établies par la loi tiennent à des statuts particuliers qui en font un droit arbitraire dont la conscience n'indique pas l'existence.

101. En matière de délits, on n'admet pas ordinairement l'erreur de droit, car c'est aux actes illicites qu'on applique surtout la maxime : *nemo censetur ignorare legem* (2).

(1) Fr. 40, de *Bonorum possess.*—Fr. 2, § 5, *quis ordo in poss.*, D.

(2) Fr. 42, de *Juris et facti*, C.

102. Ces principes simples recevaient des exceptions pour quelques personnes.

103. Les mineurs pouvaient ordinairement invoquer l'erreur de droit, si ce n'est quand ils avaient commis des actes contraires au droit des gens ; car pour certains délits du Droit civil, comme les contraventions de douanes ou les incestes résultant de l'alliance, on les excusait (1).

104. Les femmes étaient soumises à peu près aux mêmes règles que les mineurs. Chez elles, l'erreur de droit était excusable ; autrefois même on exagérait cette faveur quand il s'agissait de les empêcher de perdre ; mais on n'allait pas jusqu'à les restituer quand elles n'avaient pas acquis certaines donations. C'est à elles qu'il faut appliquer ce texte de Papinien : *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus; suum vero peccatis non nocet* (2). Ce principe est répété au Code de Justinien : *Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus soleat subveniri* (3). Enfin, en l'an 469, les empereurs Léon et Anthemius déclarèrent que les femmes ne pourraient plus invoquer l'erreur de droit que dans les cas prévus par les lois (4).

105. Les habitants des campagnes (*rustici*) qui n'ont reçu aucune éducation, sont aussi quelquefois déclarés excusables de n'avoir pas connu la loi. Ceci a lieu quand ils ont laissé passer les délais établis pour les

(1) Fr. 9, de *Juris et facti*. — Fr. 9, § 2, 4, 5. — Fr. 41, § 7, de *Minoribus*. — Fr. 38, § 4, ad *legem Juliam*, D. — Fr. 41, de *Juris et facti*. — Fr. 2, de *in integrum restitut.* — Fr. 1, si *adversus*, C.

(2) Fr. 7, de *Juris et facti*, D.

(3) Fr. 41, de *Juris et facti*, C.

(4) Fr. 13, de *Juris et facti ignor.*, D.

bonorum possessiones, quand ils ont négligé de produire des pièces dans un procès, lorsqu'il y a eu de leur part violation de quelques prescriptions rentrant dans le Droit pur (1). On se montrait encore indulgent quand les *rustici* avaient violé les dispositions de l'Édit sur l'*album corruptum*, s'ils manquaient de comparaître en justice au jour indiqué par la *vocatio in jus*, et enfin quand ils avaient ouvert le testament d'un homme assassiné, sans commencer par mettre les esclaves du défunt à la torture, comme l'exigeait le sénatus-consulte Silanien (2).

106. Les militaires pouvaient aussi, dans quelques cas, se faire restituer contre les erreurs de droit; mais ceci n'était pas un principe; on n'admettait cette prétention que dans des hypothèses particulières. Le cas le plus remarquable se trouve dans le testament militaire, qui valait alors même qu'il manquait de presque toutes les conditions exigées pour les autres testaments.

107. On se demande enfin si l'erreur de droit donne lieu à la *condictio indebiti*. Cette question avait été vivement discutée au beau siècle du Droit en France. Vinnius, qui résume le débat avec une netteté parfaite (3), nous apprend que Cujas, Doneau et Perez tenaient pour la négative (4).

Vinnius se range du côté opposé et donne, à l'appui de son opinion, des raisons qui me paraissent convaincantes.

(1) Fr. 8, *qui admitti*, C. — Fr. 1, § 5, *de Edendo*, D.

(2) Fr. 7, § 4, *de Juris dicti*, D.

(3) Vinnius, *Quest. select.*, 1, 47.

(4) Voir encore, pour la négative, Glück, Savigny, Thibaut; pour l'affirmative, Mülhembück, *Doctr. Pand.*, § 96, nos 4 et 10, et Vangerow, t. 1, p. 402.

1° La raison d'équité. — La *condictio indebiti* est une action *bonæ fidei*; *hæc actio ex æquo et bono introducta*(1). Conformément à ce principe de morale, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, il faut dire que celui qui a reçu ce qui n'était pas dû, est soumis à restitution, quel que soit le genre d'erreur qui a décidé le paiement.

2° Tout le titre des Pandectes consacré à la *condictio indebiti*, ne distingue pas entre l'erreur de fait et l'erreur de droit; il parle de l'erreur en général, parce que l'erreur vicie le consentement et substitue une volonté détournée du but qu'elle se proposait, à la volonté libre, sérieuse, réfléchie qui produit seule les obligations durables. Les juriconsultes romains ne retirent le bénéfice de l'action qu'à ceux qui connaissent bien leur position et leurs droits, *sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (2).

3° L'autorité imposante de Papinien vient à l'appui de cette doctrine; l'erreur de droit pas plus que l'erreur de fait ne peut nuire, *in damnis amittendæ suæ rei*. Mais, dit-on, *non laborat condicens de re amittendâ, sed de re amissâ*. Triste objection! Si la répétition est refusée, l'erreur de droit sera la cause d'un préjudice souffert; or, c'est ce que ne veut pas Papinien.

On nous opposera peut-être un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, *cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio* (3). Mais nous croyons que cette loi, en refusant la répétition de

(1) Fr. 44, 66, de *Condict. indebiti*, D.

(2) Fr. 4, § 4, h. t., D.

(3) Fr. 40, de *Juris et facti ignorantia*, C.

l'indu, n'a entendu parler que du cas où celui qui a payé, sans être tenu d'une obligation même naturelle, n'a fait cependant qu'obéir aux scrupules d'une conscience honnête; on peut citer en exemple, l'héritier qui paie intégralement les legs contenus dans le testament qui l'institue, sans se prévaloir de la loi Falcidie.

On dit encore : La répétition sera la source d'un profit; car, en recouvrant sa chose, celui qui a payé par erreur, semble l'acquérir de nouveau. La réponse de Vinnius est remarquable : *Lucrum non intelligitur nisi quod deducto damno superest; nihil autem amplius hâc conditione recuperatur quam damnum abtulit.*

DROIT FRANÇAIS.

Des preuves de la Filiation illégitime.

PLAN DE LA THÈSE.

PREMIÈRE PARTIE. — Partie philosophique et historique.

I. Partie philosophique.

II. Partie historique.

CHAPITRE PREMIER. — Des enfants naturels simples.

A. Législation des anciens.

B. Droit romain.

C. Droit canonique.

D. Ancien Droit français.

E. Droit intermédiaire.

F. Droit actuel.

CHAPITRE II. — Des enfants naturels, adultérins et incestueux.

SECTION PREMIÈRE. — De l'adultère.

SECTION II. — De l'inceste.

DEUXIÈME PARTIE. — Partie doctrinale.

CHAPITRE PREMIER. — De la filiation naturelle simple.

SECTION PREMIÈRE. — De la preuve par un acte de reconnaissance.

§ 1. En quelle forme se fait la reconnaissance.

§ 2. Par quelles personnes peut être faite la reconnaissance.

§ 3. Quels enfants peuvent être reconnus et à quelle époque ils peuvent l'être.

§ 4. De l'action en contestation d'état.

SECTION II. — De la preuve par témoins.

§ 1. Recherche de la paternité.

§ 2. Recherche de la maternité.

§ 3. Dispositions communes à la recherche de la paternité et à la recherche de la maternité.

SECTION III. — De la preuve par la possession d'état.

CHAPITRE II. — De la filiation adultérine ou incestueuse.

SHORT PRIZES

1. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

2. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

3. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

4. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

5. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

6. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

7. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

8. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

9. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

10. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

11. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

12. The prize for the best paper on the subject of the history of the...

PREMIÈRE PARTIE.

Partie Philosophique et Historique.

« Il a fallu flétrir le concubinage ; il a donc fallu flétrir les enfants qui en étaient nés. »

MONTESQUIEU, *Esprit des Loix*,
liv. XXIII, chap. 6..

I.

PARTIE PHILOSOPHIQUE.

1. Paternité et filiation sont des termes corrélatifs exprimant des qualités dont l'une suppose toujours l'autre : le premier, celle de père ; le second, celle d'enfant.

2. Des droits et des obligations sont attachés à l'état de famille, et l'intérêt de chacun se trouve ici engagé au plus haut point ; l'intérêt public n'y joue point un moins grand rôle. Les liens de famille sont, si j'osais dire ainsi, le ciment de la famille civile, et dès lors aussi de la société politique, qui n'est elle-même qu'une des formes de la société civile ; il n'y aurait point de patrie, point de nationalité dans une agrégation d'individus isolés, étrangers les uns aux autres et déshérités de cette communauté d'origine, de cette solidarité du sang, première source des affections privées et de l'amour du pays.

3. Il était impossible d'élever au même rang, l'enfant du mariage, l'enfant simplement naturel, l'enfant incestueux ou adultérin.

Le premier est le fruit d'une union que la loi encourage et honore. A lui donc et à lui seul la plénitude des droits de famille !

Le second doit le jour à une faute condamnable; aussi n'aura-t-il que des droits beaucoup moindres.

Le troisième enfin, l'enfant adultérin ou incestueux, est la preuve vivante de la violation des principes les plus sacrés de la morale et des garanties les plus essentielles du bon ordre et de la société des familles. Pour lui donc, rien le plus souvent, et toujours le moins possible !

4. Il en résulte nécessairement une grande différence dans les modes de prouver la filiation. La filiation légitime, c'est la famille. Or, la société toute entière est intéressée à la formation des familles qui la constituent et la conservent. La filiation légitime produit des droits de la plus grande importance dont il fallait prendre garde de priver l'enfant. La filiation légitime, enfin, n'a rien que d'honorable pour l'épouse et pour le mari qui en sont les auteurs.

5. Bien différente est la filiation naturelle ! La société n'a certes point intérêt à la révélation des fautes qui la produisent; l'intérêt de l'enfant lui-même est beaucoup moins précieux. La filiation naturelle, et c'est bien justice, entache l'honneur de la personne, de la femme surtout à laquelle on l'impute.

6. Le législateur a donc pu et dû soumettre à des garanties plus sévères le mode de prouver cette dernière filiation. Cette distinction ne repose pas du reste uniquement sur des considérations de moralité et de décence; le soin même que l'on prend pour dissimuler l'existence de l'enfant naturel, laisse planer sur l'origine de celui qui réclame une filiation de cette nature, des

doutes qui semblent ne pouvoir se dissiper qu'au moyen de renseignements non suspects (1).

7. « Nous n'avons plus à nous occuper, disait le tribun Duveyrier dans son discours au Corps législatif, de cette portion brillante de la société, de ces enfants que le mariage a revêtu de sa dignité et comblés de ses faveurs; nous pouvons les laisser sans regret sur le sein de leur mère, dans les bras de leur père, au milieu des parents, des amis qui couvrent leur berceau de fleurs et qui promettent à leur vie entière la protection bienveillante de la famille, et celle plus précieuse encore de la société. Tournons notre attention compatissante sur ces enfants malheureux, condamnés en naissant à subir la faute d'être nés, objets innocents de la honte qui les cache et les méconnaît, repoussés par la société qui les condamne, et jetés loin de toute famille, sans autre consolation que les caresses furtives de la nature, sans autres droits que ceux de la pitié, et trop souvent sans autre asile que celui de la loi. »

8. Le devoir d'un philosophe serait de s'enquérir si les enfants naturels doivent être placés sur la même ligne que les descendants légitimes; nos mœurs actuelles, conformes aux lois romaines et à notre ancien Droit, donnent à ces derniers la préférence, et pourtant combien de grands esprits hésitent à se prononcer devant la personnalité de la peine! Le plus souvent le bâtard est le produit furtif d'une union accidentelle, d'une erreur de jeunesse, d'une passion à laquelle la loi met des obstacles; et le plus souvent aussi cet enfant, dont l'origine ne peut être avouée au grand jour, se trouve aban-

(1) Bonnier, *Traité des preuves*, p. 139.

donné, réduit à la misère, et à peine si dans sa vie insouciant se glisse quelque aspiration vers le rang qu'il semblerait devoir occuper. Sans liaison dans le passé, quelquefois sans aide, sans appui, il fonde sur lui-même son avenir. Si dans la réussite il éprouve ce besoin si naturel de faire partager ses succès à ceux qui lui ont donné la vie, si dans l'infortune il veut chercher une main pour le soutenir, la loi, le monde sont là pour l'arrêter. Il est sur la terre, et si son âme est noble et élevée, il devra en cacher les élans; il pourra mourir, plaint peut-être par ses auteurs, mais sans qu'un aveu public vienne lui donner le droit de croire à son origine.

9. Et évidemment cet isolement est la source de tous ces actes répréhensibles auxquels sont poussés les enfants naturels par le manque de moyens de subsistance, par l'impossibilité de se faire accepter dans le monde. La dépravation des mœurs dans les grands centres, dans les villes manufacturières surtout, où tous les jours se trouvent en rapport des personnes non mariées, donne naissance à un nombre extraordinaire d'enfants naturels, pour lesquels la misère commence au premier jour et n'a point d'autre terme que celui de la vie. Avant saint Vincent de Paul, on vendait les nouveaux nés vingt sols tournois aux femmes de la campagne; les entrailles de l'Eglise s'émurent d'une profonde douleur; alors sortirent de son sein ces filles héroïques de la charité dont les légions remplissent aujourd'hui nos villes, ces vierges-mères, selon la grâce, des enfants du libertinage! Alors s'élevèrent d'âge en âge de nombreux et magnifiques asiles pour les enfants trouvés. A mesure que le libertinage a multiplié ses victimes, l'Eglise a dilaté ses entrailles

et multiplié ses prodiges de charité (4). Mais le nombre des enfants naturels est aujourd'hui si considérable, que ces établissements qui leur sont consacrés ne suffisent plus pour les soustraire à la misère, et tous les jours ce nombre augmente ! En 1844, il existait déjà 404 tours pour les recevoir ; c'était un grand progrès, quand tout à coup le gouvernement voulut les réduire et les déplacer. Il lui vint à l'idée d'échanger les enfants de départements en départements, pour qu'ils ne s'attachassent pas à la nourrice qui leur servait de mère, pour dépayser la tendresse. Mais il n'avait fallu qu'une parole de M. de Lamartine pour émouvoir la France et prouver que cette mesure ne ferait que multiplier les infanticides. On voulait faire des économies, et l'on oubliait, dit M. Esquiros, « que toute économie opérée aux dépens de la morale et de la charité, est onéreuse pour un État : si peu que coûte l'oubli des devoirs de la charité, cet oubli coûte toujours trop cher. »

10. Un examen plus approfondi nous entraînerait trop loin. Nous voulons constater qu'en règle générale, les enfants naturels forment en grande partie une seconde classe dans la société, classe presque toujours malheureuse. Toutefois des cas assez fréquents contredisent ce fait. Combien trouvons-nous de bâtards illustres depuis Guillaume-le-Conquérant, Dunois, le maréchal de Saxe, D'Alembert, Delille, jusqu'à tant d'autres personnages que nous pourrions citer ! Lorsque par le caractère ou le génie ces hommes se sont élan-

(4) Voir un Mémoire sur les enfants nés hors du mariage, présenté à l'Académie de Législation de Toulouse, par l'éminent doyen de la Faculté de Droit, M. Delpech. (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1853, tome II, 4^e livraison, p. 77.)

cés hors de la sphère inférieure où ils étaient à l'origine, leur puissance les soutient et leur naissance n'est plus un motif de répulsion. Si la corruption des mœurs énerve les races, n'est-ce point, d'un autre côté, par un oubli qu'une race affaiblie peut se relever? Lycurgue, chef d'une véritable communauté, permettait des liaisons après lesquelles le père putatif s'éteignait heureux d'avoir vu reflleurir, grâce aux soins d'autrui, une tige menacée de stérilité; et c'est aujourd'hui un point reconnu par les historiens, que, chez certains peuples, l'accueil le plus noble que l'on peut faire à un étranger, consiste dans l'abandon de ce que l'hôte a de plus cher, de sa femme, de sa fille.

