THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✠, Doyen, professeur de Droit Commercial.
MOLINIER ✠, professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES ✠, professeur de Code Civil.
MASSOL ✠, professeur de Droit Romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code Civil.
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code Civil.
ROZY, professeur de Droit Administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, professeur d'Économie politique
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de Douai.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

Président de la Thèse : M. HUC.

Suffragants : MM. BRESSOLLES, professeur.
ROZY, professeur.
DELOUME, agrégé.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.

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

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA

PATRIA POTESTAS

EN DROIT ROMAIN

DE

LA PUISSANCE PATERNELLE

PAR RAPPORT A LA PERSONNE DE L'ENFANT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Paul DUCASTAING

AVOCAT

TOULOUSE

PAUL PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

RUE TRIPIÈRE, 9

1876

DROIT ROMAIN

De la Patria potestas.

L'expression *patria potestas* n'impliquait nullement à Rome l'idée de paternité. Le *paterfamilias* n'est pas, en effet, l'homme qui a des enfants; c'est le citoyen libre, *sui juris*, c'est-à-dire qui ne se trouve placé sous la puissance de personne, peu importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas lui-même quelqu'un soumis à son autorité. *Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet, rectèque hoc nomine appellatnr, quamvis filium non habeat* (1). On peut ainsi se trouver *paterfamilias* en naissant. Revêtu de ce titre, on a le *dominium in domo*, on est maître unique et absolu de la *familia* dans son

(1) L. 195, Dig., *de verb. signif.*; l. 4, 1, 6, *de his qui sui vel alieni juris sunt.*

sens le plus large, maître unique et absolu du patrimoine tout entier; en d'autres termes, on exerce la *patria potestas*.

Comme on le voit, notre locution française *puissance paternelle* traduit mal les mots *patria potestas*, puisque cette dernière expression sert à désigner, non pas le pouvoir du père, mais le pouvoir du *chef de la famille romaine*.

Qu'est-ce donc que cette famille romaine? *Jure proprio familiam dicimus*, répond Ulpien, *plures personas quæ sunt sub unius potestate, aut naturâ, aut jure subjectæ, ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utput nepotes et neptes, et deinceps* (1). D'après ces mots, nous pouvons définir la famille en droit romain : le *paterfamilias* et tous ceux qui sont soumis à sa puissance; ou bien encore, l'ensemble des personnes unies par le lien purement civil de l'agnation. A lui seul, le lien du sang n'est donc pas attributif de telle famille plutôt que de telle autre.

Pour se rendre un compte exact de cette constitution de la famille, il faut à tout prix chasser de son esprit toute idée chrétienne et moderne. « Ne cherchons pas dans ce droit primitif l'action efficace de l'équité naturelle, et cette voix de l'humanité qui parle si haut chez les peuples civilisés...

(1) Dig., l. 195, 50, 16.

On n'est pas dans la famille parce qu'on est fils, ou époux, ou parent, mais parce qu'on est fils en puissance, époux en puissance... En un mot, la famille romaine, création singulière d'un peuple né pour le pouvoir, n'est pas autre chose que l'ensemble des individus reconnaissant la puissance d'un seul chef (1). »

Ainsi entendue, la famille a son origine et sa base non pas dans le mariage comme chez nous, mais dans la puissance du chef, à la fois domestique, civile, politique (2) et religieuse. C'est là une institution, nous dit Gaïus, tout à fait spéciale au peuple romain : *Quod jus proprium civium romanorum est; ferè enim nulli alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem qualem nos habemus* (3). Cette réflexion du jurisconsulte ne doit pas avoir une portée trop considérable, ni faire supposer que la *patria potestas* n'a aucun point de rapprochement avec les législations et les mœurs de l'antiquité. Examinons, en effet, les caractères particuliers qui distinguent principalement la puissance paternelle romaine à son origine; nous verrons par là dans quelle mesure l'assertion de Gaïus est exacte.

(1) Troplong : *Influence du christianisme sur le Droit civil des Romains.*

(2) « Chaque famille emporte avec elle dans sa sphère, les familles plébéiennes qui lui sont attachées par le lien public et religieux de la clientèle. » (Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. I.)

(3) G. Comment. I, § 55.

Ces caractères sont au nombre de trois :

1° *Perpétuité.* — Toute sa vie l'ascendant garde la même autorité vis-à-vis de ses enfants ; ni l'âge, ni le mariage, ni les fonctions publiques les plus élevées ne sauraient jamais les émanciper, au moins *invito patre;* de telle sorte que vis-à-vis du *pater-familias,* fils et petits-fils sont égaux. C'est à ce point de vue surtout que le caractère de la *patria potestas* est vraiment original. Il y a dans cette assimilation complète entre le père et le fils par rapport à l'aïeul, quelque chose de blessant pour le père, et qui va manifestement à l'encontre des lois de la nature. Comment les petits-fils, courbés aujourd'hui avec leur père sous un même joug, et dans un égal degré d'infériorité, pourront-ils demain, si le *pater-familias* vient à mourir, reporter sur celui qui a hérité de son autorité ce respect, cette obéissance absolue qu'il va leur demander? On a de la peine à le comprendre. Cependant l'histoire romaine a eu à enregistrer de bien rares cas d'insubordination domestique. Nous voyons au contraire un fils maltraité par son père, en apprenant que ce dernier va être cité en justice pour ce fait, accourir en toute hâte auprès du dénonciateur, et le menacer de mort s'il ne renonce pas sur-le-champ à son coupable dessein. Ces exemples d'héroïsme ne se renouvellent sans doute pas tous les jours. Mais il faut reconnaître que dès leur plus tendre enfance, les Romains étaient pénétrés de la nécessité de ce respect

inviolable qu'ils devaient garder en toute occasion aux lois de leur pays. Les armes terribles que l'on avait mises au service du pouvoir paternel étaient là d'ailleurs pour leur rappeler cette obligation. Peut-on songer sans frémir au supplice épouvantable qui punissait le parricide?

2° *Exclusion de la mère de toute participation à la* patria potestas. — Les jurisconsultes de Rome nous ont laissé de fort belles définitions du mariage, d'où il résulterait que la femme, dans leur société, prenait part aux honneurs de son époux, que l'un et l'autre *mettaient en commun toute leur existence au point de vue civil comme au point de vue religieux* (1). Si telle est la signification de cette *communicatio divini atque humani juris*, dont ils nous parlent, il nous en coûte de les croire sur parole, car quels sont les droits (*humani juris*) dont les maris pouvaient bien laisser le plus mince exercice à leur femme, eux qui leur refusaient le droit le plus sacré, le plus conforme aux vœux de la nature, celui de surveiller, de concert avec eux, l'éducation des enfants communs, de prendre en main leurs intérêts, d'élever la voix en leur faveur, le droit en un mot de participer de près ou de loin à l'exercice de la puissance paternelle? Bien loin de là, la mère, la compagne du *paterfamilias* est, chose inouïe, par rapport à lui, *loco filiæ*, et, par

(1) Demangeat, *Cour élémentaire de Droit romain*, t. I.

rapport à ses propres enfants ou petits-enfants, *loco sororis;* soumise comme eux, et plus qu'eux à l'autorité du chef de famille. En passant de la maison de son père dans la famille de son mari, elle n'acquiert pas un seul droit, elle ne fait que changer de maître. Les biens qu'elle apporte, ceux qu'elle gagne plus tard, les enfants qu'elle met au monde, rien de tout cela ne lui appartient, tout appartient au mari. Les principes de la famille s'opposent à ce qu'il y ait plus d'un maître, et ce maître unique doit avoir une puissance sans contrôle parce qu'elle est sans limites. Voilà pourquoi la mère se trouve à jamais exclue; voilà pourquoi on disait : *Mulier caput et finis familiæ suæ* (1).

Les textes nous parlent parfois de la *materfamilias*. C'était là un titre purement honorifique, s'appliquant à la femme *sui juris*, ne se trouvant sous la *manus* de personne. Son droit se borne à posséder un patrimoine, des esclaves; jamais il ne va jusqu'à lui permettre d'avoir des enfants *in potestate*.

3° *Incapacité d'acquérir des fils de famille.* — Empreinte d'un caractère essentiellement despotique, la *patria potestas* aurait bientôt perdu ce trait distinctif si le fils de famille avait pu se créer, par son industrie ou son travail, un patrimoine propre, séparé du patrimoine du chef. Son indépendance eût

(1) Dig., l. 195, § 5, 50, 16.

été dès lors assurée. Or, c'est ce résultat qu'il fallait empêcher. Le législateur ne s'y est pas trompé. *Igitur,* dit Gaïus, *quod liberi nostri quos in potestate habemus adquirunt, id nobis adquiritur;* IPSE ENIM QUI IN POTESTATE NOSTRA EST NIHIL SUUM HABERE POTEST (1). Tel est le principe : les individus en puissance ne peuvent rien acquérir pour eux. C'est ce qui a fait dire avec quelque exagération que la *patria potestas* ne laisse pas de place dans la famille pour une personnalité juridique autre que celle du chef, que toute autre individualité que la sienne est radicalement supprimée. Cela est aller trop loin. Nous irons, si l'on veut, jusqu'à ravaler le fils au rang d'esclave sous bien des rapports ; mais l'esclave lui-même est une personne ; s'il n'était qu'une chose, comment pourrait-il entrer partie dans un contrat, représenter son maître, contracter une obligation naturelle? Or, pour lui-même, dans son intérêt, le fils de famille, comme l'esclave, est incapable d'acquérir ; il sert seulement d'instrument à la volonté du *paterfamilias,* et ce n'est qu'en sa faveur qu'il peut figurer dans une stipulation.

Sur ces trois points, la *patria potestas* viole singulièrement les règles du droit naturel, et si on la jugeait d'après nos mœurs actuelles, on ne saurait être assez sévère pour cette institution. Si au contraire on se reporte à l'époque des premiers temps

(1) Comment. II, 87.

de Rome, tout s'explique et se justifie. Romulus, rapporte Denys d'Halicarnasse, concéda au père *toute puissance* sur son fils *pour tout le temps de sa vie* (1). N'était-ce pas là un acte d'habileté politique qui fait honneur au génie du premier roi de Rome? Ses compagnons d'armes, bande de voleurs, de pillards, de brigands, n'étaient disposés à rien moins qu'à accepter son autorité; la nécessité de se défaire par un crime de son frère Rémus, le lui avait bien prouvé. Il songea alors, tout en se réservant à lui-même l'*imperium* ou magistrature suprême, à partager le reste de la puissance publique avec chacun de ses sujets. Chacun d'eux devint dans sa maison, le chef politique et religieux de la corporation agnatique, le magistrat jugeant en dernier ressort les faits et gestes des individus soumis à son autorité. C'était là un moyen adroit de retenir et fixer à perpétuelle demeure les premiers conquérants de Rome. Le droit civil, dit M. Troplong, n'est à l'origine *qu'un ensemble de créations artificielles et arbitraires.*

Étant donné ce caractère de magistrature, de *munus publicum* attaché à la *patria potestas,* on comprend que la femme se trouvât dans l'impossibilité d'arriver jamais à l'exercice de cette sorte de fonction, à la fois publique et privée, fondée sur des motifs d'intérêt public, d'ordre général. Cette

(1) Denys d'Halicarnasse, liv. 2, ch. 26.

patria potestas que nous étudions ressemble d'ailleurs beaucoup à celle qui, dans les sociétés en formation, appartient au chef de la famille patriarcale. Ce dernier, en effet, n'a-t-il pas un pouvoir tout aussi illimité que celui du *paterfamilias* romain? Chez les Hébreux par exemple, le père n'est-il pas revêtu d'une autorité absolue, sans appel? N'a-t-il pas lui aussi, au moins jusqu'à l'avénement de Moïse, droit de vie et de mort sur chacun des membres de sa famille? Les femmes n'y comptent même pas quand il s'agit de faire le dénombrement d'une population. Et lorsque Jules César envahit la Gaule n'eut-il pas à constater que, parmi cette nation encore, les maris avaient droit de vie et de mort sur leurs femmes et sur leurs enfants (1). « Dans le mariage héroïque, dit très-poétiquement Michelet, la femme n'est que la propriété de l'homme, le trésor de son plaisir, une plante ravissante, un arbre du paradis, où il cueille le fruit humain (2). » Quel droit d'ailleurs, lui aurait-on reconnu, même vis-à-vis de son enfant, à cet être inférieur, auquel la science physiologique refusait même de reconnaître la part qui lui revient avec l'homme dans l'acte de la procréation (3)?

(1) Cæsar, *de Bello Gallico*, VI, 19.

(2) Michelet, *Origines du Droit français*.

(3) Suivant l'erreur communément adoptée dans l'antiquité, le rôle de la femme se bornerait uniquement à recevoir le germe déposé en elle par l'homme, sans qu'elle contribue elle-même en rien à la fécondation de ce germe.

Plus peut-être qu'aucun autre peuple de l'antiquité, les Romains avaient méconnu la mission de la femme au sein de la famille, et la grandeur du rôle qu'elle est appelée à remplir dans la société. Sans parler des violences de langage auxquelles se laissait emporter parfois le zèle de Caton dans ses récriminations contre le sexe *indompté*, les auteurs anciens tels que Tite-Live, Valère-Maxime, font souvent mention de l'*imbecillitas mulierum*, de leur *levitas animi*, par opposition à la *majestas virorum*. Ces historiens ne faisaient que reproduire des idées universellement acceptées. Leurs compatriotes avaient une si faible idée du mérite des femmes, qu'ils les maintinrent durant sept siècles dans une tutelle perpétuelle. Ce tuteur était nommé par le *paterfamilias* mourant; il n'y avait d'exception qu'en faveur des vestales, *in honorem sacerdotii*, nous dit Gaïus (1). La vestale, en effet, était libre de toute autorité. Aussitôt qu'elle était reçue on lui coupait les cheveux en signe d'affranchissement et de liberté. Elle se trouvait dès lors en dehors de sa famille, ayant droit à des honneurs exorbitants pour son sexe, et pourvue de capacités refusées à toute autre personne.

Néanmoins, s'il faut en croire Niebhur, chez aucun autre peuple les femmes n'ont été plus respectées qu'à Rome (2). Dans des fouilles récen-

(1) G. *Com.* I, 144, 145.

(2) Ce que dit cet auteur, à propos du respect dû aux femmes,

tes on a, en effet, découvert quantité de vieilles inscriptions tumulaires qui leur font le plus grand honneur, car on y célèbre toutes les vertus de leur sexe. Sont-ce là des exceptions à un état de choses tout contraire? Il serait difficile de se prononcer. Ce qu'il y a de certain, c'est que, respectée ou non, la femme se trouvait, comme l'enfant, sous la juridiction du *paterfamilias*. Nous en trouvons mainte preuve dans les historiens de Rome, qui nous parlent de femmes coupables citées au tribunal de la famille, et acquittées ou condamnées par leur propre mari.

On ne peut nier d'un autre côté que de bonne heure les femmes cherchèrent et réussirent, grâce à la complaisance des juristes, à se créer une situation préférable à celle que leur avait faite la

nous paraît s'appliquer plutôt à une certaine classe de femmes qu'on appelait les *matrones*, qu'au sexe en général : « Les femmes avaient sauvé Rome. Romulus leur accorda des honneurs pour elles-mêmes et pour l'ordre des matrones. On leur accorda la dispense de tous les travaux domestiques, excepté de filer et de tisser. Tout homme qui rencontrait une matrone était obligé de lui faire place, et quiconque blessait sa pudeur par des paroles déshonnêtes, ou offrait à ses regards des objets indécents, était passible de la peine de mort. Le mari qui aurait abusé de la puissance paternelle pour vendre sa femme, comme il pouvait vendre ses enfants, aurait été voué aux dieux infernaux. Il pouvait se séparer de sa femme si elle avait commis un adultère, si elle avait empoisonné ses enfants, si elle avait contrefait les clés qui lui étaient confiées. Mais s'il l'abandonnait sans avoir un de ces motifs, la moitié de sa fortune était le partage de celle qu'il offensait, et l'autre moitié appartenait au temple de Cérès. » (*Histoire romaine*, t. I.).

constitution politique de la famille romaine. C'est ce qui a fait dire à Cicéron : « Nos ancêtres voulurent que toutes les femmes fussent au pouvoir des tuteurs; les jurisconsultes ont inventé des espèces de tuteurs qui se trouvent au pouvoir des femmes (1). » Leurs efforts n'aboutirent pourtant jamais jusqu'à se faire attribuer la *patria potestas*. Ce ne fut qu'au temps des empereurs qu'on leur en accorda quelques attributs.