11. Ces plaintes sont sérieuses. Que s'est-il donc présenté contre elles de si puissant qu'on ne les écoutât pas? le mariage. Le mariage, société indissoluble de l'homme et de la femme, est, comme le proclame M. Delpèch, « la forme divine qui sanctifie et féconde leur union, la seule forme génératrice de la famille et de la moralité sociale. Le concubinage est le chancre qui déshonore et corrompt incessamment ce type divin de la société humaine; les bâtards sont les fruits parasites de cette union » (1). Après tout, la loi ne les bannit pas de la famille; elle les laisse dans l'état où ils ont été conçus; hors de la société domestique où le vice les a engendrés : *foras!* d'où vient le nom de *forcs* qu'on leur donnait autrefois. La loi n'est donc pas injuste. Elle le serait si, contrairement à leur nature, elle accorderait à ces enfants les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, le nom, l'hérédité, les titres qui appartiennent essen-

(1) *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, h. cit., p. 76.

tiellement et exclusivement à la filiation légitime.

12. Par cela même que l'amour sensuel est la passion la plus ardente et la plus universelle, elle est aussi la plus aveugle et la plus funeste, celle qui a le plus besoin de compression pour être contenue dans les voies de sa destination providentielle. Cette destinée, c'est l'union parfaite de l'homme et de la femme, qui assure à la fois la conservation morale et physique de l'espèce humaine; cette union parfaite, c'est le mariage avec les caractères d'unité, d'indissolubilité, de sainteté, de fidélité que les lois divines et humaines ont sanctionnées :

« L'œuvre de la chair ne désireras qu'en mariage seulement. »

Voilà la règle souveraine de cet ordre moral. La physiologie, d'accord avec ce précepte, a démontré que la monogamie suffit aux besoins de l'homme; l'expérience de tous les temps a prouvé que la plus légère atteinte portée à ce précepte, par la doctrine ou par les lois, conduit par une pente irrésistible aux plus effrayants désordres.

13. « Élevez les bâtards à la dignité d'enfants légitimes, donnez-leur les mêmes privilèges, tous les hommes licencieux déclineront ou briseront le joug du mariage; bientôt le divorce sera la conséquence logique de ce premier relâchement, et la polygamie la conséquence du divorce; l'on aboutira, enfin, à cette négation abrutissante de Fourier : « Il n'est pas vrai que Dieu ait créé la plus belle des passions pour la réprimer, comprimer et opprimer au gré des législateurs et des moralistes. Dieu a créé l'homme pour des *mœurs Phœnagogames* » (1).

(1) M. Delpech, *hoc. cit.*, p. 74.

14. La politique même exige qu'on protège le mariage. Le mariage impose des charges ; l'on a voulu lui donner une compensation ; si vous placez la bâtardise au même rang que l'union légitime , si les enfants du mariage ne sont pas plus honorés que les enfants naturels, vous laissez l'homme livré à l'égoïsme, vous organisez la chute de la famille ; et cette chute, c'est la décadence de l'État.

15. Un père de famille est un ennemi constant des agitations civiles ; la moindre insurrection populaire le fait trembler. Dieu tutélaire d'une épouse sensible et d'une famille nombreuse, il ne soupire qu'après leur bonheur et après la tranquillité du pays. Le célibataire voit au contraire d'un œil indifférent s'élever un orage révolutionnaire ; ses affections étant concentrées dans son individu, il calcule froidement s'il ne doit pas secouer lui-même la torche fatale ; et si le danger devient pressant, au lieu de se dévouer courageusement, il préfère abandonner sa patrie et désertier honteusement la cause commune.

16. Ainsi, la nécessité de protéger la sage institution du mariage, de l'avantager dans ses résultats, pour qu'on le recherchât plus généralement ;

Une juste compensation à donner aux charges qu'il impose ;

Le fondement de la famille dans l'union de l'homme et de la femme, pour que la procréation des enfants, fût, non pas un hasard, mais un but ;

Le moyen d'arrêter le plus possible la dépravation des mœurs,

Tels sont les motifs qui ont guidé le législateur.

II.

PARTIE HISTORIQUE.

17. Il y a deux sortes de filiation hors mariage : 1^o la filiation naturelle simple ; 2^o la filiation naturelle adultérine ou incestueuse. Les principes qui les régissent sont tout à fait différents.

Les concubins, libres de s'unir en mariage au moment de la conception de leurs enfants, ont péché contre la loi morale et universelle qui interdit l'œuvre de la chair hors du mariage ; mais ils n'ont failli que dans la chair, et la chair est faible ! La possibilité et aussi la pensée du mariage, qui le plus souvent se mêle à l'amour sensuel, atténue leur faute ; la perspective du mariage, qui doit réhabiliter leur état et celui de leurs enfants, les place sous un jour favorable aux yeux de la loi.

Les fornicateurs adultères ou incestueux ont commis un double crime contre les lois divines et humaines : En violant la loi générale de continence, ils ont violé ou la loi de fidélité promise au mariage (c'est l'adultère), ou la loi non moins sacrée qui interdit tout commerce charnel entre les membres de la famille intime, afin que les affections domestiques ne dégèrent pas en libertinage. A l'égard de ces fornicateurs, l'espérance du mariage ne peut exister ; cette pensée ne ferait qu'aggraver leur crime et ne saurait conséquemment atténuer les rigueurs de la loi.

Ces deux espèces de filiation illégitime vont donc former l'objet de deux chapitres distincts.

CHAPITRE 1^{er}.

Des enfants naturels simples.

A. — Législation des anciens.

18. Les nations les plus reculées ont honoré le mariage et flétri le concubinage. Avant Moïse, tout commerce libre entre les hommes et les femmes publiques n'était pas défendu (1). Mais ce grand législateur, pour éviter les contestations nombreuses qu'excitait la naissance d'un enfant au milieu de la prostitution et pour fixer le sort des familles, proscrivit toute liaison formée hors du temple de l'hymen (2).

19. Dans la Grèce, le concubinage était également voué à l'opprobre public. Dans les derniers temps, les enfants qui naissaient d'un commerce libre étaient traités aussi rigoureusement que des étrangers ; ils n'avaient, comme ceux-ci, aucunes qualités civiles, aucun droit de famille, aucun droit de successibilité ; on leur refusait même l'avantage de participer aux cérémonies religieuses. « *Notho*, disait la loi, *nothæve cognationis jus nullum esto, nequidem in iis quæ sive sacra, sive publica spectant ; neque enim nothi heredes scribi poterant* » (3).

20. A Athènes, une loi de Solon refusait le droit de

(1) Histoire de Judda et Thamara, rabbins des Juifs. — V. aussi la Bible et l'histoire de Joseph.

(2) Non sit meretrix aut quæ pro lubitu sine nuptiis copiam corporis sui faciat, ex filiabus Israël. (*Deutéronom.*, 23, vers. 17.) — *Lévit.*, chap. 18, vers. 9. — Seldenus, lib. v, cap. 40, *de jure naturali gentium, juxta disciplinam Ebræorum*. — D'Expilly, dans son 17^{me} plaidoyer, n^o 20.

(3) D'Expilly, *ibidem*, n^o 46 et suivants.

bourgeoisie aux bâtards. Cependant quand Périclès perdit Paralus, le dernier de ses fils légitimes, le peuple, touché de sa douleur, lui permit de faire inscrire un bâtard qu'il avait eu d'Aspasie, sur les registres de sa tribu et de lui donner son nom ; c'était une sorte d'adoption (1).

B. — Droit romain.

21. Aucun peuple sur la terre n'a manifesté autant de respect pour le mariage et autant d'horreur pour les unions criminelles, que le peuple romain. On ne trouve dans ses lois que distinctions, que privilèges établis en faveur des époux et de leurs enfants ; que prohibitions, que peines infamantes portées contre ceux qui se livraient à un commerce criminel, et contre les fruits de ce commerce.

Pour procéder avec méthode, nous allons successivement nous occuper des enfants naturels proprement dits, *liberi naturales*, et des enfants nés d'une femme publique, *spurii* (2).

1° Des *liberi naturales*.

22. Si le concubinage n'était point flétri par la morale chez les Romains, comme il l'est parmi nous ; s'il était même toléré par la loi civile, c'est qu'il n'était pas alors ce qu'il est aujourd'hui (3).

A Rome, le concubinage n'était pas, comme en France,

(1) Samuel Petit, *Comment. in leges Atticas.*, tit. 4, p. 439.

(2) D'Aguesseau, t. 7, p. 384.

(3) Fr. 444, de *Verborum significatione*, D.

une liaison formée par la main du plaisir et que l'inconstance des hommes dissout presque aussitôt; c'était quelquefois une union aussi heureuse et aussi durable que le mariage : « *Concubinatus est quoddam juris naturalis matrimonium legibus permissum, quod perpetuam et individuum vitæ societatem contineret ex voto contrahentium, non secus ac nuptiæ* » (1).

23. Aussi, pour contracter cette union, pour former ce lien figuratif du mariage, la concubine devait réunir toutes les qualités que le Droit naturel exige dans l'épouse légitime.

a) Il était défendu à un citoyen de prendre une concubine, avant qu'elle eût atteint, ainsi que lui, l'âge prescrit pour le mariage (2);

b) Le même individu ne pouvait avoir deux concubines à la fois (3);

c) Tant que sa femme vivait, un mari ne devait pas aspirer au concubinage (4);

d) La concubine du père décédé ne pouvait devenir celle du fils ou du petit-fils (5);

e) Le fils qui avait entretenu un commerce criminel avec la concubine de son père, encourait la peine de l'exhérédation (6);

f) Une maladie, et même la démence ou la fureur, ne rompait pas le concubinage (7).

(1) Pothier, dans ses Pandectes, tit. de *Concubinis*.

(2) Fr. 1, de *Concubinis*, D.; — § 1, de *Nuptiis*, Inst.

(3) Nov. 48, cap. 5.

(4) L. *Uncia de concubinis*, C.

(5) Fr. 1, § 3, de *Concub.*, D. — Fr. 36, de *Ritu nuptiarum*.

(6) Novel. 115, cap. 3, § 6.

(7) Fr. 2, de *Concubinis*, D.

Enfin, le concubinage avait une foule de rapports avec le mariage; mais il y avait entre eux une différence énorme dans tout ce qui concernait l'honneur, la dignité et les prérogatives de la mère, l'état et les droits des enfants (1).

24. Quoique la loi civile n'encourageât nullement le concubinage, elle accordait quelque considération aux enfants qui en étaient issus et ne les confondait point avec les fruits du libertinage et de la débauche. Les enfants des concubines, il est vrai, n'étaient pas traités aussi favorablement que les enfants légitimes; ils ne jouissaient pas des privilèges de la famille, mais seulement des droits de cité; ils n'étaient point placés en puissance paternelle, mais ils avaient droit à des aliments (2).

25. Tel était l'état politique et civil de ces enfants. Cependant, leur situation était constatée avec soin; cette formalité était même d'autant plus nécessaire, que la loi civile reconnaissait le lien naturel qui les unissait entre eux ou qui les rattachait à leurs parents légitimes.

26. Bien qu'on tint à Rome, du moins pour les naissances, des registres réguliers à partir du règne de Marc-Aurèle (3), il paraît certain qu'on admit toujours la liberté indéfinie de la preuve testimoniale en matière de questions d'état. *Si vicinis vel aliis scientibus*, dit l'empereur Probus, *uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta*

(1) Voët, ad titulum.—D'Aguesseau, t. 7, p. 383.

(2) Qui ex concubinato nascuntur non sunt justi liberi, nec ipsi jura familiæ et gentis habent nec pater in ipsos jus patriæ potestatis. (Pandectes de Pothier, tit. de *Concubinis*.)

(3) Julius Capitolinus, *Vie de Marc-Aurèle*, § 9.

est; quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sint, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptæ filicæ, suam habet potestatem (1).

Une seule dérogation à cette extrême latitude paraît avoir été introduite en ce qui touche l'ingénuité, à laquelle les Romains attachaient une haute importance (2), de même qu'aujourd'hui il existe en Amérique un préjugé enraciné contre les hommes *de couleur*. La preuve orale ne pouvait suffire pour établir l'état d'ingénu (3).

27. La religion chrétienne chercha longtemps à faire disparaître le concubinat. L'empereur Léon le Philosophe, finit par abroger les lois qui l'avaient permis, comme une erreur honteuse du législateur, contraire à la religion et à la décence naturelle. « Pourquoi, dit-il en faisant allusion au mariage, pourquoi, tandis que vous pouvez boire à une source pure, aimeriez-vous mieux vous abreuver à un borbier ? » (4)

2° Des *spurii*.

28. Les Romains appelaient femme publique (*meretrix*), la fille qui se prostituait publiquement et vendait ses faveurs au premier venu : *Meretrix dicitur quæ palam, id est passim, sine dilectu, corpore quæstum facit* (5). Les fruits que produisait quelquefois ce rapprochement honteux, étaient désignés par les lettres majuscules

(1) Fr. 9, de *Nuptiis*, C.

(2) Tit. de *Collusione detegenda*, D.

(3) Fr. 2, de *Testibus*, C.

(4) Novel-Leonis, 91.

(5) Fr. 43, de *Ritu nuptiarum*, D.

S. P. *id est sine patre*, ou autrement *spurii* (1), parce que, dans le fait, autant vaut ne point avoir de père que d'en avoir un qu'on ne peut réclamer : *Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet* (2). La loi était tellement sévère contre les enfants d'une femme publique, qu'elle ne permettait point au père de les avouer, alors même qu'il aurait prétendu que leur mère était sa concubine, parce qu'un commerce entretenu hors du domicile de l'amant, ne pouvait pas jouir de la faveur du concubinage (3).

C. — Droit canonique.

29. Il est assez surprenant que l'Église, dont le beau rôle, sans contredit, est de veiller à la conservation de la morale et de la droite conduite, se soit montrée dans le principe si tolérante en ce qui touche les différentes sortes d'unions entre l'homme et la femme. Nous trouvons, en effet, dans un décret du Concile de Tolède tenu en 589 : « *Cæterum qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet et communione non repellatur, tantum est unius mulieris aut uxoris aut concubine (ut si placuerit) sit conjunctione contentus.* » La Gaule échappait à la domination romaine ; les Francs l'envahissaient peu à peu. C'était une belle conquête pour le catholicisme ; mais pour y arriver, l'Église devait user de ménagements ; et quand les armes des Francs ne souf-

(1) *Spurii* appellatur a satione, *παρὰ τὴν σποράν*, id est, promiscue, sparsim ; Fr. 23, *de statu hominum*, D.