En résumé, puissance unique et absolue du *pater-familias*, et complet assujettissement, par rapport à la personne comme par rapport aux biens, des autres membres; telle est, jusque vers l'époque d'Auguste, l'essence de la constitution familiale. Ainsi organisé, ce droit brutal et égoïste était certainement de nature à seconder les aspirations du peuple romain, c'est-à-dire capable de lui donner une puissance immense. On commençait par concentrer l'autorité, par ramener tout à l'unité dans la famille, en attendant que cette agglomération de familles, qui s'appelait la *cité*, devînt elle-même maîtresse unique du monde entier. Aussi, ce qui surprend, ce n'est pas tant cette institution si forte et si vigoureuse qui a inauguré les commencements de Rome, que son maintien et sa durée. Et encore cet étonnement diminue-t-il si l'on songe combien les Romains poussaient loin ce respect superstí-

(1) Cicéron, *pro Murenâ*.

tieux des vieilles traditions. Et puis, « une seule passion dominait les cœurs dans cette République, c'était l'ambition; elle absorbait tout; chaque particulier s'identifiait tellement avec la gloire et l'esprit de conquête de l'État, que toute autre préoccupation lui était étrangère. » Or, on ne laissait pas ignorer aux jeunes Romains que le secret de l'agrandissement prodigieux de leur patrie se trouvait précisément dans cette sévérité des lois. On comprend dès lors que chez une nation qui avait adopté pour devise : *Adversus hostem æterna auctoritas,* l'autorité, la sévérité soit restée longtemps le cachet de cette *patria potestas* que nous nous sommes proposé d'étudier.

Notre plan se trouve tracé de lui-même. Nous allons exposer comment la puissance paternelle commence, comment elle fonctionne, et comment elle prend fin. Nous nous arrêterons aussi peu que possible à l'indication de ses sources et de ses modes d'extinction, préférant réserver de plus amples développements à l'exposé de ses attributs.

Chacun des points que nous toucherons nous fournira l'occasion de constater les modifications successives que les progrès du droit et l'adoucissement des mœurs ont fait subir à la puissance paternelle. Ses prérogatives les plus exorbitantes, ses effets les plus choquants disparaissent petit à petit au fur et à mesure que l'on s'éloigne des origines de Rome. Sous l'influence du droit des gens, puis du christia-

nisme, « les fictions disparaissent, la famille civile finit par se confondre avec la famille naturelle (1). »

I

Sources de la puissance paternelle.

La *patria potestas* dérive du *mariage*, de la *légitimation* et de l'*adoption*. Examinons successivement ces trois manières de l'acquérir.

1° *Mariage.*

La cause la plus ordinaire, la cause normale qui produit la puissance paternelle, c'est le mariage. Et ici nous nous trouvons tout de suite en présence d'une particularité du Droit romain. Chez nous, bien que le *mariage* n'ait pas de définition légale, cette expression apporte toujours avec elle un sens précis ; c'est l'union indissoluble entre un homme et une femme, résultant de l'accomplissement des prescriptions de la loi. Mais en Droit romain, où le mariage n'est pas indissoluble, où ce grand acte ne nécessite ni la présence d'un officier de l'état civil,

(1) Troplong, *Influence du christianisme sur le Droit civil des Romains.*

ni la rédaction d'un écrit, ni aucune espèce de formalité, à quels signes reconnaîtrons-nous s'il y a ou s'il n'y a pas mariage, nous voulons dire mariage produisant les effets les plus complets, les plus avantageux, et avant tout l'exercice de la puissance paternelle? C'est ce qu'il s'agit d'examiner.

Il y avait à Rome plusieurs sortes d'unions reconnues par les mœurs et sanctionnées par les lois. Le *contubernium,* pour commencer par la liaison la moins honorable, était le commerce entre esclaves, ou entre une personne libre et une personne esclave. L'enfant né ainsi hors mariage suivait la condition de la mère. Telle était la règle générale, à laquelle le sénatusconsulte Claudien, en vigueur depuis le règne de Claude jusqu'à celui d'Adrien, avait apporté la dérogation suivante : Si une *civis romana* qui a eu des relations avec l'esclave d'autrui, *volente domino*, met au monde un enfant, cet enfant est esclave (1). Gaïus indique encore deux autres exceptions à cette règle (2).

Le *stuprum* est toute liaison contraire aux mœurs ou aux lois et dans laquelle, dit Justinien, il n'y a ni époux ni épouse (*nec vir, nec uxor*), ni mariage ni dot (3). Cela nous paraît trop général. Dans l'inceste ou l'adultère, cette rigueur se justifie; mais le

(1) G. *Com.* I, § 84.
(2) G. *Com.* I, § 86, 85.
(3) Inst., liv. 1, t. 10, § 12.

mariage d'un impubère par exemple, ou bien d'un fils qui n'a pas requis le consentement du *pater-familias,* est un *stuprum* en lui-même, et cependant le mariage n'est pas inexistant, bien qu'il ne soit pas *légitime;* et cependant encore la femme porte le titre d'*uxor,* bien qu'elle soit *uxor injusta.* Tout ce qu'on peut dire dans ce cas, c'est que le mariage ne valait que comme mariage de droit des gens ; il ne produisait pas les effets civils dont nous parlerons bientôt. Les enfants issus d'un *stuprum* étaient appelés *spurii, vulgò quæsiti* ou *concepti.* Ils n'étaient pas admis à rechercher leur paternité ; ils avaient du reste tout intérêt à ne pas se livrer à cette recherche ; affranchis de la *patria potestas, patresfamilias* eux-mêmes au sortir du sein maternel, ils se trouvaient dans une situation bien préférable à celle des enfants légitimes. Et cet état de choses explique, pour le dire en passant, pourquoi les questions d'état ont en Droit romain si peu d'importance ; on n'avait pas d'intérêt à les agiter.

Le *concubinatus*, ou union licite d'un homme et d'une femme entre lesquels il n'y a pas *connubium* n'est pas encore le mariage véritable d'où découlent les effets civils que nous cherchons. Permis et réglementé par les lois, alors que le *stuprum* était au contraire une infraction aux lois, le concubinat était, comme le mariage, indissoluble en ce sens que « l'homme et la femme, dit Pothier, contractaient ensemble une union qu'ils avaient l'intention de con-

server jusqu'à la mort de l'un d'eux (1). » De plus, on ne pouvait pas avoir deux concubines à la fois, ni une épouse et une concubine en même temps. Si on prend une concubine au mépris d'un empêchement du droit naturel, il y a *stuprum;* si on épouse une femme au mépris d'un empêchement de pur droit Civil, il n'y a pas mariage, il y a concubinat. Ainsi le mariage fut prohibé jusqu'à la loi Canuléia (445 ans avant J.-C.) entre patriciens et plébéiens ; jusqu'à la loi Pappia Poppæa (9 ans avant J.-C.) entre ingénus et affranchis ; jusqu'à Justinien entre sénateurs et affranchis ; et cependant dans tous ces cas le concubinat était toléré. Nous voyons d'après cela que son origine avait pour but de suppléer à la rigueur des lois en ce qui touche la concession du *jus connubii*. Les enfants qui en naissaient n'étaient pas *spurii*, on les appelaient *naturales liberi;* mais comme ceux-là, ils se trouvaient *sui juris*. Quant à la femme, elle n'a pas le rang d'épouse, d'*uxor;* elle est désignée simplement du nom d'*amica, concubina* (2). Elle est d'ailleurs en général de basse extraction, peu honorée et peu honorable. Le concubinat pouvait se rompre par consentement mutuel, sans formalités, sans qu'il fût nécessaire d'envoyer le *repudium*.