(2) *Ibidem*, D.

(3) Brodeau sur Touet, let. D, somm. 1, no 1. — Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, chap. 2.

fraient pas d'obstacles, ce n'était pas le moment d'en apporter à leurs instincts, comme cela se fit plus tard. Aussi voyons-nous nos rois presque tous avec plusieurs concubines, et leurs bâtards placés au même rang que les enfants légitimes. On reconnaît dans ces unions très souvent passagères, un demi-mariage, *semi-matrimonium*, et dans la femme, presque une épouse, *semi-conjux*, comme le constate l'historien Giaccone, cité par le président Hénault.

30. Mais on trouve dans les Décrétales plusieurs Constitutions qui ne permettaient pas aux enfants naturels d'aspirer aux honneurs et aux dignités ecclésiastiques, sans dispense du Pape (1).

a) On ne les admettait point aux Ordres sacrés, mais seulement dans les communautés religieuses (2);

b) Le Droit canonique les excluait des successions paternelle et maternelle; mais moins sévère en cela que le Droit romain, il leur assurait des aliments que celui-ci leur refusait (3);

c) Les Décrétales permettaient aussi aux père et mère de légitimer leurs enfants, mais seulement par le mariage (4).

Ainsi, guidée toujours par la morale chrétienne, sévère dans sa doctrine, l'Église savait mettre à côté de la rigueur un remède facile, en favorisant les légitimations.

D. — Ancien Droit français.

34. Le concubinage n'était point toléré en France; on ne connaissait point d'enfants, appelés à Rome, li-

(1) V. Décrét., tit. de *Filiis Presbyt. ord. vel non.*

(2), (3) et (4) D'Aguesseau, *Dissertation sur les bâtards.*

beri naturales. Tous ceux qui étaient nés *ex soluto* et *solutâ*, étaient rangés dans la même classe : ils étaient *spurii* et étaient qualifiés bâtards.

32. La preuve de la filiation naturelle était autrefois très-facile : non-seulement elle pouvait résulter de l'aveu du père et de la mère, mais notre ancienne jurisprudence autorisait la preuve judiciaire de la paternité même comme de la maternité; c'était le règne de la maxime : *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantem esse* (1), maxime féconde en abus et en scandales, qui est encore aujourd'hui observée en Suisse, mais que notre ancien Droit n'avait pas admis sans quelques réserves. Cette ainsi qu'elle n'était pas applicable à la fille de mœurs suspectes, *meretrici*; qu'elle ne pouvait être invoquée contre un homme marié, *ne alioquin et turbetur matrimonium*, et que plusieurs en étaient même venus à la restreindre à la déclaration de la servante contre son maître; en aucun cas, d'ailleurs, la déclaration de la fille ne suffisait pour faire condamner l'homme qu'elle désignait comme père à payer les frais de gésine; il fallait qu'elle fût appuyée de quelques présomptions, comme, par exemple, de la preuve plus ou moins précise des relations qui avaient existé entre cet homme et la mère de l'enfant (2).

33. Mais combien d'innocents furent sacrifiés à ce système dangereux? combien d'hommes chastes et vertueux sont devenus pères en vertu de cette maxime? combien de filles déhontées ont menti à leur conscience,

(1) Fabre, *Codex definit*, lib. iv, tit. 14.

(2) Comp. Duparc-Poulain, t. viii, p. 413, ancien Denizart, t. ii, v^o *Grossesse*, n^o 15.

même au milieu des convulsions du plus pénible accouchement !

Les inconvénients qui pouvaient résulter de cette latitude d'actions et de preuves étaient absorbés et dominés par cet adage : *Necare videtur qui alimenta denegat.*

34. C'est surtout à la voix éloquente du célèbre avocat-général Servan qu'est due l'abolition de la maxime : *Creditur virgini.* « Je ne vois pas comment, s'écriait ce magistrat devant le Parlement de Grenoble, on peut concilier la maxime du président Faber, avec cette protection que la justice doit aux citoyens. A l'abri des lois, chacun doit être tranquille comme sa conscience ; et où sera cette sécurité, cette confiance dans le commerce des deux sexes que nos mœurs autorisent ? Une fille sera donc un piège public ! On ordonnait à Sparte de s'arrêter, par respect, devant une femme enceinte ; et nos citoyens seront obligés de fuir devant une fille qui a le malheur de l'être ; chacun tremblera qu'en détournant sur lui ses regards, elle ne l'infecte de la paternité. »

35. Mais, en revanche, notre ancien Droit accordait très peu d'effets à la filiation naturelle, et traitait fort durement les *bâtards*, terme de mépris qui exprimait la flétrissure et les incapacités dont les enfants naturels étaient frappés, et que, par ce motif sans doute, le Code Napoléon a évité de reproduire.

36. Telle était la condition des bâtards, sauf les diversités qui résultaient alors en toutes choses des nombreuses Coutumes qui se partageaient le royaume, et sauf aussi l'odieuse *différence*, selon la juste expression du nouveau Denizart, qui s'était dès longtemps établie

au profit des bâtards nés des grands seigneurs (1).

E. — Droit intermédiaire.

37. Cette époque est marquée par une double réaction qui modifie tout à la fois, en sens contraire, le mode de preuve et les effets de la filiation naturelle. Tandis que d'un côté les lois intermédiaires soumettent à des garanties plus sévères les preuves de cette filiation et suppriment même, à vrai dire, déjà la recherche de la paternité, elles vont, d'un autre côté, jusqu'à effacer toute différence entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, en accordant à celui-ci les mêmes droits. Telles sont les dispositions de la loi du 12 brumaire an II (art. 2 et 8), du moins pour ce qui concerne les enfants nés hors mariage, dont les père et mère étaient décédés après le 14 juillet 1789 (art. 1); car, aux termes de l'article 10 : « A l'égard des enfants nés hors mariage, dont les père et mère seront encore existants lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seront en tous points réglés par les dispositions du Code. » Et la loi du 14 floréal an X, prévoyant ce que la loi du 12 brumaire avait omis, savoir, le cas où les père et mère de l'enfant naturel viendraient à mourir avant la promulgation du Code civil, déclare aussi (art. 1) : « Que l'état et les droits des enfants nés hors du mariage, dont les père et mère sont morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la *Paternité*

(1) T. III, v^o *Bâtard*, § 2, n^o 3. — D'Aguesseau, *Dissertation sur les bâtards*, t. VII, p. 381. — Chabrol, sur l'art. 47, chap. 44 de la Coutume d'Auvergne, t. II, p. 473.

et la *Filiation*, et sur les *Successions*, sont réglés de la manière prescrite par ces titres » (1).

F. — Droit actuel.

38. Le Code Napoléon, il faut le reconnaître, a sagement évité les deux écueils dans lesquels les législations précédentes étaient successivement tombées. Plus sage que l'ancien Droit, il a soumis à des garanties prévoyantes les modes de preuve de la filiation naturelle ; plus sage que le Droit intermédiaire, il a conservé la différence qui doit séparer l'enfant naturel de l'enfant légitime. Ainsi, le Code civil a compris les véritables intérêts de la société, en maintenant l'honneur du mariage et des familles, sans sacrifier pourtant les enfants naturels, victimes innocentes de la faute de leurs auteurs, et dont il importe à l'État lui-même que la filiation et les moyens d'existence soient autant que possible assurés.

CHAPITRE II.

**Des enfants naturels adultérins
ou incestueux.**

39. Ce chapitre doit naturellement se diviser en deux sections.

(1) Loi du 4 juin 1793, du 12 brumaire an II, du 13 vendémiaire an IV art. 13, du 26 vendémiaire an IV, du 15 thermidor an IV, du 2 ventose an VI, et comp. Cass., 15 janvier 1811, 12 avril 1820, 6 février 1833. — Merlin, *Questions de Droit*, v^o *Légitimité*, § 2, et *Répert.*, t. XVI, v^o *Effet rétroactif*, section 5, § 3.

SECTION PREMIÈRE.

De l'adultère.

40. L'adultère est le commerce illégitime d'une personne mariée avec une personne libre ou mariée.

41. L'adultère a été regardé comme un crime par tous les peuples, il a été défendu par toutes les religions et a été puni par tous les législateurs. Qu'on daigne, en effet, réfléchir sur les conséquences désastreuses qu'entraîne ce commerce criminel : Par lui, l'harmonie conjugale est troublée, le bonheur des époux est détruit, le temple domestique devient le théâtre des plus affreuses dissensions.

Moïse ordonna que l'époux adultère fût lapidé par le peuple.

Lycurgue voulut que le coupable fût puni comme le parricide. Souhaiter à un Lacédémonien que sa femme devint adultère, c'était le vouer à l'exécration, c'était lui souhaiter plus que la mort.

A Rome, l'empereur Auguste trouva ce commerce si contraire au bien de la société, qu'il permit à tous les citoyens de le dénoncer comme un crime et d'en demander vengeance (1). Du temps de Constantin, les coupables étaient punis de mort (2). Justinien, il est vrai, trouva cette peine trop sévère, mais il déclara que la femme adultère aurait le nez et les cheveux coupés, serait fouettée, puis enfermée dans un monastère (3).

(1) V. la fameuse loi Julia, *de Adulteriis*.

(2) Fr. 30, ad leg. Jul., *de Adult.*, C.

(3) Fr. 37, ad leg. Jul., *de Adult.*, C. — Novel. 134, cap. 40, et Novel. 32, imper. Leonis.

Les enfants nés de ce commerce criminel étaient eux-mêmes regardés comme des objets d'opprobre et d'ignominie (1).

Les anciens Saxons brûlaient la femme, et sur ses cendres ils élevaient un gibet où le complice était étranglé.

En France, la peine infligée à l'adultère a beaucoup varié. Sous les lois Saliques, le coupable était condamné à une amende. Sous les Capitulaires de Charlemagne, il était puni de mort; dans les temps postérieurs, il était condamné à courir nu dans la ville; mais les progrès de la civilisation firent abandonner cet usage scandaleux (2).

42. Il en coûte souvent très peu de mettre le pied sur l'opinion publique. Louis XIV ne craignit pas d'offenser la morale, le droit public de son peuple, par la déclaration du 25 août 1715, en appelant à la couronne, à défaut de princes du sang, le duc de Maine et le comte de Toulouse, ses bâtards adultérins. Rois de France, au besoin, les fils adultérins de la marquise de Montespan! Le Parlement ne manqua pas, après la mort du grand roi, de casser l'ordonnance.

43. Sous l'empire du Droit actuel, l'adultère est puni de la peine de l'emprisonnement (337 et 338 du C. P.) Les enfants adultérins sont traités plus rigoureusement encore que les enfants naturels; la reconnaissance en est interdite, leur état est plus ignominieux, et leurs droits sont beaucoup plus restreints.

(1) *Nec alendi, nec naturales nominandi erant, Auth. ex complexu.*

(2) *Traité de l'adultère*, par Fournel.

SECTION II.

De l'inceste.

44. Les enfants incestueux sont le fruit du commerce criminel de deux personnes entre lesquelles le mariage est prohibé pour parenté civile ou naturelle.

45. L'inceste a toujours été considéré comme un crime odieux. Quel crime plus horrible, en effet, que celui d'un père qui déshonore sa propre fille; d'un fils qui ne rougit pas de cohabiter avec sa mère; d'un frère qui porte atteinte à la vertu de sa propre sœur! Aussi, consultons l'histoire, et nous verrons que l'inceste détermina toujours les peines les plus graves, même chez les peuples les plus reculés.

Moïse condamnait à être brûlés vifs les parents coupables d'inceste : *Qui supra uxorem filiam, duxerit matrem ejus, scelus operatus est. Vivus ardebit cum eis; nec permanebit tantum nefas in medio vestri* (1).

Les Grecs regardaient ce crime comme inexpiable : *Incestus, autore fausto, a Græcis trahitur, qui facinus gravissimum et inexpiable (αἰνήσιον) dicunt.*

Les Romains avaient la même horreur pour cette conjonction infâme : *Incestum definimus nefariam viri et feminae commixtionem, inferentem contumeliam sanguinis vel affinitatis* (2).

46. En France, l'inceste a toujours été considéré comme un crime grave. Les recueils de jurisprudence

(1) Lévit., cap. 20.

(2) Fr. 38, § 4, ad legem Jul., de Adult.

Hic thalamum invasit natæ, vetitos que hymenæos,
Ausi omnes immane nefas, ausoque potiti.

(VIRGILE, *Ænéide*, lib. VI.)

sont remplis d'arrêts qui ont condamné au dernier supplice ceux qui se sont rendus coupables de ce crime. On donnait aussi la qualité de bâtard incestueux à l'enfant issu de deux personnes consacrées à Dieu par le vœu de chasteté. D'autres regardaient le crime de ces personnes comme un adultère *spirituel*, parce qu'elles étaient mariées spirituellement avec l'Église ou J.-C.

47. Le Code Pénal de 1810 ne s'occupe pas de l'inceste ; mais le Code Napoléon flétrit ce crime contre la morale, en décidant que les père et mère ne pourront reconnaître leurs enfants incestueux, et que ces derniers n'auront droit qu'à des aliments.

DEUXIÈME PARTIE.

Partie Doctrinale.

• Quoique rien ne soit plus important à l'homme que la connaissance de son état, il faut avouer néanmoins qu'il n'y a rien qui lui soit plus caché. La naissance et l'origine de l'homme, sa qualité de fils sont autant de mystères dont il semble que la nature lui refuse la preuve. Personne, comme a dit le plus ancien des poètes, ne peut connaître son père, encore moins le prouver aux autres; et c'est dans un sujet à peu près semblable que Pline a dit, en parlant de la naissance de l'homme : « *Miseret me atque etiam pudet estimantem quam sit frivola hominis animalium omnium superbissimi origo. Heu! dementiam existimantium ab iis initiis ad superbiam genitos (Histoire naturelle, livre VII, chap. 7).* »

D'AGUSSEAU, 54^e playdoyer.

48. Dans un premier chapitre, nous nous occuperons de la filiation naturelle simple; dans un second, de la filiation adultérine ou incestueuse.

CHAPITRE PREMIER.

De la filiation naturelle simple.

49. Posséder la certitude, est pour l'homme un besoin; la chercher, un devoir; il lui est difficile de la découvrir, plus difficile de s'en passer; toujours il la poursuit; c'est la vie même de son âme. Aussi, il n'est pas en Droit de

questions plus difficiles et plus importantes que les questions de preuve ; mais de toutes les preuves, aucune n'a plus d'importance et de difficultés que la preuve de l'état des personnes. Au point de vue du Droit, en effet, comme à celui de la philosophie, ce que l'homme a de plus essentiel à connaître, c'est lui-même ; en langage philosophique, sa nature ; en langage juridique, son état ; de la connaissance de sa nature, dépendent ses actions ; la preuve de son état fonde ses droits. Or, à l'homme qui recherche sa nature, à celui qui réclame son état, on peut tout contester ; tout, hormis qu'il existe. Pour nous en tenir à la science et à la matière qui font l'objet de cette thèse, tachons de préciser les questions que doit résoudre celui qui veut faire preuve de sa filiation. Vous vous prétendez fils de tel père, de telle mère ? prouvez que celle dont vous vous dites issu est vraiment devenue mère ; prouvez encore que vous êtes identiquement celui qu'elle a mis au monde. Jusques-là, nous méconnaissons votre filiation et les droits dont elle serait pour vous le titre.