Lorsque deux personnes vivaient ensemble maritalement, sans qu'il y eût entre elles d'autre obstacle

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, 7.
(2) Dig., l. 144, 50, 16.

au mariage que le défaut de *connubium* proprement dit, il était facile de reconnaître qu'on se trouvait en présence d'un concubinat. Mais la difficulté de caractériser la liaison conjugale pouvait devenir sérieuse si le *connubium* existait entre ces deux personnes. Quelquefois, en effet, la *concubina* était tout aussi ingénue, tout aussi honnête qu'une *uxor justa*. Dans ce cas, nous disent les textes, la concubine se distingue de l'épouse *dignitate, solo dilectu, animi destinatione;* il faut donc consulter l'*affectio maritalis*, c'est-à-dire l'intention des parties. D'ailleurs, si la femme est honnête, la présomption est qu'elle a le rang d'*uxor;* un écrit rédigé en présence de témoins peut seul détruire cette présomption (1). Si au contraire la femme est de mauvaises mœurs, si c'est une prostituée, on doit présumer qu'elle est concubine. La preuve contraire résultera d'un *instrumentum dotale* (2). Nous reviendrons sur ce point, car la théorie de la légitimation se rattache à la matière du concubinat.

Nous arrivons, enfin, au véritable mariage civil romain, désigné sous les noms de *justum matrimonium, justæ nuptiæ.*

Modestin et Justinien nous ont laissé chacun une définition du mariage. Nous n'avons pas à discuter ici sur la portée des mots *communicatio divini atque*

(1) Dig., l. 3, pr. 25, 7, *de concubinis.*
(2) Dig., l. 24, 23, 2, *de ritu nuptiarum.*

humani juris, individuam vitæ consuetudinem continens. Ces expressions font allusion à la situation de l'épouse; et nous ne voulons envisager la *patria potestas* que par rapport aux enfants.

Les *justæ nuptiæ* étaient ordinairement précédées des *sponsalia,* ou *fiançailles,* par lesquelles on promettait de se marier. Pour les contracter, il fallait avant tout être citoyen romain, ou du moins avoir le *jus connubii.* Ce droit était accordé souvent à une ville, à une province, de même que le *commercium.* Une fois investi de la qualité de citoyen ou du *jus connubii,* on acquiert la *patria potestas* sur les enfants issus des justes noces, pourvu toutefois que l'on soit *sui juris.* Si le père n'est pas *sui juris,* ses enfants tombent non pas sous sa puissance, mais sous la puissance de celui auquel il est lui-même soumis, du *paterfamilias.* Quant à la fille, en se mariant, elle peut sortir de la famille de son père ou y rester, et nous verrons comment chacune de ces alternatives est possible; mais ses enfants ne sont jamais sous la puissance de son père. C'est ainsi que les descendants par les femmes n'étaient pas les *agnats* de leur grand'père maternel, mais seulement ses *cognats.*

Le *connubium* n'est pas la seule condition requise pour que le mariage soit valable. Il faut encore que les époux soient *pubères* (douze ans pour les filles,

(1) Just., liv. 1, t. 9, § 3.

quatorze ans pour les hommes), qu'ils *consentent* à s'épouser, et qu'ils soient munis du *consentement de leur père, ou de leur grand'père*, comme nous le verrons plus loin. Moyennant ces trois conditions, *puberté, consentement* et *connubium*, les *justæ nuptiæ* sont parfaites, indépendamment de toute formalité. Les cérémonies, tantôt gracieuses, tantôt empreintes d'un caractère superstitieux ou symbolique, dont les auteurs latins nous ont laissé le souvenir, n'étaient « pas plus nécessaires à la validité du mariage, dit M. Ortolan, que ne le sont de nos jours le voile blanc qui cache les traits de la mariée, la couronne de fleurs d'oranger qui pare ses cheveux, la fête et le bal qui suivent son hyménée (1). »

Il importait seulement de fixer le moment précis à partir duquel le mariage était réellement conclu. Le mariage est plus qu'un contrat, c'est un *état*. Le nouvel état d'époux avait pour point de départ l'instant où la femme était livrée au mari à titre d'*uxor*. Cette sorte de tradition se faisait habituellement par la *deductio in domum mariti;* mais elle pouvait aussi avoir lieu autrement.

La constitution de dot n'était nullement nécessaire pour qu'il y eût justes noces. On exigeait seulement l'*instrumentum dotale* entre personnes *impares honestate;* nous avons déjà dit pourquoi : c'était pour montrer que l'union que l'on contractait n'était pas

(1) Ortolan, *Explication historique des Instituts.*

un simple concubinat, présomption toujours admise en cas pareil (1). Plus tard, les Novelles de Justinien exigèrent aussi dans certains cas la rédaction d'un *instrumentum dotale* (2).

Une fois conclu, le mariage était perpétuel. Car c'est le caractère essentiel de cet acte juridique. Si les Romains divorçaient, ce n'était, pour ainsi dire, que par accident ; le divorce, comme la mort, comme la captivité, était un événement imprévu ; l'intention des parties en se mariant était de rester unies toute leur vie. Jamais on n'a admis que l'on pût se marier pour cinq, dix ou vingt ans.

Contracté conformément aux règles que nous venons de voir, le mariage a pour conséquence tous les effets du Droit civil qu'on reconnaît aux *justæ nuptiæ*. L'exercice de la puissance paternelle est le plus important de ces effets. C'était une des prérogatives les plus considérables des citoyens romains. Mais nous avons dit que les *justæ nuptiæ* n'étaient pas le seul événement qui pût en conférer l'exercice.

2° *Légitimation.*

Les enfants issus du concubinat, les *naturales liberi*, comme on les appelait, ne tombaient pas, nous l'avons vu, sous la *patria potestas*. C'était là

(1) Code, l. 23, § 7, 5, 4.
(2) Novelle 74, ch. 4.

pour les pères un grand inconvénient et un grand désavantage. Néanmoins, l'institution du concubinat faisait des progrès toujours croissants. Constantin se décida à lui porter le premier coup en introduisant dans les mœurs la *légitimation par mariage subséquent,* dont le but est de rendre *légitimes* les enfants issus du concubinat, c'est-à-dire de les soumettre à la puissance paternelle. Cette légitimation n'a jamais trait qu'aux enfants *naturales* dont nous parlons, et non à ceux qui sont issus d'une union passagère. Ce serait se tromper que de croire qu'elle a été admise dans l'intérêt des enfants. Le Christianisme favorisait les justes noces, et réprouvait le concubinat, institution rivale et ennemie de la famille. Constantin réussit à intéresser les père et mère à transformer leur union en mariage du Droit civil, en faisant acquérir à l'un les avantages de la *patria potestas,* à l'autre le titre et le rang d'*uxor.* Le but unique du législateur en instituant la légitimation était donc de faire cesser le concubinat (1).

Pour que la légitimation par mariage subséquent soit valable, il faut trois conditions : En premier lieu, il faut qu'il y ait eu *connubium* entre le père et la mère au moment de la conception des enfants; sans cela, pas de légitimation possible (2). De plus, la rédaction d'un écrit, *instrumentum dotale* est

(1) Le concubinat ne fut définitivement aboli que par Léon le Philosophe, en 877.

(2) Inst., liv. 1, 8, 9, § 13.

requise pour constater précisément le caractère nouveau de *justes noces* que va prendre le concubinat. Le nom des enfants ne doit pas nécessairement figurer dans cet écrit. Enfin, il faut que les enfants ne s'opposent pas à leur légitimation; car ils sont *sui juris;* on ne peut pas les rendre *alieni juris* malgré eux. S'il y a plusieurs enfants, les uns peuvent consentir à leur légitimation, les autres s'y refuser. Si les enfants sont morts ayant laissé des descendants, ils ne peuvent pas être légitimés. Dans notre Droit français, au contraire, l'article 332 du Code civil permet de légitimer des enfants décédés; car chez nous, la légitimation a lieu dans l'intérêt non pas des père et mère, mais dans l'intérêt des enfants *vulgò concepti*, pour les faire entrer dans la famille.