Si l'on ne consultait que le droit commun, on devrait accorder la plus grande latitude à l'enfant qui demande à faire preuve de son origine, puisqu'il ne s'agit pas d'une convention dont il eût dû dresser acte, mais d'un fait qu'il lui était évidemment impossible de faire constater. Mais la crainte qu'on n'usurpe trop facilement un état à l'aide de témoignages que la nature occulte des faits permettrait difficilement de contrôler, a fait sacrifier l'intérêt de quelques enfants qui se trouveraient dépourvus des conditions requises pour la preuve, à celui de la société dont la base repose sur l'intégrité de la famille.

50. D'après l'économie de la loi, la filiation des enfants naturels s'établit par une reconnaissance consignée soit dans leur acte de naissance, soit dans un acte authentique, ou bien par la preuve testimoniale; l'étude de ces deux moyens de preuve sera l'objet de deux sections différentes; dans une troisième section, nous rechercherons quelle est l'influence de la possession d'état, en matière de filiation naturelle.

SECTION PREMIÈRE.

De la preuve par un acte de reconnaissance.

51. C'est par l'acte de naissance que l'on fait son entrée dans le monde (1). C'est à la faveur de ce passeport, que l'on peut être admis et reconnu dans une famille. « Ces actes, dit d'Aguesseau, sont la grande et presque l'unique preuve de l'état des hommes; qu'on renverse cette preuve, tous les fondements de la société civile sont ébranlés; il n'y a plus rien de certain parmi les citoyens si l'on retranche cet argument » (2).

52. Mais l'acte de naissance est-il pour l'enfant naturel une preuve de filiation? Non; ce n'est point l'acte de naissance qui prouve la filiation d'un enfant naturel, soit à l'égard du père, soit même à l'égard de la mère; c'est l'acte de reconnaissance inscrit ou non inscrit sur les registres de l'état civil. Cette proposition est très clairement écrite dans l'art. 334, d'où il résulte que l'acte de naissance ne fait preuve de la filiation naturelle, qu'autant que la reconnaissance a été faite

(1) Cochin, t. 1, p. 26.

(2) D'Aguesseau, t. iv, p. 271.

dans cet acte. C'est vainement qu'il mentionne le nom du père ou de la mère ; cette mention n'a aucune force probante, parce qu'elle est nulle ; elle est nulle, parce que l'acte de naissance d'un enfant naturel n'est point destiné à la contenir, parce que les déclarants n'ont point mission de la faire, et que l'officier de l'état civil n'a point reçu mandat de la recevoir.

53. Cette différence entre la filiation légitime et la filiation naturelle se justifie par la différence même qui sépare ces deux espèces de filiation. La maternité légitime est un fait honorable ; la femme mariée n'a par conséquent aucun intérêt à dissimuler sa grossesse, à cacher son accouchement ; dès lors, il n'y a pas lieu de suspecter la déclaration qui est faite à l'officier de l'état civil par les personnes qui en ont été témoins. La maternité naturelle, au contraire, est un fait honteux ; la mère, sa famille même sont intéressées à le tenir secret ; il y avait dès lors tout à craindre que les déclarants, trompés par la mère ou d'accord avec elle, ne fissent des déclarations contraires à la vérité. Leur témoignage étant suspect, la loi n'a pas dû y ajouter foi.

Remarquons, d'ailleurs, que les enfants naturels sont rarement le fruit du libertinage qui sait bien s'en préserver, mais plus souvent d'amour qui se livre sans réserve, d'une ivresse momentanée qui n'exclut ni la pudeur, ni le repentir, ni l'amour maternel, ni l'espoir d'une réhabilitation par le mariage ! Faut-il que la loi étouffe ces sentiments en déchirant le voile mystérieux qui les couvre ? Faut-il que les témoins de l'accouchement, confidents intimes des douleurs et de l'humiliation d'une fille-mère, soient chargés par la loi de la trahir ? de signaler une paternité que le mariage n'indi-

que pas? Non, le père lui-même, s'il croit devoir reconnaître l'enfant au moment de sa naissance, ne peut avoir pour mission de compromettre ainsi l'honneur de sa victime; et s'il la dénonce, sans son aveu, cette simple indication ne saurait contenir un titre de filiation (336).

54. La reconnaissance est l'aveu formel et spontané de paternité ou de maternité, fait à un officier public par les générateurs eux-mêmes ou par un mandataire spécial (1).

§ 4. En quelle forme se fait la reconnaissance.

55. La reconnaissance d'un enfant naturel, dit l'art. 334, sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. Des questions assez nombreuses s'élèvent à propos de cet article, sur ce qu'il dit et sur ce qu'il ne dit pas, sur son texte et sur ses lacunes; s'il en résulte une chose, claire, évidente, incontestable, c'est à coup sûr que la reconnaissance ne peut avoir lieu par un acte privé. « Gardons-nous de l'affirmer, dit Toullier (2), il y a de fortes raisons de penser que les reconnaissances sous seing-privé ne sont pas nulles. » Pour répondre à ce système, l'argumentation et la logique se réduisent, après avoir lu l'article, à le relire.

56. On peut sans doute blâmer le législateur d'avoir exigé une reconnaissance authentique. Quel a été son motif? Est-ce parce que l'acte sous seing-privé était

(1) M. Delpech, *Recueil de l'Académie de Législation*, loc. cit., pag. 84.

(2) Toullier, t. III, n° 951.

trop facile à perdre ? mais si l'enfant l'a présenté, est-il juste de lui dire : Vous avez conservé votre titre, mais nous ne vous permettons pas de vous en servir, parce que vous pouviez aisément le perdre. Est-ce pour être sûr de la date de l'acte ? mais il était facile d'exiger qu'elle fut rendue certaine par les moyens ordinaires. Est-ce pour garantir la pleine et entière liberté des parties ? le motif est moins faible : Mais est-il suffisant ? la garantie est-elle réelle ? (1)

57. Quoiqu'il en soit, la disposition bonne ou mauvaise de l'art. 334 ne permet pas d'adopter l'avis de Toullier, pas plus que l'avis des auteurs qui, tout en déclarant la reconnaissance sous seing-privé nulle, lui attribuent cependant quelques effets.

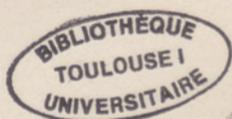
De ce nombre est Proudhon (2). Ce jurisconsulte soutient avec force qu'une telle reconnaissance donne le droit de demander des aliments : « Nourrir son enfant naturel, est pour le père une obligation sacrée, impérieuse, étroite : *Necare videtur qui alimenta denegat*. Dès que la paternité est constante, avouée, la créance d'aliments existe. » Cela est vrai ; mais la paternité n'est constante que lorsqu'elle est consignée dans un acte authentique. « Une promesse d'aliments, quoique jointe à une reconnaissance sous seing-privé (1132), serait valable ; or, le père, dès qu'il reconnaît son enfant, est censé lui faire cette promesse, qui est sous-entendue dans la reconnaissance. » Même réponse. Le père ne doit des ali-

(1) Il faut du moins reconnaître, avec M. Bonnier, que ce n'est point là une mesure fiscale, car les reconnaissances ne sont soumises qu'à un droit fixe de 5 fr., dont les personnes notoirement indigentes sont dispensées. (Lois du 28 avril 1816 et du 15 mai 1818).

(2) Proudhon, t. II, p. 112.

ments à son fils, il ne peut être supposé les lui avoir promis, que s'il est prouvé qu'il est son père; or, cela n'est prouvé que par acte authentique. « On est bien forcé, en définitive, de ne pas regarder la reconnaissance sous seing-privé comme entièrement sans effet; ne suffira-t-elle pas pour empêcher le mariage entre celui qui serait reconnu et la fille de l'auteur de la reconnaissance? » Non, elle ne suffira pas; le résultat, sans doute, sera choquant. Qu'en résulte-t-il? que la loi est mauvaise, mais non que l'opinion de Proudhon est admissible; car on n'a pas la qualité d'enfant naturel sans une reconnaissance authentique, et on ne peut par conséquent, sans cet acte, prétendre à des droits que suppose cette qualité.

58. L'enfant qui aurait une reconnaissance sous seing-privé, ne pourrait-il pas du moins la faire vérifier en justice et acquérir ainsi des droits de filiation? On distingue généralement entre la reconnaissance émanée du père et celle de la mère. L'enfant ne serait pas recevable à demander la vérification de l'écriture de son père, car ce serait rechercher la paternité, ce que défend l'art. 340; il pourrait au contraire faire vérifier l'écriture de sa mère. Mais quel serait l'effet de cette vérification? M. Bonnier propose à cet égard une distinction fort judicieuse : Lorsque la mère aura reconnu sa signature sans faire aucune réserve, la reconnaissance sera authentique, puisqu'il y a aveu judiciaire; elle vaudra titre de filiation. Lorsque la signature aura été seulement vérifiée contre elle, il y aura un commencement de preuve, mais non reconnaissance dans les formes légales; il faudra d'autres preuves pour fortifier celle qui résulte de l'acte.



39. La reconnaissance d'un enfant naturel ne peut pas davantage résulter d'un testament olographe; il importe peu que, le considérant comme un acte *sui generis*, la loi lui attribue dans certains cas des effets qu'elle refuse aux actes privés ordinaires; cette exception toute spéciale, ne peut pas avoir pour effet de l'élever au rang des actes authentiques et de lui faire produire, relativement aux reconnaissances d'enfants naturels, la même force que ces sortes d'actes. En pareille matière, un testament olographe ne doit pas avoir plus de force qu'un acte privé ordinaire, puisqu'il est l'œuvre du testateur seul, et qu'il n'est entouré d'aucune des garanties d'identité et de libre arbitre du signataire, qui ont été jugées nécessaires pour la validité des actes de reconnaissance (1). Mais bornons là ces rigueurs et admettons du moins qu'il serait juste de regarder comme une acte authentique, le testament olographe déposé chez un notaire qui a rédigé un acte de dépôt ou le testament mystique sur lequel l'acte de suscription est apposé (2).

60. La reconnaissance est un fait, un aveu; or, on ne peut détruire un fait; donc la reconnaissance, quoique faite dans un acte révocable, comme dans un testament public (895), est irrévocable. Ainsi, distinguons dans un testament, avec Marcadé et Zachariæ (3) d'une part, ce qui précisément le constitue, c'est à dire les dis-

(1) Delvincourt, note 3 sur la page 94 du t. 1. — Chabot, *Questions transitaires*, v^o *Enfants naturels*, § 4, n^o 5. — Valette, dans ses notes sur Proudhon, t. II, p. 449. — C. de Rouen, 30 juin 1817. — C. de Nîmes, 2 mai 1837.

(2) Richefort sur l'art. 334. — Favard, *Répert.*, *Reconnaissance d'enfant naturel*, sect. 1, § 3, art. 2, n^o 6. — Duranton, t. III, n^o 117.

(3) Zachariæ, IV, p. 62. — Marcadé sur l'art. 1038. — C. de Bastia, 5 juillet 1826 et 17 août 1829.



positions relatives à la dévolution des biens; et d'autre part, les clauses qui sont étrangères à son objet, telles que l'aveu d'une dette ou la reconnaissance d'un enfant naturel; essentiellement révocable quant aux clauses relatives à la dévolution des biens, il est essentiellement irrévocable quant aux clauses qui, bien qu'insérées dans l'acte, n'ont pourtant rien de testamentaire: *Nemo potest esse pater ad tempus*. Cette argumentation si logique, combattue par M. Demolombe, nous paraît indestructible (1).

61. Le législateur n'ayant prescrit aucune solennité particulière pour la rédaction des actes de reconnaissance d'enfant naturel, on doit admettre qu'il s'en est référé à la définition qu'il donne lui-même dans l'art. 1317; or, suivant cet article, l'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public compétent, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises.

62. Les officiers de l'état civil n'ont pas seuls qualité pour dresser l'acte de reconnaissance. Lors de la rédaction de l'art. 62 du Code Napoléon, on avait manifesté l'intention de leur réserver cette fonction; mais en discutant l'art. 334, on fit observer qu'il convenait de ne pas obliger les personnes qui veulent reconnaître des enfants naturels, à confier l'aveu de leur faiblesse à la publicité des registres de l'état civil.

63. Au premier rang des officiers publics chargés de recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, il faut placer les notaires. L'art. 4 de la loi du 25 ventose an II, charge en effet les notaires de recevoir tous les actes

(1) Demolombe, v, n° 455. — Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 468.

auxquels les parties veulent donner tous les caractères de l'authenticité.

64. Il est également indubitable qu'un enfant naturel peut être reconnu devant un juge de paix ; mais en dehors d'une instance, ce magistrat n'a qu'une compétence limitée et restreinte aux actes déterminés par la loi ; or, la reconnaissance ne figure point parmi les actes pour lesquels la loi le déclare compétent.

Nous sommes encore moins portés à adopter la jurisprudence de la Cour suprême, qui déclare le greffier de la justice de paix apte à recevoir un acte de reconnaissance, hors la présence et sans le concours du juge (1).

§ 2. Par quelles personnes peut être faite la reconnaissance.

65. La reconnaissance peut être faite soit par les père et mère, soit par le père ou la mère seulement ; si les auteurs ne se présentent pas en personne, ils doivent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique (art. 2 de la loi du 18 juin 1843).

66. Un mineur peut aussi bien qu'un majeur reconnaître un enfant naturel ; en effet, le père qui reconnaît un enfant naturel, répare une faute, en même temps qu'il satisfait à une obligation naturelle ; or, aux termes de l'art. 1310 du Code Nap., le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de ses quasi-délits ; d'ailleurs, l'art. 1125 ne permet aux mineurs d'attaquer leurs engagements pour cause d'incapacité, que dans les cas prévus par la loi ; et les art. 334 et suivants n'indiquent aucune différence entre le cas où le père et la mère sont mineurs et celui où ils sont

(1) C. de Cass., 15 juin 1824.

majeurs, sauf le droit que l'art. 339 réserve aux uns et aux autres de contester la reconnaissance (1).

67. M. Malpel a cherché à établir une distinction entre la reconnaissance émanée du père et celle qui est faite par la mère (2). Mais pourquoi ne déciderait-on pas de même quand il s'agit du père? Est-ce par la raison que le fait de la paternité n'est jamais certain? Mais qui peut lever le doute, l'incertitude dont ce fait est environné, si ce n'est le mineur lui-même? Ce fait ne lui est-il pas entièrement personnel? N'est-ce pas uniquement dans sa conscience, dans son cœur qu'est le principe moteur de la reconnaissance?

68. La reconnaissance volontaire de l'enfant naturel est un fait tout personnel à celui dont elle émane et qui ne peut, dès lors, avoir d'effet que vis-à-vis de lui; donc la reconnaissance faite par celui qui se prétend le père, laquelle aura effet par rapport à lui, tant qu'elle ne sera point contestée, ne pourrait être efficace par rapport à la mère que sous ces deux conditions : 1^o qu'elle contiendrait l'indication de cette mère; 2^o que cette indication serait faite du consentement de celle-ci, c'est à dire en vertu d'un pouvoir donné par elle pour cet objet. C'est là le sens de l'art. 336, qui déclare que la reconnaissance du père, quand elle ne contient pas une indication de la mère, faite sur l'*aveu* de celle-ci, n'a d'effet que vis-à-vis du père; c'est à dire que l'article revient tout simplement à dire que la reconnaissance

(1) Merlin, *Questions de Droit*, v^o *Paternité*. — Mourre, *Ouvrages judiciaires*, p. 229. — C. de Toulouse, 19 janvier 1813. — C. de Douai, 47 mars 1840.

(2) *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. IV, p. 43.

n'a jamais d'effet que pour celui qui l'a faite, soit par lui-même, soit par un fondé de pouvoir (1).

Ce sens si naturel et si logique n'est cependant pas accepté par la jurisprudence. Les Cours impériales décident généralement que pour qu'il y ait reconnaissance de la mère, il suffit que le père ait indiqué la mère dans l'acte et que celle-ci ait avoué sa maternité, de quelque manière que ce soit et à quelque époque que ce soit (2); mais c'est là une erreur évidente. En effet, suivant le projet présenté au Conseil d'État par la section de législation, « la reconnaissance faite par le père seul et non avouée par la mère, devait être de nul effet, même à l'égard du père. » L'enfant naturel, disaient les partisans de ce système, n'appartient qu'à sa mère; elle seule connaît le véritable père. Ils craignaient d'ailleurs que le même enfant ne fût reconnu par plusieurs individus, et, dans un semblable conflit, ils pensaient que la mère est le meilleur et même le seul juge possible. Mais on fit observer qu'en subordonnant la reconnaissance émanée du père à l'aveu de la mère, on s'exposait à rendre l'enfant victime de toutes les circonstances qui pouvaient empêcher la mère de donner son aveu, telles que son prédécès, sa folie, sa haine pour le père, la crainte de se déshonorer; et alors le Conseil adopta, sur la proposition du premier consul, une rédaction ainsi conçue : « La reconnaissance du père sera

(1) Voir une célèbre consultation rédigée dans l'affaire jugée par l'arrêt du 15 décembre 1834, par MM. Philippe Dupin, Sebire, Odilon-Barrot, Gairal, Parquin, Vatismenil et plusieurs autres avocats du barreau de Paris.

(2) C. de Paris, 15 décembre 1834, 20 avril 1839, 27 avril 1839. — C. de Bordeaux, 15 février 1832.

nulle, si elle est désavouée par la mère ; dans ce système, on exigeait toujours l'assentiment exprès ou tacite de la mère. Cependant on finit par comprendre que la passion, la haine ou l'intérêt pourraient porter la mère à contredire la reconnaissance faite par le véritable père, et l'on cessa d'attribuer au désaveu de la mère un effet péremptoire. D'autre part, le législateur sentit qu'il convenait de ne pas considérer toute reconnaissance, soit de paternité, soit de maternité, comme une preuve irréfragable de la filiation, et Portalis fit admettre par amendement (1), que toute reconnaissance peut être contestée par les parties intéressées ; en conséquence, une troisième et dernière rédaction fut adoptée. C'est en ce sens que l'art. 336 a été définitivement rédigé, et cependant on y retrouve un vestige du système qu'avait soutenu la section de législation, puisque le texte fait encore allusion à l'indication et à l'aveu de la mère ; mais ce n'est là qu'une réminiscence dont il ne faut tenir aucun compte.

§ 3. Quels enfants peuvent être reconnus et à quelle époque ils peuvent l'être.

69. Les enfants naturels simples sont les seuls qui peuvent être reconnus.

70. En thèse générale, les père et mère sont libres de reconnaître leur enfant naturel dans tous les temps et dans tous les pays ; on doit leur laisser sur ce point la plus grande latitude, parce que d'une part ils satisfont aux inspirations du cœur, aux devoirs de la conscience, et que de l'autre ils acquittent une dette envers

(1) Discussion au Conseil d'État, séance du 26 brumaire an X.

la société dont ils sont membres, en fixant l'état de leurs progénitures.

71. C'est un principe de droit constant, que l'enfant conçu est apte à recueillir tous les avantages qu'on lui fait, de la même manière que s'il était né : *qui in utero est, pro jam nato habetur, quotiens de commodis agitur*; et cette maxime du Droit romain est consacrée par l'art. 906 du Code Napoléon. Or, quel plus grand bien-fait, quel plus précieux avantage peut-on lui accorder, que de lui donner un père, un état, des droits de successibilité, une existence civile ! Ne fallait-il pas d'ailleurs, dans l'intérêt de l'enfant, laisser à la mère, qui craint de mourir dans les douleurs de l'enfantement, ou que la mort peut surprendre, la faculté de le reconnaître avant sa naissance ?

72. Après le décès d'un enfant naturel, ses auteurs n'en sont pas moins fondés à le reconnaître ; la paternité appartient au père, comme la filiation appartient au fils ; le premier ne peut pas perdre ses droits, par la raison que le second a perdu la vie ; l'état de l'homme est imprescriptible (328) et inaliénable (2045). Si le fils a acquis des biens, s'il a laissé une succession à recueillir, ou si, plus malheureux, il est mort accablé sous le poids de l'adversité, laissant des enfants dans le besoin, ne serait-il pas injuste que cette succession fût vacante quand elle trouve un maître légitime, ou que ces enfants infortunés fussent exposés aux rigueurs de l'indigence, quand un aïeul leur tend ses bras et leur offre son nom et ses biens (1) ?

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 449. — Zacharie, III, p. 46. — Demolombe, v, no 416.

Il est vrai que la reconnaissance d'un enfant naturel décédé sans postérité légitime, ne sera bien souvent qu'une spéculation honteuse ; mais il ne nous appartient pas de réformer l'œuvre de la loi. La reconnaissance posthume peut, d'ailleurs, être excusable. Il se peut, en effet, qu'elle ait été retardée par des évènements indépendants de la volonté des père et mère, par exemple, par une absence ou une affection mentale. N'est-elle pas même irréprochable, quand elle est faite dans l'ignorance du décès ?

73. L'enfant qu'un des époux a eu avant son mariage d'un autre que de son époux, n'est pas adultérin ; mais sa reconnaissance pendant le mariage constitue un manque de foi envers le conjoint, qui, dans l'ignorance de son existence, n'avait pas dû compter sur le préjudice qui en résulterait pour lui et pour ses enfants. La loi satisfait à tous les intérêts, en anéantissant, à l'égard du conjoint et des enfants du mariage, cette reconnaissance d'ailleurs valable et susceptible de produire tous ses effets (337) ; mais les mêmes raisons ne s'appliquent pas à l'enfant né du commerce antérieur des deux époux ; la loi l'excepte, à bon droit, de la disposition ; par suite, cet enfant, dont la légitimation n'est plus possible après la célébration du mariage (334), peut encore acquérir, par une reconnaissance, l'état d'enfant naturel.

74. Les termes de l'art. 337 sont généraux et absolus : La reconnaissance faite pendant le mariage ne saurait nuire au conjoint. N'est-il pas dès lors illégal de restreindre cette faveur aux avantages qui sont assurés à ce dernier par la loi ou par le contrat de mariage, et de permettre à l'enfant naturel, pour parfaire sa

réserve, de faire réduire les libéralités dont le conjoint a été l'objet pendant le mariage ?

75. La reconnaissance d'un enfant naturel antérieur au mariage, faite par l'un des époux après la dissolution, peut-elle nuire aux enfants légitimes issus de ce mariage ? La Cour de Pau a décidé l'affirmative et avec raison (1), par ce motif que l'art. 337 ne parlant que de la reconnaissance faite pendant le mariage, on ne peut étendre les dispositions de cet article au cas d'une reconnaissance faite après la dissolution du mariage ; il est vrai que le projet présenté par la section de législation ne permettait de faire la reconnaissance après la dissolution du mariage, qu'autant qu'il n'en resterait pas d'enfants (2) ; mais cette disposition n'ayant pas été convertie en loi, on rentre à cet égard dans le droit commun.

76. Il existe une contradiction apparente entre la disposition qui veut que la reconnaissance faite pendant le mariage ne puisse nuire au conjoint, et celle qui accorde effet à la reconnaissance après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants ; car c'est précisément dans ce cas de non-existence d'enfants, que l'exercice des droits de l'enfant naturel doit se trouver le plus souvent en conflit avec les droits du conjoint. Mais il est hors de doute que les effets réservés à la reconnaissance, pour le cas où il n'existera pas d'enfants, ne se produiront entiers que tout autant que le conjoint ne subira aucun préjudice ; car, comme l'observe judicieusement M. Demante, la disposition principale

(1) Arrêt du 3 prairial an XIII.

(2) Projet de la section, art. 12, séance du 26 brumaire an X (Fenet, x, p. 72).

et formelle qui protège le conjoint, ne saurait disparaître devant la disposition simplement explicative qui termine l'article (1).

§ 4. De l'action en contestation d'état.

77. L'idée que la reconnaissance doit constater la filiation naturelle d'une manière irréfragable, a été, comme nous l'avons déjà vu, abandonnée par le législateur. De là le principe que non-seulement l'enfant lui-même (2), mais encore toute partie intéressée, est admise à contester la reconnaissance : par exemple, un donataire qui prétendrait qu'elle n'a eu lieu que pour produire, au moyen d'une légitimation par mariage, la révocation de la donation entre-vifs (339).

« L'objet est simple et le sens est clair, disait le tribun Duveyrier; c'est l'acte lui-même qu'il s'agira d'attaquer; sa forme, si elle n'est pas authentique ou si elle est irrégulière; son contexte, si le mensonge ou la fraude l'ont dicté. »

78. Indépendamment de tout intérêt pécuniaire, le père et la mère ont respectivement un intérêt moral à empêcher que l'enfant ne soit attribué à d'autres qu'aux

(1) M. Demante, t. II, p. 424.

(2) On a vu, sous l'ancienne jurisprudence, Marie Aurore, qui avait été baptisée comme fille légitime de Jean-Baptiste Larivière, bourgeois de Paris, et de Marie Rinteau sa femme, demander à être dégradée de la qualité de fille légitime, pour être réduite à celle de bâtarde du comte de Saxe; elle était réellement l'un des fruits de l'incontinence du maréchal. Un comte de Horne consentit à l'épouser, mais sous la condition qu'elle serait reconnue bâtarde du maréchal de Saxe; tant la vanité l'emporte, dans les esprits à préjugés, sur le véritable honneur et sur la morale! — V. le nouveau Denizart, au mot *Bâtard*, § 2, p. 276.

véritables auteurs de la naissance. Le père peut donc contester la déclaration de la prétendue mère, et la mère doit être admise surtout à critiquer une reconnaissance de paternité qui pourrait avoir pour sa réputation des conséquences excessivement fâcheuses.

79. La reconnaissance contestée subsiste tant qu'elle n'a pas été annulée, et si les tribunaux peuvent prononcer la nullité, ce n'est qu'en appréciant les preuves apportées par les parties intéressées à l'appui de leur prétention. Il ne suffirait donc pas, pour neutraliser une première reconnaissance, qu'une autre personne s'attribuât à son tour la paternité ou la maternité. Dans un pareil conflit, c'est au juge à démêler la vérité au milieu d'allégations contradictoires; dans le doute, la première reconnaissance a pour elle une sorte de possession qui doit la faire maintenir tant que la fausseté n'en est pas démontrée; mais la seconde doit être admise, lorsqu'elle se trouve pleinement justifiée. C'est ainsi, en effet, que la Cour de Paris a fait prévaloir, d'après les circonstances de la cause et malgré les efforts de la mère, une seconde reconnaissance, sur une reconnaissance antérieure, dont le maintien aurait assuré la légitimation des enfants (1).

SECTION II.

De la preuve par témoins.

80. A défaut d'une reconnaissance, la filiation naturelle peut s'établir par une déclaration judiciaire de paternité ou de maternité.

(1) Arrêts dn 23 décembre 1844 et 40 février 1847.

5 1^{er}. Recherche de paternité.

81. La paternité est un fait difficile à constater d'une manière certaine en l'absence de l'aveu, et la loi n'a pas voulu permettre une procédure scandaleuse qui n'aurait pu amener qu'un résultat douteux. La recherche de la paternité est donc en général interdite (340). « Depuis longtemps, disait M. le conseiller d'État Bigot de Préameneu, un cri unanime s'était élevé dans l'ancien régime contre les recherches de la paternité ; elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure, celui même dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus, n'étaient point à l'abri des attaques d'une femme impudente ou d'enfants qui leur étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes ; en un mot, les recherches de paternité étaient considérées comme le fléau de la société. »

82. Toutefois une exception a été faite : la recherche de paternité est admise dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception de l'enfant. « Cette exception, disait le tribun Duvoyrier, est la conséquence d'un crime et d'un crime prouvé ; il n'y a point de mariage, il n'y a point de cohabitation publique, mais il y a cohabitation forcée ; la violence de l'un, l'oppression de l'autre suppléent au consentement authentique et mutuel. La paternité ne se décèle encore que par des indices et des conjectures ; mais ces conjectures et ces indices se rassemblent tous sur un seul et sur un homme criminel. La réparation

est due à la victime et le châtement au coupable. »

83. Cependant, malgré ces motifs si puissants, la loi est restée fidèle au principe fondamental qui la dirige. Ni la preuve de l'enlèvement, ni la coïncidence de son époque ne suffiront pour constater la paternité encore incertaine; elles suffiront pour autoriser le juge à chercher sa conviction dans toutes les circonstances, dans tous les rapports, dans tous les faits qui ont précédé ou suivi le crime.

84. Le viol doit, sans nul doute, être assimilé à l'enlèvement. Le viol n'est-il pas une sorte d'enlèvement momentané? Ce cas, d'ailleurs, fut toujours comparé à celui de l'enlèvement, dans les conférences tenues au Conseil d'État pour la confection du Code (1); la raison de décider est même plus forte que dans le cas d'enlèvement, où la cohabitation n'est que présumée entre le ravisseur et la personne ravie. *Ubi eadem ratio, idem jus.*

85. La faculté de rechercher la paternité naturelle, qui existait jadis en France avec une grande latitude, se retrouve encore aujourd'hui chez la plupart des peuples, notamment en Allemagne, en Suisse, en Angleterre, dans les États-Unis. Mais la preuve directe du fait de la paternité n'étant pas facile, on s'en rapporte volontiers à la déclaration de la mère, par application de la fameuse maxime formulée par le président Faber : *Creditur virgini prægnanti*. Toutefois, de même que dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence (arrêt du Parlement de Paris du 15 avril 1712), on avait fini par reconnaître la nécessité d'une information préalable sur les mœurs de la mère, les législateurs modernes qui ont statué sur ces matières délicates, ont permis au

(1) Fenet, t. x, p. 74, 112, 125, 126, 433 et 434. — Séance du 13 brumaire an XI.

père d'opposer à la déclaration faite contre lui, diverses exceptions basées sur l'inconduite antérieure de la mère ou sur l'impossibilité même du fait (1); on rentre ainsi dans le vrai sens de la maxime : *Creditur virgini*, qui suppose une première faiblesse. Sous un autre rapport, les Codes suisses vont plus loin que n'ont jamais été nos anciens Parlements, puisque, pour dégrever les localités des charges que leur imposent les enfants trouvés, ils admettent une recherche d'office de la paternité. Les principes du Code Napoléon ont été au contraire adoptés avec peu de modifications, par les Codes postérieurs des Deux-Siciles, de Sardaigne et de Hollande.