Dans le cas où il est impossible d'épouser sa concubine, par exemple quand elle est morte ou absente, les Novelles de Justinien permettent néanmoins de légitimer les enfants qu'on a eus d'elle, à la condition pourtant qu'on n'ait pas déjà des enfants légitimes. Il suffit pour cela de solliciter un rescrit du prince, ou même encore de manifester dans son testament l'intention où l'on est d'avoir pour héritiers ses enfants naturels; et ceux-ci obtiennent alors le rescrit du prince (1).

La légitimation *par oblation à la curie,* moyen

(1) Novelles 74 et 89.

ingénieux imaginé par Théodose et Valentinien (442) pour recruter les membres de la curie, à une époque où dans chaque ville de province, les décurions essayaient par tous les moyens possibles de se soustraire aux charges et aux responsabilités qui les écrasaient, ne produisait pas des effets aussi complets que la légitimation par mariage subséquent. L'enfant passait sous la puissance du père; mais, chose étonnante, il n'entrait réellement pas dans sa famille; car il n'acquérait aucun droit sur les agnats de son père. Justinien permit au fils naturel dont le père était décédé, de devenir légitime en s'offrant lui-même à la curie (1).

Hormis les modes de légitimation dont nous venons de parler, il y avait encore, dans certains cas particuliers, possibilité d'acquérir la *patria potestas* sur des enfants qui n'y étaient pas soumis. Ainsi, le citoyen romain qui, par erreur, avait épousé une étrangère, pouvait, lorsqu'il lui était né des enfants, faire transformer son union en justes noces, s'il prouvait son erreur. On appelait cette procédure *erroris causæ probatio* (2). Ainsi encore, quand un affranchi latin et une affranchie latine, ou bien un affranchi latin et une Romaine avaient un enfant âgé d'un an, *anniculus*, ils pouvaient obtenir, au moyen de la *causæ probatio*, le droit de cité, et ac-

(1) Novelle 89.
(2) G. *Com.* I, 67.

quérir en même temps la puissance paternelle sur cet enfant (1). Mais en général, la concession du *jus civitatis* n'entraînait pas de plein droit la concession de la *patria potestas* sur les enfants déjà nés. Gaïus nous dit, en effet, qu'un pérégrin qui obtient le droit de cité *cum filiis suis* ou même *cum uxore prægnante,* n'acquiert la puissance paternelle sur ses enfants nés ou seulement conçus que moyennant une déclaration formelle de l'empereur (2).

3° *Adoption.*

Comme la légitimation, l'adoption a pour but de placer sous la puissance paternelle un individu qui était *sui juris.* L'adoption ressemble même beaucoup à la légitimation *par oblation à la curie,* et *par rescrit du prince;* mais il y a toujours cette différence, que celle-ci se réfère uniquement aux enfants naturels, c'est-à-dire nés *ex concubinatu,* tandis qu'on ne peut pas adopter un enfant naturel (3).

L'adoption jouait à Rome un rôle important. Les chefs de famille romains, comme les chefs de famille de toutes les nations aristocratiques, tenaient à perpétuer leur nom, et avec lui leurs traditions, leur prépondérance politique. L'esprit de famille est

(1) G. *Com.* I, § 29, 66.
(2) G. *Com.* I, 93, 94.
(3) Code, l. 7, *de natural. liberis.*

en effet le lien le plus solide de l'esprit de parti, lequel est presque toujours héréditaire. De plus on attachait une importance considérable à ne pas laisser interrompre les *sacra privata*, c'est-à-dire le culte des dieux domestiques. C'est grâce à cette paternité fictive que beaucoup de familles patriciennes furent sauvées de l'oubli et de la disparition.

On pouvait adopter soit une personne *sui juris*, et alors l'adoption prenait le nom d'*adrogation*, soit un fils de famille; c'était le cas de l'adoption proprement dite. Chacune de ces adoptions était soumise à des formes particulières. A l'origine un *paterfamilias* ne pouvait se donner en adrogation qu'avec l'approbation des comices par curies. C'était là, en effet, un acte d'une gravité exceptionnelle. La constitution des familles ayant un caractère politique et social, on n'admettait pas facilement que cette constitution fût modifiée. L'*auctoritas populi* fut de bonne heure remplacée par la présence de trente licteurs, et, sous Justinien, un simple rescrit du prince en tient lieu. L'adrogé entre dans la famille de l'adrogeant avec toute sa propre famille, et son patrimoine tout entier. Quant à l'adopté, il entre aussi dans la famille de l'adoptant; seulement il n'a pas à perdre, lui, la qualité de *paterfamilias*, qu'il n'a jamais eue, puisqu'il est toujours *alieni juris;* il ne fait que *changer* de famille. Dans les temps anciens, l'adoption se faisait solennellement au moyen de trois mancipations successives pour

un fils, d'une seule mancipation pour une fille, le tout suivi de la *cessio in jure* (revendication de l'enfant devant le préteur) (1). Toutes ces formalités ont disparu dans le dernier état du droit, et elles se trouvent remplacées par l'*imperium magistratûs* : on rédigeait un acte d'adoption devant le magistrat, en présence des parties et de témoins.

L'adoption avait pour but de créer une paternité fictive ; c'était une imitation de la nature. Voilà pourquoi l'adoptant devait avoir au moins dix-huit ans de plus que l'adopté. La femme, incapable de jamais exercer la *patria potestas*, ne pouvait pas adopter. Ce droit lui fut accordé quelquefois dans la suite, par une concession bienveillante du prince, *ad solatium liberorum amissorum*. Mais alors ce n'était pas une véritable adoption ; car elle ne conférait pas la puissance paternelle. On ne pouvait pas adopter pour un temps limité, ni sous une condition suspensive, par la même raison qu'on ne peut pas avoir un fils *ad tempus* ou *sub conditione*. On ne pouvait pas adopter une personne absente ni une personne qui s'y opposait ; mais le silence de l'adopté emportait consentement. Ainsi un *infans* pouvait toujours être donné en adoption. On adoptait d'ailleurs, à titre de fils ou de petit-fils, *quasi filium*, ou *quasi nepotem*. Dans ce dernier cas, l'adoption ne pouvait avoir lieu sans le consentement

(1) *Inst.*, Gaïus, I, 134.

du fils de l'adoptant, à cause de la règle *nemini invito heres suus agnascitur.*

D'après ce que nous venons de voir, l'adoption faisait entrer l'adopté dans une nouvelle famille, à titre de *filiusfamilias*, après lui avoir fait quitter sa famille naturelle vis-à-vis de laquelle il ne conservait plus aucun droit. Il devenait, en effet, associé au nom, aux biens, aux *sacra privata* de l'adoptant. Cet état de choses donnait lieu à de graves abus, auxquels le droit de Justinien remédia, nous verrons comment dans la dernière partie de cette étude.

Au point de vue de la *patria potestas*, l'enfant *légitime*, l'enfant *légitimé* et l'enfant *adoptif* sont dans une situation identique. Le *paterfamilias* exerce sur eux les droits que nous allons passer en revue.

II

PRINCIPAUX EFFETS DE LA PATRIA POTESTAS

1° *Droit de vie et de mort. — Droit de correction.*

Le *paterfamilias* romain est revêtu, vis à vis des divers membres de la famille agnatique d'une véritable magistrature dont l'exercice lui confère des droits absolus et illimités. Cette redoutable autorité commence dès l'instant de la naissance de l'enfant.

A son entrée dans la vie, le nouveau-né n'avait

rien à redouter autant que l'auteur de ses jours. La sage-femme le déposait à terre pour l'offrir à la déesse *Tellus,* et si le père ne le relevait pas, s'il détournait ses regards, cet abandon était sa sentence de mort. Cet acte de barbarie était loin de passer pour tel; et on se disait sans doute en entendant ses pleurs : Puisque cet être si faible et si débile, jeté nu comme un naufragé sur la côte, se plaint de vivre, le mieux pour lui est de mourir :

. ... Ut sævis projectus ab undis
Navita, nudus humi jacet ..... (1).