Enfin, la législation la plus bizarre sur ce point, est celle de la Louisiane, qui porte l'empreinte de l'esclavage et de la distinction des races. La recherche de la paternité y est complètement admise en faveur des enfants libres et blancs; quant aux enfants de couleur, ils ne peuvent la rechercher qu'autant qu'ils sont libres et à charge de ne désigner pour leur père qu'un homme de couleur (2).

§ 2. Recherche de maternité.

86. La grossesse et l'accouchement sont des faits apparents et faciles à constater, qui peuvent conduire à la certitude de la maternité. La crainte du scandale n'a donc pas paru un motif suffisant pour en interdire la recherche. La loi se borne à établir pour le réclamant, l'obligation de prouver son identité avec l'enfant dont la prétendue mère est accouchée, et la nécessité d'un commencement de preuve par écrit, pour être admis à la preuve testimoniale (344).

87. Remarquons à ce sujet : 1° que l'acte de nais-

(1) Voir les Codes du canton de Vaud, art. 488 et suivants; de Berne, art. 485 et suivants; de Fribourg, art. 222 et suivants; d'Argovie, art. 220 et suivants.

(2) Code de la Louisiane, art. 226.

sance indicatif de la mère, sans aveu de celle-ci, ne fait point ici foi de l'accouchement; qu'il n'a pas même les caractères requis pour constituer un commencement de preuve; 2° que les indices, quelques graves qu'ils soient, ne peuvent, comme en matière de filiation légitime, suppléer au commencement de preuve par écrit.

88. C'est à l'enfant qui intente l'action, de prouver qu'il est bien celui dont la femme est accouchée, et il ne peut le faire par témoins que sous la condition d'un commencement de preuve. Or, l'objet de cette preuve est complexe; car prouver que je suis l'enfant dont cette femme est accouchée, c'est d'abord prouver qu'elle est accouchée; puis et ensuite, qu'on est l'enfant dont elle est accouchée; donc, le commencement écrit de preuve que demande l'art. 341, doit porter et sur le fait de l'accouchement et sur l'identité de l'enfant. Toullier commet donc une erreur, quand il enseigne que la preuve de l'identité peut seule se faire par témoins après commencement de preuve, et que celle de l'accouchement doit se faire toute entière au moyen d'écrits (1).

89. Si la preuve testimoniale, en raison des dangers qu'elle offre, a été subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, cette restriction, par cela même qu'elle n'est prononcée que pour ce genre de preuve, ne peut pas être étendue aux autres modes de justification.

90. On ne saurait opposer à l'enfant, pour lui refuser le droit de déférer le serment décisoire, l'ancienne

(1) Toullier, III, n° 943.

maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*(4); car cette maxime admise dans l'ancien Droit criminel, en ce sens que l'aveu isolé de l'accusé était sans force, ne peut, au civil, priver celui qui demande à établir son droit, de la faculté d'en établir l'existence par la confession de la partie adverse.

La délation du serment décisoire, loin de mériter la critique, présente au contraire ce double avantage, que la femme que l'on veut faire déclarer la mère de l'enfant, ne peut pas se plaindre d'être prise pour juge dans sa propre cause, et qu'il en résulte moins de scandale que lorsqu'on a recours à tout autre moyen de preuve.

91. C'est une question qui paraît délicate à beaucoup de jurisconsultes, que celle de savoir si la mère d'un enfant peut être judiciairement recherchée contre lui. Ainsi, l'héritier légitime d'une personne décédée, peut-il demander à prouver que le légataire ou le donataire de cette personne est son enfant naturel, pour faire ré-

(4) Quelques interprètes du Droit romain ont soutenu que le serment ne doit pas être déféré, lorsqu'il porte sur des faits honteux pour celui à qui on le défère : *Non cogendam quemquam*, dit Faber (liv. IV, t. 4), *jurare super positione turpi vel famosa*. — Voir également Rebuffe (tit. 3, de *Responsionibus per cred.*, art. 54, Glose 1re, no 4). — Bornier sur l'ordonnance de 1667, tit. 40, art. 1er; et Voët, ad *Pandectas*, titre de *Interrogationibus in jure faciendis*. — Mais la Cour de Pau a répondu avec raison, dans un arrêt du 3 décembre 1829, que cette doctrine était une modification que les commentateurs avaient essayé d'introduire dans le Droit romain; que, sous l'empire de ce Droit, on pouvait, en matière civile, déférer le serment, même sur des actions résultant de crimes et délits. D'ailleurs, comme le fait observer le même arrêt, l'art. 1358 déclarant que le serment décisoire peut être déféré, en matière civile, sur quelque espèce de contestation que ce soit, refuser de le recevoir sur un fait, en se fondant sur la nature de ce fait, c'est créer une distinction qui non seulement n'est pas écrite dans la loi, mais encore que la loi prohibe expressément.

duire le legs ou la donation, en invoquant l'art. 908, qui défend de rien donner aux enfants naturels au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions? Nous n'hésitons pas à répondre, non.

Le droit qu'a l'enfant naturel de rechercher quelle est sa mère, est, disait-on au Tribunal, un bénéfice qui lui est personnel; c'est à lui seul qu'il appartient de la punir, s'il le faut, par la publicité de la demande, moins de la faute à laquelle il doit le jour, que de la réticence et de la dissimulation auxquelles il doit d'être jeté dans le monde sans état et sans nom.

Quand le législateur, dans les art. 757, 758 et 908, empêche l'enfant naturel de rien recevoir en plus de la fraction de biens par elle déterminée, ce n'est pas dans l'intérêt privé des héritiers qu'il le fait, c'est dans un but d'intérêt social et pour punir le désordre des auteurs de l'enfant; ce n'est pas dans l'intérêt privé des héritiers, puisque la portion de biens qu'on ne peut donner à l'enfant naturel, on peut la donner à tout étranger et en priver les héritiers. La loi, à tort ou à raison, a eu foi aux sentiments moraux de l'homme, et dès lors elle a regardé la punition morale, bien plus sévère pour les auteurs et les enfants, bien plus conforme à l'intérêt des mœurs, que la punition matérielle frappant par l'argent.

Mais serait-il vrai, comme l'enseigne Marcadé, que si une mère ne reconnaît pas son enfant naturel, ce soit pour s'infliger bénévolement une punition morale qui consisterait à ne pas pouvoir produire sa qualité de mère, et que si un enfant naturel ne recherche pas sa mère, ce soit pour se punir moralement par la privation de la satisfaction qu'il éprouverait à pouvoir dire quelle

est sa mère? N'est-il pas plus raisonnable de croire que si la mère garde le silence à l'égard de son enfant, c'est dans son propre intérêt, pour ne pas afficher le désordre de sa conduite et ne pas en fournir une preuve permanente; et que si l'enfant ne recherche pas sa mère, c'est par déférence pour elle ou parce que la filiation qu'il soupçonne ne lui paraît pas assez constante? Le sentiment de l'intérêt personnel est tellement inhérent à l'homme, que l'abnégation dont feraient preuve, d'après Marcadé, la mère d'un enfant naturel et cet enfant, serait considérée comme un acte d'héroïsme dont on ne retrouve guère d'exemple que dans les romans (1).

Mais, objecte M. Chardon, vous autorisez ainsi une fraude à l'égard des héritiers légitimes? Nous répondrons à M. Chardon, que pour qu'il y ait lieu à l'action en fraude, il faut que la fraude ait causé préjudice aux droits de celui qui prétend exercer cette action. Or, les parents collatéraux n'ont pas un droit absolu dans la succession les uns des autres; chacun d'eux n'a-t-il point la faculté de déshériter l'autre en donnant son bien à des légataires, sans qu'il puisse élever des réclamations sur ce point? Au surplus, le droit des héritiers du sang de demander la réduction d'une libéralité faite par leur parent à un étranger, sous prétexte que ce prétendu étranger est son enfant naturel, ne peut être ouvert qu'autant que la filiation naturelle serait établie, et nous supposons que cette filiation soit à prouver;

(1) Duranton, III, n° 242. — C. de Colmar, 4 mai 1844. — C. de Cassation, 12 juin 1823, 20 novembre 1843. — *Contrà* M. Pont, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. XIX, p. 254. — Zachariæ, IV, p. 73.

une pareille action ne reposerait donc sur aucune base (1).

§ 3. Dispositions communes à la recherche de la paternité et à la recherche de la maternité.

92. L'action en réclamation d'état est aussi imprescriptible à l'égard de l'enfant naturel qu'à l'égard de l'enfant légitime; l'état de l'enfant naturel est, il est vrai, moins élevé, moins complet, moins honorable; mais, enfin, c'est un état.

93. L'état de fils légitime, dit Toullier, n'est autre chose que la qualité de fils de tel père et de telle mère; or, il est évident qu'une pareille qualité ne peut être dans le commerce; elle ne peut être ni acquise, ni aliénée, ni, par conséquent, se perdre ou s'acquérir par la prescription. Toute distinction entre l'état lui-même et ses conséquences nous paraît subtile, insaisissable et contraire à l'économie de la loi. Comment isoler, en effet, la conséquence de son principe? comment sacrifier l'une sans compromettre l'autre? qu'importe que l'état réclamé soit un principe en question? en est-il moins vrai que l'enfant qui transige pour une somme d'argent, aliène l'état que peut-être il aurait conquis devant la justice? en est-il moins vrai qu'il pactise implicitement sur des éventualités morales, et que dès lors il atteint un ordre de choses que la loi place au-dessus des caprices de l'homme?

L'honneur et la tranquillité des familles peuvent sans doute porter quelquefois les parties à faire une transaction pour éviter un scandale; mais, comme le

(1) M. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, III, p. 51, n° 392.

disait M. Tarbé dans un de ses réquisitoires, « cette répression publique de la corruption des parents et du crime de suppression d'état, est un frein que le législateur a voulu maintenir; et ce serait aller contre le vœu de la loi que d'autoriser des transactions à l'aide desquelles le silence du pauvre vient en aide à la corruption du riche (1).

94. L'action qui tend à fixer l'état et la qualité d'un individu étant éminemment incessible, n'ayant par elle-même aucun *prix*, ne peut être civilement intentée par les créanciers. Ne serait-il pas immoral, en effet, comme le dit M. Rodière, quand l'enfant s'abstient d'exercer une action, uniquement par un sentiment d'honneur ou de délicatesse, de permettre aux créanciers de violer, en quelque sorte la conscience de leur débiteur? (2)

95. La Cour d'assises de la Haute-Garonne a jugé implicitement, le 12 mai 1823, que la disposition de l'art. 327, qui déclare que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état, concerne aussi bien les enfants naturels que les enfants légitimes. La Cour suprême avait aussi admis le même principe, le 25 novembre 1808. Cette opinion est également celle de M. Mangin : « L'art. 345 du Code Pénal, dit-il, ne distingue pas entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Le but de cet article, ainsi que l'annonce le titre de la section dans laquelle il est placé, est de pu-

(1) Arrêt de la C. de Cassation du 12 juin 1828.

(2) *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. vi, p. 461.

nir les crimes tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant » (1).

SECTION III.

De la preuve par la possession d'état.

95. La possession est le mode de preuve le plus ancien de l'état des hommes, le mode que l'on pourrait appeler primitif. Rien de plus simple ; car c'est seulement ainsi que les familles et les sociétés ont pu se former ; rien de plus juridique, car la possession régulière fait presque partout, dans le domaine de la science, présumer l'existence du droit. La possession, en effet, c'est l'exercice, c'est la jouissance du droit ; or, celui-là seul à qui le droit appartient, peut en avoir la possession ; donc cette possession même doit faire présumer le droit en sa personne.

96. La possession constante de l'état d'enfant naturel fait preuve de la filiation soit à l'égard de la mère soit même à l'égard du père. J'ai dessein de démontrer ces deux points : le premier n'est pas très sérieusement contesté ; il en est tout différemment du système qui regarde la possession d'état comme preuve de la paternité elle-même. Cette opinion n'a pas seulement contre elle sa hardiesse et sa nouveauté ; de nombreuses, d'imposantes autorités, la jurisprudence, la doctrine s'unissent pour la repousser. MM. Delpech, doyen de la Faculté de Droit de Toulouse, Demolombe, doyen de la Faculté de Caen, et Valette, professeur de Code Napoléon à la Faculté de Paris, sont les seuls juris-

(1) *Traité de l'action publique*, t. I, p. 449.

consultes qui lui prêtent le secours de leurs noms et de leurs convictions (1); sous de tels auspices, nous pouvons marcher avec confiance.

Dans toutes les discussions de droit, l'argument qui doit précéder, dominer les autres les autres, c'est la loi. A-t-elle parlé? que dit-elle? ce doit être la première question; et celui des systèmes qui peut mettre de son côté la loi, s'appuie tout d'abord sur une arme formidable. Ouvrons donc la loi: elle est absolument muette sur la difficulté; pas un mot, dans le chapitre 3 du titre de la Paternité et de la Filiation, qui ait trait à la possession d'état.

Ce silence suffit à Toullier et à Marcadé (2): ils refusent tout effet à la possession d'état en matière de filiation naturelle; c'est du moins être logique. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Bourges du 2 mai 1837, et un arrêt de la Cour de Montpellier du 20 mars 1838.

La grande majorité des auteurs, MM. Loaré, Duranton, Delvincourt, Proudhon, Dalloz, Demante, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, adoptent une distinction (3); ils n'ont point de peine à établir que la possession d'état fait au moins preuve de la maternité. Un article, en effet, avait été proposé dans le projet du Code, pour permettre d'établir cette maternité par la preuve testimoniale, quand elle serait soutenue par la posses-

(1) Voir le Mémoire précité de M. le doyen Delpech, et un article de M. Demolombe publié dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. I, p. 59.

(2) Toullier, t. II, n° 970. — Marcadé, t. II, sur l'art. 341.

(3) Cette doctrine a été consacrée par deux arrêts de la Cour de Bastia des 17 décembre 1834 et 31 mars 1840.

sion d'état, et cet article fut retranché sur cette observation de M. Portalis (1), « qu'il serait absurde de considérer la possession d'état comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus complète de toutes les preuves. » Il n'est pas possible de trouver un argument plus convaincant que ce document historique. Comment supposer, d'ailleurs, que la loi, d'un côté permette de rechercher la grossesse et l'accouchement d'une femme contre sa volonté, et, de l'autre côté, n'attribue aucun effet aux actes les plus caractéristiques émanés d'elle, indices évidents de sa maternité? Comment admettre qu'elle ait dédaigné des preuves faciles et manifestes, pour se mettre laborieusement en recherche des preuves les plus scandaleuses et les plus incertaines? « Il sera bien rare, dit Toullier, que dans ces circonstances, l'enfant n'ait pas reçu de sa mère un commencement de preuve par écrit; » supposition que rien ne justifie! Quelles ressources auront les enfants des filles de la campagne qui ne savent pas écrire, et ces enfants naturels si nombreux dans les classes pauvres et ignorantes! Le fait d'avoir donné à ces enfants la possession d'état, n'est-ce pas un aveu public, réitéré, quotidien, non interrompu? Cet aveu et cette longue réparation honorent la mère; il est bon de les constater; point de scandale dans cette recherche facile, et la preuve qui en résulte est de beaucoup plus puissante qu'une reconnaissance même.