En général pourtant on ne se décidait à ôter la vie aux nouveaux-nés que lorsqu'on remarquait en eux certains vices de conformation, qu'on désespérait de pouvoir corriger. Mais dans un cas pareil, il résulte d'un passage de Cicéron (2) que le père était tenu, en vertu d'une disposition de la loi des Douze-Tables, de tuer immédiatement l'enfant difforme ou monstrueux. La même prescription se retrouve dans les lois de Lycurgue. A Rome, comme à Lacédémone, cet outrage aux lois de la nature a son explication. Chez ces peuples, tout citoyen est soldat. Or, quel intérêt peut avoir la patrie à conserver un homme qui, loin de lui être jamais utile, lui sera au contraire souvent à charge?

(1) Lucrèce, *de Rerum naturâ.*
(2) Cicéron, *de Legibus*, 3, 8.

Ce droit monstrueux laissé au père de condamner à mort l'enfant dès sa naissance, fut remplacé, il serait difficile de dire à quelle époque, par une coutume presque aussi barbare, et qui entra si profondément dans les mœurs que plusieurs siècles de christianisme ne parvinrent que difficilement à la faire disparaître. Nous voulons parler de l'*exposition*. Quand les parents ne sont pas assez riches pour élever leurs enfants, ou bien qu'ils jugent leur famille assez nombreuse, ou bien encore que le nouveau-né présente une constitution trop faible, on l'emporte au loin pour l'abandonner tantôt à la pitié des passants, tantôt à la fureur des bêtes, et dans tous les cas aux intempéries et aux cruels tourments de la faim. Sénèque nous a conservé le souvenir d'un individu traduit en justice pour avoir spéculé, de la manière la plus horrible, sur cette cruelle coutume. Ce misérable ramassait tous les enfants exposés, les amenait dans sa demeure, et là leur crevait les yeux, leur brisait un membre, les mutilait d'une manière quelconque afin d'en faire plus tard des mendiants dont les tristes infirmités exciteraient facilement la générosité publique.

A quelque âge que ce soit, l'enfant peut d'ailleurs être tué. Ce droit de vie et de mort avait, paraît-il, son origine dans une *lex regia* de Romulus, obligeant les parents à élever tous les enfants mâles, et les aînées des filles, et défendant de les tuer au-dessous de trois ans, si ce n'est pour cause de difformité

constatée par cinq témoins (1). Passé l'âge de trois ans, le père pouvait donc impunément exercer son droit de vie et de mort sur ses enfants. La loi des Douze-Tables, qui garde toute la férocité des siècles précédents, confirme en effet cette interprétation. Elle accorde encore au père tout pouvoir sur ses enfants, et cela pendant toute leur vie; et nous trouvons dans Tite-Live, Tacite, Salluste, Valère-Maxime, des exemples qui nous prouvent qu'il s'est rencontré plusieurs pères qui ont fait usage de cette prérogative monstrueuse. Bien qu'il répugne d'admettre que le père pût devenir impunément selon son caprice l'assassin de ses propres enfants, cela paraît pourtant résulter d'un texte du Digeste qui punit de mort la mère coupable du meurtre de son enfant, mais passe complétement le père sous silence (2).

A l'origine, le père pouvait donc disposer de son enfant à peu près comme d'une chose; il avait sur lui le *jus utendi et abutendi*, comme sur tout autre objet de son patrimoine. Aussi plusieurs auteurs soutiennent-ils que le père est en Droit romain réellement *propriétaire* de ses enfants (3). Mais la plupart des Romanistes croient, au contraire, que la puissance paternelle se rattachait plutôt à l'idée de

(1) Dig., l. 11, *in fine*, 28, 2. — Code, l. 10, 8, 47. — G. *Com.* I, 117.

(2) Dig.. l. 1, 48, 9.

(3) Walter et Ortolan, entre autres, ont émis cette doctrine.

magistrature domestique qu'à celle de propriété. Nous partageons pleinement cette dernière opinion, et voici pourquoi : Si nous consultons d'abord la signification du mot *potestas*, nous voyons que cette expression, bien loin d'être synonyme de celle de *dominium*, lui est opposée ; or, le *dominium* est le droit de propriété quiritaire par excellence ; ainsi on a l'esclave *in dominio*, et l'enfant *in potestate* (1). Nous trouvons un deuxième argument dans l'impossibilité où était la femme d'exercer la *patria potestas*, alors que cependant elle pouvait être propriétaire, et avoir des esclaves *in dominio*. Ce n'est pas tout. Si la *patria potestas* était un droit de propriété, elle serait dans le commerce, elle serait transmissible ; or, elle ne l'est pas, elle ne l'a jamais été. L'adoption, que l'on pourrait à la rigueur considérer comme une délégation de la *patria potestas*, comme un de ses modes de transfert, ne pouvait pas s'effectuer contre la volonté de l'adopté ; et, d'ailleurs, eût-elle pu s'effectuer contre sa volonté, cela ne prouverait rien. L'adoption existe aussi en Droit français ; et, pourtant, personne ne soutient chez nous que la puissance paternelle n'est que l'exercice d'un droit de propriété. Quoi qu'il en soit, la question ne nous paraît pas présenter le moindre intérêt pratique, et peut-être les jurisconsultes romains ne se l'étaient-ils jamais posée.

(1) Dig., l. 215, 50, 16.

Les adversaires de notre opinion objectent surtout le droit de vente. Mais, remarquons-le, la vente des fils de famille n'est pas une vente ordinaire. Elle n'enlève pas à celui qui en est l'objet la qualité d'*ingénu*. Le fils est mis *loco servi*, mais il n'est pas en réalité *servus* (1). Le *mancipium* lui crée une situation toute particulière. Si le père vendeur avait été propriétaire, l'acheteur le serait aussi, et pourrait disposer à son gré de l'individu *in mancipio*. Or, nous savons qu'il ne le pouvait pas (2).

Ceci nous amène à parler de la manière dont se faisait la vente des enfants. Gaïus nous l'expose longuement : En présence de cinq témoins pubères, et d'un *libripens* (porte-balance), l'acheteur disait en portant la main sur le fils de famille : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneâque librâ* (3). Il frappait ensuite la balance avec l'airain et payait le prix au vendeur. C'était absolument le même procédé que celui qu'on employait pour la mancipation, c'est-à-dire pour la vente des choses *mancipi*.

Livré *in mancipio*, le fils de famille, déchu de ses droits politiques, se trouvait dans une position voisine de l'esclavage, mais en différant sous plusieurs rapports ; et tout d'abord, nous venons de dire qu'il conservait sa qualité d'ingénu. Chose étonnante ! le

(1) Paul, *Sent.*, liv. 5, t. 1, § 1.
(2) G. *Com.* I, 141.
(3) G. *Com.* I, 119.

paterfamilias qui a droit de vie et de mort sur ses enfants, ne peut pas les priver de la liberté, ou du moins ne peut pas les condamner à la condition d'esclave (1). Les lois s'y opposaient formellement, par respect pour la liberté. Singulier moyen pour une législation d'affirmer son respect pour la liberté de l'enfant, que de défendre qu'on y porte atteinte, tout en permettant de lui ravir la condition première de toute liberté, l'existence même!

A la différence de l'esclave, le fils mancipé n'est donc pas l'objet d'un droit de propriété; il ne peut pas non plus être maltraité. Il est d'ailleurs soumis aux mêmes modes d'affranchissement que l'esclave, *vindictâ, censu, testamento.* Mais, affranchi une première fois, il retombe sous la puissance de son père, lequel peut le remanciper de nouveau; affranchi une seconde fois, même sort. Enfin, un troisième affranchissement le rend *sui juris,* mais le *manumissor* devient son tuteur et son patron. Il fallait donc trois mancipations successives pour libérer définitivement un *filiusfamilias* de la puissance paternelle; une seule suffisait pour rendre *sui juris* la *filiafamilias.* Il en était ainsi en vertu d'une interprétation judaïque d'un article de la loi des Douze-Tables : *Si pater filium ter venumduit filius a patre liber esto* (2).