Si la possession d'état est, à l'égard de la maternité, la plus complète de toutes les preuves, pourquoi n'aurait-

(1) Séance du 26 brumaire an X.

elle aucun effet à l'égard de la paternité? Il y a cette différence, répondent tous les auteurs, que la recherche de l'une est permise, tandis que la recherche de l'autre est interdite.

Pour ébranler, il faut au moins frapper en face; or, cet argument me paraît passer à côté de la question. Pourquoi donnera-t-on effet à la possession d'état relativement à la maternité? Est-ce pour cette raison que la recherche de la maternité est permise? Ne voit-on dans la preuve de cette possession qu'une recherche de maternité? Non, car on n'exige pas un commencement de preuve pour la rendre admissible (344). Mais si ce n'est pas parce que la recherche de la maternité est permise qu'on admet la preuve de la maternité par la possession d'état, ce ne peut être parce que la recherche de la paternité est défendue, qu'on n'admet pas la preuve de la paternité par la possession d'état? S'agit-il bien, d'ailleurs, d'une recherche de paternité? On ne recherche que ce qu'on n'a pas; or, celui qui est en possession de son état, apparemment le possède; les termes seuls le disent, il n'a pas besoin de le rechercher. Mais cette possession d'état peut être contestée? Sans doute, comme l'acte de naissance aussi peut être attaqué. La réponse à la contestation sera-t-elle une recherche de paternité? Nullement; ce qu'il faudra prouver, ce ne sera pas la conjonction illicite, mais les faits notoires de possession, de *traitement*. L'enfant ne demande qu'une chose vraie et légitime : un jugement qui confirme sa qualité, un titre exécutoire. « Lui refuser ce titre, dit M. Delpech, n'est-ce pas dire au père : Quoique vous ayez reconnu votre paternité, la loi vous dispense d'en remplir les devoirs? Quelle loi, que celle qui

serait en contradiction manifeste avec la vérité et le droit naturel! » (1)

Le texte de l'art. 340 est donc complètement inapplicable; son esprit ne saurait davantage être invoqué. En effet, rappelons-nous quel est le motif de l'art. 340 : Est-ce d'empêcher les unions illicites? il servirait plutôt à les encourager, en mettant le père à l'abri de toute recherche. Est-ce une raison de défaveur pour l'enfant naturel? pas davantage, car l'enfant naturel non reconnu peut recevoir de son père plus que celui qui est reconnu. Restent ces deux motifs : 1° la preuve serait incertaine; mais dès qu'elle est, non pas certaine, mais possible, au cas d'enlèvement, on la permet; or, ici, elle est toute faite; les faits constitutifs de la possession d'état sont même tels que l'enquête sera le plus souvent péremptoire; car ils doivent être publics, notoires, unanimes. 2° Elle serait scandaleuse et conduirait à des investigations indiscretes. Or, rien de scandaleux, au contraire, à prouver une chose connue, répétée, constante!

Ce n'est pas assez du texte et de l'esprit de l'art. 340. Son histoire nous appartient encore, car il a été pris dans la loi du 42 brumaire an II, qui reconnaissait en même temps la possession d'état comme preuve de filiation naturelle. Je sais bien qu'on s'empressera d'invoquer *a contrario* cette loi elle-même; mais cet argument est une sorte de *bascule* commode qui penche du côté où il plaît; au moins faut-il, pour l'appuyer, quelque raison de distinction. Pourquoi aurait-on abrogé cette dispo-

(1) *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, année 1853, t. II, 1^{re} livraison, p. 89.

sition de la loi citée? Comment prouver que ce n'est pas par inadvertance qu'on ne l'a pas reproduite? Et en admettant qu'on ne puisse invoquer cette loi, ni dans un sens ni dans l'autre, n'en résulte-t-il pas au moins quelque chose d'indéniable, à savoir que l'interdiction de la recherche de la paternité est très conciliable avec l'admission de la preuve par la possession d'état; que la prohibition de l'une n'entraîne pas nécessairement la prohibition de l'autre. Or, c'est tout ce que nous voulons établir pour repousser l'art. 340.

Laissons donc cet article. Mais tout n'est pas dit encore, et le raisonnement le plus invincible paraît devoir fléchir devant ce simple fait, qu'après tout la loi ne dit pas un mot de la possession d'état. Il est vrai que les partisans de l'opinion la plus accréditée ne prononcent qu'à voix basse ce motif, par l'excellente raison que le silence du Code ne les inquiétant nullement en matière de maternité, ils n'ont pas le droit de l'opposer en matière de paternité; mais ce silence est l'argument capital de Toullier, auquel il faut répondre.

Ce silence apparent du Code n'est qu'un défaut grave d'économie dans sa rédaction. Le chapitre III est évidemment incomplet, et à peine de tomber dans des questions sans nombre et dans des contradictions sans raison, on est obligé, pour le compléter, d'étendre certaines dispositions du chapitre II, notamment les art. 326 à 330; on ne trouve dans le chapitre des *Enfants naturels*, rien du commencement de preuve par écrit; rien de la compétence des tribunaux civils ou criminels; rien de la durée de l'action, de sa transmission aux héritiers. Dira-t-on, en conséquence, que les art. 326, 327, 328, 329, 330 ne sont pas applicables à la filia-

tion naturelle? Mais alors on manque de textes, on tombe dans le vague, on ouvre carrière à une foule de questions et de difficultés! Or, tous les meilleurs motifs se réunissent pour étendre aussi ce qui concerne la possession d'état, qui a de cette manière sa place dans le Code. Sans préconiser cette méthode irrégulière d'interprétation, je crois qu'elle est rendue nécessaire par l'insuffisance du Code. Si on ne l'adopte pas, il faudra dire que le législateur a voulu repousser la possession d'état, ce dont on ne peut pas donner un motif raisonnable; ou bien qu'il l'a simplement oubliée, ce que ne permet pas d'admettre la lecture des travaux préparatoires où figure cette observation décisive de Portalis, que nous avons citée. On remarque, il est vrai, que cette observation fut présentée à propos d'un art. 36 du projet, qui n'avait trait qu'à la maternité. Le fait est exact; mais les paroles de Portalis sont tout à fait générales, et d'ailleurs son avis n'est pas isolé. Qu'on parcoure les discussions auxquelles cette matière a donné lieu, et on y trouvera qu'au sein du Conseil d'État, la possession d'état était considérée comme la plus énergique de toutes les preuves (1).

(1) Séance du 29 fructidor an X. — M. Portalis : « Il est des circonstances qui ne sont pas moins fortes que l'aveu positif pour opérer la conviction; tels sont, par exemple, les soins donnés à l'enfant, l'éducation, en un mot ce qu'on appelle en droit : *tractatus*. »

Même séance. — M. Cambacérés : « Il est difficile de concevoir comment on blesserait les principes en admettant pour preuve la possession d'état acquise à *un enfant illégitime contre son père*. »

Séance du 21 ventose an XI. — M. Bigot de Préameneu : « Lorsqu'un enfant veut constater son état par une possession qui se compose de faits continus pendant un certain nombre d'années, la preuve par témoins ne présente aucun inconvénient, elle conduit au plus haut degré de certitude qu'on puisse atteindre. »

Oui, la possession d'état est, surtout en cette matière, la plus complète de toutes les preuves, plus complète cent fois qu'une reconnaissance authentique. « Comparez, s'écrie M. Delpech, la force probante de la reconnaissance authentique et de la possession d'état. La reconnaissance, quoique authentique, peut être ignorée et mystérieuse; la possession d'état éclate au dehors comme la lumière du soleil; elle contient un aveu ou plutôt *une effusion de paternité* de chaque jour et de chaque instant. La reconnaissance peut être ambiguë dans ses termes; la possession d'état, quand elle est complète et constante (ce que nous supposons), ne laisse aucune obscurité. La reconnaissance peut être le fruit d'une erreur, d'une surprise, d'une suggestion ou de la crainte à l'égard du père; d'un calcul intéressé de la part de la prétendue mère; pour tous ces motifs, elle peut être attaquée (339, C. N.). Au contraire, la possession d'état exclut toutes ces causes de nullité. La reconnaissance ne prouve pas toujours l'identité de l'enfant reconnu; la possession la prouve invinciblement » (2).

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, a dit Cochin, il n'y en a point de plus solide et de plus puissante que la possession publique. L'état n'est autre chose que le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes et dans les sociétés particulières que la proximité du sang forme dans les familles; et quelle preuve plus décisive pour indiquer cette place, que la possession publique dont on jouit depuis qu'on est au monde? Les hommes ne se

(1) *Recueil de l'Académie de Législation*, t. c, p. 87.

connaissent entre eux que par cette possession : celui-ci a toujours connu un tel pour son père, une telle pour sa mère, celui-là pour son frère, les autres pour ses cousins ; il a été de même reconnu par eux ; le public a été instruit de cette relation. Comment, après 30 ou 40 ans, changer toutes ces idées, détacher un homme d'une famille dans laquelle il est pour ainsi dire enraciné par tant d'actes et de reconnaissances géminées ? c'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble ; c'est, en quelque manière, rendre tous les hommes étrangers les uns aux autres ; en un mot, c'est ébranler les fondements de l'opinion publique, que de ne pas reconnaître l'autorité de la possession publique de l'état ; celui qui l'a en sa faveur, n'est point obligé de remonter à d'autres preuves ; elle tient lieu de tous les titres que les ordonnances désirent » (1).

Observons même que l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état, a plus de force en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation légitime, puisque pour accomplir les devoirs de maternité et de paternité naturelle, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute même (2).

Quoi ! on regarde comme valable la reconnaissance obtenue d'un homme par la menace de poursuites judiciaires (C. de Cassation, 6 janvier 1808), et on ne donne aucun effet à la reconnaissance libre et réfléchie !

Quoi ! un mois de silence du mari suffit pour *légitimer* un enfant adultérin, inscrit comme tel et non dé-

(1) Cochin, affaire de la dame de Bruix, t. iv, p. 344.

(2) M. Bonnier, *Traité des preuves*, n° 144.

savoué, et toute une vie, une longue suite d'actes caractéristiques ne suffit pas pour faire reconnaître un enfant simplement naturel!

Quoi! ce sera assez d'avoir donné à une personne, d'une manière incidente, le titre d'enfant naturel dans un acte notarié (C. d'Agen, 1832), et ce ne sera pas assez de lui avoir fait porter son nom, de l'avoir entouré de soins, présenté comme son fils!

En vérité, si l'on repousse la possession constante de l'état d'enfant naturel comme preuve de la maternité et de la paternité, il n'y a plus qu'à répéter cette boutade de Bentham : « Le Droit est l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde. »

L'interprète ne doit point substituer sa manière de voir à la volonté du législateur. Nous sommes en cela d'accord avec Marcadé; mais toutes ces généralités sur le mode d'interprétation me paraissent prouver peu. Il est incontestable que le texte est notre loi suprême, et que sa décision, bonne ou mauvaise, doit être suivie. Mais on ne niera pas non plus qu'en cas de doute, les principes généraux du droit, les considérations d'ordre public, d'équité, d'intérêt général, ne soient pour les jurisconsultes et les magistrats de puissants moyens de décision, et voilà bien ce qui agrandit notre domaine, ce qui élève et ennoblit notre mission! Eh bien! ce que je nie, c'est que les textes du Code Napoléon aient tranché notre question d'une manière aussi indubitable qu'on le prétend! Est-ce que notre Code n'est pas plein, au contraire, d'obscurités et de lacunes, précisément en ce qui concerne les enfants naturels? Nulle part peut-être l'interprétation doctrinale et judiciaire n'a eu plus à faire, non-seulement en ce qui concerne

la preuve de la filiation des enfants naturels, mais encore en ce qui concerne leurs droits.

Toutes ces raisons me semblent suffisantes pour admettre la doctrine soutenue par MM. Delpesch, Valette et Demolombe. Elle est conforme à cette méthode que j'ai signalé dès le début, à savoir qu'il faut se montrer large pour multiplier les moyens qu'ont les enfants naturels d'être reconnus ; car les mœurs ont à souffrir de la faute, jamais de la réparation.

97. Les principes que nous venons d'exposer ne nous laissent pas douter que si l'enfant naturel a tout à la fois une reconnaissance authentique et une possession d'état conforme, il ne peut pas plus contester sa filiation ainsi établie, qu'on n'a le droit de l'attaquer. En un mot, nous concluons que l'art. 322 est applicable en matière de filiation naturelle.

CHAPITRE II.

Des enfants adultérins et incestueux.

98. Si le vœu du législateur était accompli, on n'aurait jamais à s'occuper de la filiation adultérine ou incestueuse.

Le législateur a craint, pour les familles et pour la société, la révélation funeste des attentats qui produisent cette filiation ; il n'a pas voulu qu'on vînt contrister et troubler la conscience publique, en lui montrant la violation de ces grands devoirs qui sont la garantie essentielle de la pureté du foyer domestique et du bon ordre des familles ; son vœu est donc que ces crimes contre la morale demeurent ensevelis dans l'obscurité

et le silence, à ce point qu'il semble les regarder en quelque sorte comme impossibles et qu'il en repousse la preuve par une fin de non-recevoir insurmontable.

On peut sans doute critiquer ce système au point de vue moral et philosophique, et, pour ma part, je ne serais pas éloigné de penser que le mieux en législation et lorsqu'il s'agit de gouverner les hommes, c'est, si j'osais dire ainsi, de les prendre tels qu'ils sont; il me paraît très douteux qu'il y ait beaucoup d'avantages à ne pas voir ce que tout le monde voit et à nier ce qui est certain; on s'expose ainsi à des résultats choquants, qui mettent cette ignorance affectée de la loi en contradiction avec l'évidence des faits, et qui produisent un scandale souvent beaucoup plus grand que la vérité qu'on n'a pas voulu reconnaître et qu'on n'a pas pu dissimuler.

Ces réflexions me sont inspirées par ce sujet même; car nous allons bientôt constater des conséquences infiniment regrettables et auxquelles d'excellents esprits n'ont pas voulu se soumettre, mais qui n'ont pu être repoussées, selon nous, qu'en méconnaissant la théorie que les rédacteurs du Code Napoléon nous paraissent avoir certainement adoptée.

Le Code Napoléon n'admet aucune révélation de la filiation adultérine ou incestueuse. Il repousse tous les genres de preuve par lesquels on prétendrait en établir l'existence; il les repousse toujours et de quelque part qu'ils viennent: soit de la part des père et mère, soit de la part de l'enfant, soit, enfin, de la part de toute autre personne agissant du chef de l'enfant ou contre lui.

Aux père et mère, l'art. 335 interdit toute recon-

naissance : « La reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. »

À l'enfant, l'art. 342 défend toute réclamation : « Un enfant ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'art. 335, cette reconnaissance n'est pas admise. »

Les dangers que le législateur redoute, la crainte d'offenser la pudeur publique par les plus scandaleuses révélations, seront, dans tous les cas, les mêmes par quelque personne que l'action soit intentée; donc, la défense, pour être salutaire et logique, doit être absolue (1).

99. Repoussés par cette triple prohibition, il semble que ces malheureux enfants soient devant la loi comme s'ils n'étaient pas, et que le législateur préfère dissimuler un mal qu'il se sent impuissant à réparer. Cependant l'art. 762, tout en déclarant les enfants adultérins ou incestueux inhabiles à recueillir la succession de leurs auteurs, leur accorde des aliments. Mais n'y a-t-il pas antinomie à dire : Je vous assure tel droit si vous avez telle qualité; cette qualité, je vous défends absolument de la prouver par aucun moyen.