(1) Code, l. 10, 8, 47
(2) Ulp. *Reg.* X.

Comme la vente, l'*abandon noxal* avait pour résultat de constituer le fils de famille *in mancipio*. Lorsqu'un esclave avait commis un délit (*noxa,* ou *noxia*), le maître avait le choix, ou bien de payer la réparation du préjudice causé, ou bien d'abandonner l'esclave à la victime du délit. Car il serait injuste, disait-on, que par le fait de son esclave, le maître supportât un préjudice supérieur à la valeur de l'esclave. Si l'auteur du maléfice était, non pas un esclave, mais un enfant en puissance, le père avait aussi le droit d'abandon noxal (1). Mais pour jouir de cette faculté, il fallait que le père eût été dans l'impossibilité d'empêcher le délit (2).

Pour livrer ainsi son fils en réparation d'un dommage, trois mancipations successives étaient nécessaires, d'après les Proculiens; une seule suffisait d'après les Sabiniens (3). Nous préférons nous soumettre à l'avis de ces derniers. Dans le cas d'abandon noxal, il n'est pas nécessaire que le père épuise complétement son droit de puissance. Cet enfant, qu'il est contraint de livrer pour ne pas subir une perte supérieure à sa valeur estimative, ne sort de sa famille que provisoirement; il y rentrera dès que par son travail ou de toute autre manière, par exemple en se procurant de l'argent, il aura réussi

(1) G. *Com.* IV, 75; — Inst., liv. 4, t. 8, § 2.
(2) Dig., l. 2, pr. *de noxal. act.*
(3) G. *Com.*, 4, 79.

à désintéresser celui à qui il avait porté préjudice (1). Trois mancipations, au lieu d'une seule, auraient pour conséquence, en vertu de la loi des Douze-Tables, de le rendre *sui juris,* après qu'il aurait satisfait la victime de son délit.

Avec l'adoucissement des mœurs, le droit de vie et de mort tomba en désuétude. « Il périt définitivement, dit M. Troplong, le jour où Erixon, chevalier romain du temps de Sénèque, qui avait fait mourir son fils dans les châtiments, fut poursuivi dans le forum, à coups de poinçons par le peuple indigné (2) ».

Néanmoins, le *paterfamilias* resta longtemps encore le juge souverain assis au foyer domestique, pouvant, sans en référer aux tribunaux, emprisonner ses enfants, les faire battre de verges, les retenir enchaînés à toutes sortes de travaux pénibles (3), et cela lors même qu'ils auraient rempli les fonctions publiques les plus élevées. Jamais, en effet, cette sujétion si complète du fils de famille ne

(1) Inst., liv. 4, t. 8, § 3.

(2) Troplong : *Influence du christianisme sur le Droit civil des Romains.*

(3) Parmi les peines que le chef de famille pouvait infliger à ceux qu'il avait sous sa puissance, il y en avait une toute particulière que les Romains avaient empruntée aux Grecs, mais que leurs lois n'avaient pas mentionnée. C'était l'*abdicatio.* L'individu qui l'encourait était expulsé de la famille, perdait tous les drois résultant de sa qualité d'agnat, et notamment le droit à l'hérédité. Nous manquons, d'ailleurs, de détails sur le caractère de l'*abdicatio.*

lui a enlevé l'exercice de ses droits publics. Non-seulement, il votait dans sa curie, et concourait à nommer les magistrats (1); mais, bizarre contradiction, il n'était pas rare de voir des hommes incapables d'avoir une volonté au sein de leur famille, commander à des armées puissantes, et tenir en main les destinées de la République.

Cette situation étrange dut frapper les esprits et contribua sans doute, avec d'autres causes à diminuer la portée du droit de correction.

Qu'il y ait à certains égards avantage à confier dans chaque famille l'autorité aux mains d'un seul, on ne peut le nier. Avec une pareille institution, pas de procès de famille possible : le père vide tous les différends d'une manière absolue; pas de rivalité jalouse, pas de discorde qui ose éclater entre personnes vivant sous le même toit : tout fléchit devant la volonté souveraine de l'unique chef. Mais d'un autre côté n'est-il pas dangereux de laisser un tel pouvoir sans autre contrepoids que l'amour paternel ou la voix de la conscience? Tout homme qui a la puissance suprême, qui l'exerce sans contrôle, est naturellement porté à en abuser. C'est ce qui est arrivé à Rome. Le chef de famille, investi sur tous les membres de sa maison d'une autorité qui n'était ni tempérée par l'influence de la mère ni limitée en rien par le pouvoir social s'est laissé aller trop souvent

(1) Dig., l. 9, 1, 6.

aux plus déplorables excès. Aussi, quand le législateur a songé à intervenir, il n'était que trop temps de substituer à l'ancien principe du pouvoir absolu et illimité la maxime toute nouvelle : *patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere* (1). Voyons donc comment sous l'influence du Droit des gens et surtout du christianisme (*christianâ disciplinâ*, dit Godefroy, *paulatim patriæ potestatis duritiem emolliente*), la puissance paternelle perdit ce qu'elle avait de trop rigoureux pour se rapprocher de plus en plus du Droit naturel.

L'empereur Trajan entre le premier dans la voie des réformes en obligeant un père indigne à émanciper son fils, *quem malè contra pietatem afficiebat*, et en excluant ce même père de la succession de son enfant (2). Le successeur de ce prince, Adrien, condamne à la déportation un père qui a tué son fils, bien que ce fils soit très-coupable car, dit Marcien *novercam adulterabat* (3). Constantin, allant plus loin, punit le père qui tue son fils de la même peine que le fils qui tue son père ; car à ses yeux ils sont également coupables. Et ce châtiment épouvantable consiste à enfermer le parricide dans un sac en compagnie d'un chien, d'un coq, d'une vipère et d'un singe, et à le jeter ensuite dans la mer ou dans

(1) Dig., l. 5, 48, 9.
(2) Dig., l. 5, 37, 12.
(3) Dig., l. 5, 48, 9.

le fleuve le plus voisin (1). Une constitution, insérée au Code, édicte la peine de mort contre celui qui tue ou essaie de tuer un enfant en bas âge, absolument comme si l'assassinat était commis sur une grande personne (2).

Il se rencontre pourtant un cas dans la compilation justinienne où le père peut impunément tuer sa fille ; c'est lorsqu'il la surprend en flagrant délit d'adultère, alors qu'elle n'est pas tombée *in manum mariti* (3). Ce droit étrange est laissé au père légitime comme au père adoptif; et il n'y a pas à distinguer entre le cas où l'adultère a lieu dans la maison du *paterfamilias*, et le cas où il se commet dans la maison de son gendre. Dans l'une et l'autre hypothèse, le meurtre de la fille adultère et de son complice est parfaitement licite. Il est difficile de comprendre pourquoi un pareil droit est accordé au père alors surtout qu'on le refuse au mari outragé. Papinien en donne une raison qui n'en est pas une : un père, dit-il, est le plus souvent porté par son amour à agir suivant l'intérêt de son enfant ; l'indignation et la colère du mari l'emporteraient trop facilement à des excès qu'il importe de réprimer.

Ce cas particulier mis de côté, de profondes atteintes avaient été portées à l'ancien droit de cor-

(1) Inst., liv. 4, 18, § 6. — Code, 9, 17.
(2) Code, l. 8, 9, 16.
(3) Lois 20, 21 et 22; 48, 5.

rection. La juridiction domestique du père avait été remplacée par la compétence du préfet ou du président. Le père devait traduire son fils devant le tribunal de ces magistrats et requérir contre lui l'application d'une peine, et le fils ne pouvait pas être condamné sans avoir été entendu et admis à se défendre (1).

Quant au droit de vente, il subit aussi de notables restrictions. Vendre un enfant ingénu fut réputé une action *illicite et déshonnête* (2). Il n'est permis de se porter à cette extrémité, dit le jurisconsulte Paul, qu'en cas de nécessité absolue, lorsqu'on n'a pas de quoi nourrir ses enfants (3). Et une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien dispose que sous aucun prétexte, ni à aucun titre, les parents ne peuvent livrer leurs enfants à une personne étrangère (4). — Nous avons vu, il est vrai, Gaïus nous parler encore de vente solennelle par mancipation des enfants en puissance, et nous faire la description de cette vente (5) ; mais de son temps, la vente n'était plus que fictive, *imaginaria venditio;* elle avait pour but de libérer de la puissance paternelle (6).