100. Tous les auteurs répondent : Sans doute, la filiation adultérine ou incestueuse ne peut être directement reconnue ou recherchée; mais, en fait, elle peut être constante : il s'agit d'indiquer dans quels cas. C'est sur cette indication que les opinions se partagent et que se présente, en effet, une véritable difficulté.

(1) Merlin, *Répert.*, t. XVI, v^o *Filiation*, nos 48 et 49. — Arrêt de la C. de Cassation du 6 mai 1820, Diozi, contre les héritiers du général Ramel.

101. Et d'abord, devra-t-on considérer absolument comme non avenue une reconnaissance consignée dans un acte authentique? Oui, répond une jurisprudence imposante (1); cette jurisprudence nous paraît avoir saisi l'économie de la loi. Le texte même de l'art. 335 semble prononcer la nullité de cette reconnaissance de la manière la plus formelle: « Cette reconnaissance, dit l'article, ne pourra avoir lieu; » ce n'est pas que je prétende que cette formule législative soit nécessairement irritante; je suis loin d'adopter la célèbre maxime de Vinnius, de Voët, de Perèze, de Vantius et surtout de Dumoulin: La violation d'une loi prohibitive emporte nécessairement la nullité de l'acte « *negativa præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.* » Mais s'il est vrai que cette formule ne soit pas toujours suffisante pour prouver, de la part du législateur, l'intention de prononcer la nullité, on ne peut pas non plus méconnaître qu'elle peut en devenir une preuve très forte, suivant les circonstances, *ex subjecta materia*, comme disait encore Dumoulin (2); et voici particulièrement trois circonstances qui me semblent imprimer à cette formule la sanction de la

(1) Cour de Lyon, 3 février 1841. — C. de Montpellier, 20 mars 1838. — C. de Limoges, 9 juin 1838. — C. de Rennes, 4 décembre 1837. — C. de Bordeaux, 21 décembre 1835. — C. de Toulouse, 15 mai 1827. — C. de Paris, 7 avril 1825. — C. de Nancy, 9 mars 1824. — C. de Pau, 27 juillet 1822. — C. de Riom, 6 août 1821. — C. de Rouen, 6 juillet 1820. — C. d'Angers, 4^{er} avril 1818. — C. de Dijon, 11 novembre 1819. — C. de Bruxelles, 14 mai 1811. — La doctrine est aussi à peu près unanime dans ce sens. — *Contrà* Toullier, t. II, n^o 967. — Merlin, *Répert.*, v^o *Filiation*, n^o 20. — Bedel, *Traité de l'adultère*, n^o 70 et suivants.

(2) Dumoulin, t. III, p. 18, sur la loi 1, de *Verborum obligationibus*, n^o 2.

nullité : c'est d'abord lorsque la disposition législative dont s'agit, n'aurait sans cela aucune sanction; en second lieu, lorsqu'elle pourrait sans cela être très facilement et très souvent éludée; enfin, lorsque la nullité absolue de l'acte prohibé paraît être le moyen même que le législateur a choisi pour atteindre le but qu'il se proposait.

Or, ces trois circonstances se réunissent au plus haut degré dans notre hypothèse. D'abord, aucune sanction ne se trouve dans l'art. 333, ni ailleurs, contre la violation de la défense qu'il décrète; en second lieu, nulle défense ne pourrait être plus souvent et plus facilement violée. Est-ce qu'en effet, l'officier de l'état civil ou le notaire devant lequel se présente un homme ou une femme pour la reconnaissance d'un enfant, peut le plus souvent vérifier le caractère de la filiation déclarée? Est-ce que, dans les grands centres de population, ce contrôle est presque jamais praticable, surtout si l'enfant est reconnu plusieurs années après sa naissance et lorsque déjà la position des père et mère a pu changer par la dissolution d'un mariage existant à l'époque de la conception? Une telle défense purement prohibitive et dépourvue de toute sanction ne serait donc qu'une lettre morte. Enfin, la nullité absolue de la reconnaissance était ici le moyen que le législateur devait nécessairement employer pour atteindre le but qu'il se proposait. Ce but, quel est-il? nous l'avons déjà dit : c'est de garantir les mœurs publiques; c'est d'empêcher la révélation de ces attentats contre le bon ordre des familles et de l'État. Or, le scandale redoutable et redouté n'est pas principalement dans la déclaration faite à l'officier de l'état civil ou au notaire, déclaration qui peut

même demeurer souvent secrète et inconnue du public. Le scandale serait dans les actions judiciaires qu'on ferait produire à cette déclaration ; il serait dans les débats de l'audience, dans les procès publics qui appelleraient la justice du pays à consacrer ces criminelles relations, comme une cause légitime de droits et d'obligations !

L'art. 335, d'ailleurs, fut ajouté dans le projet du Code, d'après une observation de la Cour d'appel de Lyon, et cette Cour prononçait la nullité de l'acte fait en contravention de cet article (1).

Donc, sous tous ces rapports, la nullité absolue a dû être prononcée ; donc l'art. 335, par sa disposition prohibitive et cassante, prononce, en effet, textuellement cette nullité.

Pour moi, tous les cas sont fort douteux ; il n'en est

(1) Voici cette observation : « Serait-il possible que la loi autorisât la déclaration publique et authentique de l'inceste et de l'adultère ? Ce ne sont pas précisément les actions immorales qui anéantissent les mœurs, lorsqu'elles demeurent ensevelies sous le voile d'un mystère impénétrable. Le mystère lui-même est un hommage aux mœurs ; ce n'est pas même leur publicité, si l'opinion publique les flétrit, si elle voue au mépris les êtres immoraux ; mais si l'opinion publique, si la loi elle-même les tolère, si elle n'en proscribit pas les fruits, l'immoralité triomphe, la vertu est dédaignée ; bientôt, par une contagion funeste, il n'y a plus de mœurs, plus de vertu ; et qu'est-ce qu'une nation sans vertu et sans mœurs ? Il est donc impossible que la loi autorise un libertin à publier légalement et impunément qu'il est coupable d'adultère ; la loi peut tolérer une faiblesse, elle ne peut supporter un crime : s'il existe, elle doit le punir. » (Pag. 40 et 41, Observ. de cette Cour.) — N'est-il pas évident dès lors, que le législateur, en édictant l'art. 335, n'a entendu que reproduire purement et simplement les idées de la Cour d'Appel de Lyon, et qu'il a considéré la nullité de la reconnaissance comme virtuellement renfermée dans les termes prohibitifs dont il s'est servi, comme essentiellement liée à cette prohibition ?

qu'un seul où il soit certain que l'enfant est adultérin : c'est lorsqu'il a été désavoué avec succès (art. 312 et 313); car alors il est également démontré que l'enfant est né d'une femme mariée, et qu'il n'est pas des œuvres du mari de la mère.

102. Mais un homme déjà marié contracte une nouvelle union ; un frère épouse sa propre sœur : ces unions qui ont été contractées de mauvaise foi, ont été, plus tard, sur la poursuite des parties intéressées ou du ministère public, déclarées nulles pour cause de bigamie ou d'inceste. Faut-il dire, avec la Cour régulatrice, que l'enfant né de ces mariages est adultérin dans le premier cas, incestueux dans le second ; que sa filiation est ainsi établie par l'acte de naissance et par le mariage de ses père et mère ? Nous ne saurions le penser. Pierre qui est marié, se marie une seconde fois ; cette union, qui a été contractée de mauvaise foi, a été ensuite annulée en justice ; les enfants qui en sont nés sont-ils adultérins ? Qu'est-ce qui le prouve ? Rien n'établit que Pierre est le père des enfants de la femme avec laquelle il a vécu ; rien ne l'établit ; car son mariage étant radicalement nul, la présomption, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, est inapplicable. Jacques épouse Marguerite sa sœur ; cette conjonction illicite, contractée de mauvaise foi, est cassée par la justice. Les enfants qui sont nés de ce mariage ont-ils une filiation incestueuse légalement établie ? évidemment non. Qu'y a-t-il de certain dans l'espèce ? la maternité. Mais comme la présomption légale édictée dans l'art. 312 ne peut recevoir son application, il est impossible d'admettre que les enfants sont incestueux.

103. Doit-on encore citer, avec Malpel, au nombre

des cas dans lesquels la filiation d'un enfant adultérin peut se trouver constatée, celui d'enlèvement de la mère? évidemment non. L'art. 342 s'oppose, d'une manière explicite, à ce que, même dans ce cas, la paternité soit constatée par jugement (1).

104. Enfin, nous ne saurions considérer comme adultérin l'enfant qui a pour père une personne engagée dans les Ordres sacrés. Le Code Napoléon n'ayant pas mis les prêtres dans la catégorie des personnes incapables du mariage civil, ne serait-ce pas tomber dans l'arbitraire que de créer ainsi un empêchement dirimant que la loi ne renferme pas?

105. Terminons ces développements par une réflexion critique. La loi a voulu éviter le scandale qui résulterait de la reconnaissance ou de la recherche de ces crimes contre nature : l'adultère et l'inceste. En même temps, toutefois, elle n'a pu refuser à ces malheureux enfants dont les crimes souillent la naissance, au moins des aliments; car, comme le disait M. Siméon dans son discours au Corps législatif, c'est bien le moins qu'ils aient le droit d'exiger de ceux qui leur ont donné la vie, ce qui est absolument nécessaire pour la conserver. Enfin, elle a dû empêcher que, par des libéralités, on ne réparât l'inégalité nécessaire et morale qu'elle établissait entre les enfants du crime, ceux de la faiblesse et ceux du mariage. Ce triple but, il sera le plus souvent faussé! Des enfants adultérins aux yeux de tous, si ce n'est aux yeux de la loi, profiteront en étrangers de libéralités scandaleuses; tandis qu'à côté, des enfants adultérins aussi aux yeux de tous si

(1) *Traité des successions*, n° 469.

ce n'est aux yeux de la loi, se verront refuser des aliments indispensables. Chose déplorable ! Éminemment moraux dans leur esprit, fréquemment immoraux dans leur application, les art. 335 et 342 sont à la fois dignes d'éloge et de blâme. Il faudrait les modifier ; mais comment faire ? je n'en aperçois pas le moyen : Je connais le mal, mais je ne connais pas le remède.

Dans le cas de l'erreur, c'est à dire dans le cas où l'on a fait une erreur de fait, il est dit que l'erreur de droit ne nuit point si l'on n'a pu s'en apercevoir. Comment concilier cette décision avec la règle générale qui veut que l'erreur de droit est excusable que l'on ne peut s'en apercevoir. Il faut la considérer comme une exception.

Le Code de procédure civile, art. 144, § 1, a consacré cette exception de fait de l'erreur de droit en opposant la compensation dans les actions de fait à l'erreur de droit. Mais, lorsqu'elle avait été insérée dans la loi, elle était qualifiée d'erreur de fait, et non d'erreur de droit.

est pour la loi.

Droit civil français.

POSITIONS.

Droit Naturel.

- 1. La faculté de tester ne dérive pas du Droit naturel.

Droit Romain.

- 2. Pour la perfection du contrat *litteris*, il fallait que le *nomen* fût inscrit non seulement sur le *codex expensi* du créancier, mais encore sur le *codex accepti* du débiteur.

Gai, Comm. III, § 137. — Cicéron, *pro Roscio commado*. Orat. 3, § 4. — Titre de *Edendo*, D. — *Vaticana*, Jur. Rom. Frag., § 329.

- 3. Les associés dont les apports sont égaux peuvent-ils convenir que le gain ou la perte seront inégalement distribués? — Oui.

F. 23, de *Diversis regulis*. — F. 6, F. 30, F. 80, *pro socio*. *Nec obstat*, F. 29, h. t.

4. Dans la loi 10, *de Bonorum possessionibus*, à l'occasion d'un cas de *lucrum*, c'est à dire dans le cas où quelqu'un a laissé écouler les délais accordés pour la possession de biens, il est dit que l'erreur de droit ne nuit point si l'on n'a pu s'éclairer. Comment concilier cette décision avec la règle posée par Papinien, à savoir que l'erreur de droit n'est excusable que lorsqu'il s'agit d'une perte à éviter? Il faut la considérer comme une exception.
5. L'exception de dol à l'aide de laquelle on opposait la compensation dans les actions *stricti juris*, avait pour effet, lorsqu'elle avait été insérée dans la formule et qu'elle était justifiée, de faire absoudre le défendeur pour le tout.

Droit civil Français.

6. Déterminer la portée de ces expressions de la loi dans l'art. 180 du Code Napoléon : *Erreur sur la personne*.
7. L'héritier irrégulier, de même que l'héritier légitime, acquiert de plein droit la *possession* des choses laissées par le défunt, dès l'instant même de l'ouverture de la succession.
8. Les libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre intéressé, sont soumises au rapport.
9. Les meubles *incorporels*, tels qu'une créance, une rente, doivent être rapportés comme les meubles *corporels* et non comme les immeubles.
10. L'action en nullité pour cause de dol est *réelle* et non *personnelle*; par suite, elle est opposable, non seulement à la partie qui a figuré au contrat et à ses héritiers ou successeurs universels, mais encore à ses successeurs particuliers.
11. Une donation peut être faite sous la condition de dotalité à une femme qui ne s'est constituée en dot que ses biens présents.

Procédure civile.

12. Pour obtenir l'annulation d'une adoption irrégulière, il faut porter la demande devant le Tribunal de première instance.
13. Préciser les matières *mixtes* que vise l'art. 59 du Code de Procédure civile.

Droit Criminel.

14. Les Cours d'assises peuvent appliquer le bénéfice des circonstances atténuantes aux accusés qu'elles jugent par contumace.

Droit Administratif.

15. Le droit qu'ont les tribunaux d'examiner si toutes les formalités administratives qui précèdent l'expropriation pour cause d'utilité publique ont été remplies, ne va pas jusqu'à discuter la validité, l'opportunité ou la régularité des actes qui leur sont soumis.
16. L'administration a le droit de faire démolir l'usine construite sans autorisation sur une rivière non navigable ni flottable.

Droit Commercial.

17. Une créance à terme devenue exigible par la faillite peut se compenser avec une dette actuellement échue dont on est tenu envers le failli.

Droit Public.

18. Les ministres des cultes peuvent être poursuivis directement et sans autorisation préalable du Conseil d'État, pour des faits relatifs à leur ministère.

Droit International.

19. Une nation a le droit d'intervenir dans les affaires d'une autre nation pour faire respecter les règles fondamentales et universelles sur lesquelles reposent les rapports sociaux.

Droit Fiscal.

20. La régie de l'enregistrement et des domaines n'a pas un privilège pour les droits de mutations par décès sur les valeurs mobilières de la succession.

APPROUVÉ :

*Le Doyen de la Faculté de Droit de
Toulouse,*

DELPECH.

YU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse, le 6 août 1856.

*L'Inspecteur général de l'enseignement supérieur,
délégué pour l'administration de l'Académie de
Toulouse,*

F. LAFERRIÈRE.

Jury d'Examen :

M. RODIÈRE, Président de la Thèse.

SUFFRAGANTS } MM. **DELPECH**, Doyen.
BRESSOLLES.
MASSOL.
BATBIE.