(1) Dig., l. 2, 48, 8. — Code, l. 3, 8, 47.
(2) Code, l. 4, 7, 16.
(3) *Sent.* Paul, liv. 5, t. 1, 1.
(4) Code, l. 4, 4, 43.
(5) G. *Com.* I, 117, 119.
(6) Ulp. *Reg.*, t. 10, 1.

Le seul cas de vente sérieuse qui resta longtemps en usage fut celui de l'abandon noxal, et encore l'abandon noxal finit par tomber lui aussi en désuétude. Du temps de Gaïus, Il est probable qu'il n'existait plus à l'égard des filles, car il blessait le sentiment de la pudeur. Justinien l'abolit même pour les fils de famille, comme étant une pratique contraire à l'état actuel des mœurs, *novæ hominum conversatio* (1). Les esclaves seuls continuèrent à être abandonnés noxalement. Quant au fils de famille, il put être attaqué directement par la victime de son délit, et s'il avait un pécule, son pécule servait à désintéresser du préjudice causé.

Malgré toutes les restrictions imposées au pouvoir paternel, l'exposition des nouveaux-nés était toujours honteusement pratiquée. Dans les premiers siècles de l'ère chrétienne, Tertullien et Lactance protestent encore contre cette coutume barbare, et la flétrissent avec toute l'énergie de leur éloquence. Plus tard, Constantin en vient à organiser tout un système de bienfaisance publique, espérant rendre de plus en plus rare ce *facinus indignum*. Il permet aussi dans ce but, de vendre les nouveaux-nés *(sanguinolenti) propter nimiam paupertatem egestatemque, victûs causâ,* c'est-à-dire dans le cas d'une misère extrême (2). Et dans ce cas, l'enfant peut être

(1) Inst., liv. 4, t. 8, § 7.
(2) L. 2, Code, 4, 43.

repris par sa famille, à la condition toutefois que l'acheteur soit indemnisé.

Dans le Droit de Justinien, il est prescrit à chacun de nourrir son enfant, sous peine d'encourir un châtiment sévère. Si cependant, ajoute la Constitution, un enfant est exposé, la puissance paternelle est attribuée à celui qui le recueille et l'arrache ainsi à une mort certaine ; un acte est rédigé en présence de témoins et signé par l'évêque ; et les parents perdent tout droit sur lui, car personne ne peut dire que l'enfant qu'il a exposé à la mort lui appartienne. Et dans aucun cas, un enfant exposé ne peut être regardé comme esclave ; la qualité d'ingénu doit toujours lui rester (1).

Enfin une Novelle de Justinien a encore pour but de punir le crime de l'exposition. Voici comment l'empereur s'exprime à ce sujet : « André, bien-aimé ministre de l'Église de Thessalonique, nous a parlé d'un crime qui dépasse tout ce que l'esprit humain peut imaginer, et qui, très-probablement, est inconnu des Barbares : Il se trouve des individus qui rejettent leurs enfants à peine sortis du sein maternel, et les abandonnent dans les églises. Puis lorsque ces enfants ont été nourris et élevés par des personnes charitables, les parents les revendiquent comme esclaves, de sorte qu'après les avoir exposés à la mort dès leur naissance, ils redoublent encore

(1) Code, l. 2, 8, 52.

de cruauté vis-à-vis d'eux en les privant de leur liberté (1). » La Novelle que nous citons punit ce crime du dernier supplice.

Une dernière réforme du Droit nouveau, qui mérite d'être particulièrement remarquée, est celle qui enlève au père de famille le monopole du droit de correction. Nous trouvons, en effet, au Code une constitution des empereurs Valentinien et Valens, qui associe à l'exercice de ce droit la mère et la famille, c'est-à-dire les ascendants les plus proches (2). Malheureusement on ne va pas loin dans cette voie nouvelle. On ne comprend pas qu'à côté du pouvoir paternel, toujours prêt à tourner au despotisme, la nature, ou plutôt la Providence, a placé un autre pouvoir; pouvoir modérateur et protecteur avant tout des intérêts de l'enfant. C'est en vain qu'on cherche ailleurs cette garantie et ce contrôle que nécessite la toute-puissance du père. Hélas! pendant de longs siècles encore on va méconnaître cette vérité élémentaire que l'enfant doit être placé sous la double surveillance, sous la double autorité de ses père *et mère*.

2° *Droit de garde; sanction de ce droit.*

La *patria potestas* entraînant des effets si importants, on comprend que ceux qui y étaient soumis

(1) Novelle 153, *de infantibus expositis, præfatio.*
(2) Code, 9, 15.

voulussent parfois s'y soustraire, soit en désertant le toit paternel, soit en déniant au *paterfamilias* sa qualité. Ces deux hypothèses avaient été prévues par le législateur.

Si un fils de famille s'est enfui chez un tiers, le père peut le réclamer comme il réclamerait un objet de son patrimoine par voie d'action ordinaire, au moyen de la *revendication* (1). Seulement, disent les jurisconsultes, il faut modifier la formule, et au lieu de la rédiger ainsi : *Si paret hunc hominem Auli Agerii esse ex jure Quiritium,* ce qui s'appliquerait très-bien à la revendication d'un esclave, on écrit : *Si paret hunc hominem Auli Agerii filium esse ex jure romano.* Cette différence de rédaction de la formule implique la différence de condition entre le fils et l'esclave, et prouve une fois de plus que ce dernier seul est l'objet d'un droit de propriété.

La *rei vindicatio,* d'après le fragment d'Ulpien que nous venons de citer, n'est pas le moyen ordinaire employé par le père pour faire reconnaître son droit de puissance. Le mode spécial d'agir que le préteur avait mis à sa disposition était l'interdit *de liberis exhibendis.* L'interdit était une formule solennelle par laquelle le préteur ordonnait ou défendait certaines choses (2). C'étaient des sortes de décrets destinés à suppléer à l'absence des lois ; mais

(1) Dig., l. 1, § 2, 6, 1.
(2) Inst., liv. 4, t. 15, pr.

ces décrets, ces ordres du préteur n'étaient jamais exécutés que *provisoirement;* c'est là leur caractère essentiel. Les parties pouvaient s'y soumettre, et alors tout procès était évité, ou bien elles refusaient de s'y soumettre définitivement, et alors l'interdit servait de base à une action intentée selon les formes ordinaires.

Les interdits *exhibitoires* avaient notamment pour but de remplacer l'action *ad exhibendum,* laquelle, dit Gaïus, ne s'intente que par celui qui a un intérêt *pécuniaire* à se faire exhiber un objet. Ainsi l'interdit *de liberis exhibendis* se donnait au *paterfamilias* dépossédé de son droit de puissance (1). Il était ainsi conçu : *Qui quæve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo factum quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas* (2). Cet interdit était suivi d'un autre qu'on appelait *de ducendis liberis.* En voici les termes : *Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto.* Ce deuxième interdit n'était que la conséquence du premier, et s'accordait aux mêmes personnes, et pour les mêmes motifs (3). Au moyen de ces deux interdits, le père, après s'être fait représenter son fils ou sa fille qu'on tenait caché, le ramenait dans sa maison, et personne ne pouvait plus mettre obstacle au légitime

(1) Inst., liv. 4, t. 15, § 1 ; Dig., l. 1, § 1, 43, 30.
(2) Dig., l. 1. pr. 43, 30.
(3) Dig., l. 3, pr., § 1 et 2, 43, 30.

exercice de son autorité, jusqu'à ce que la question de droit eût été vidée. Nous venons de dire en effet que l'interdit n'était jamais qu'une mesure provisoire. Ici, très-souvent, le fond du droit ne se discutait devant le préteur qu'à l'époque de la puberté du fils de famille (1). Suivant les circonstances, on statuait tout de suite, ou bien on renvoyait le procès; l'essentiel, c'est que l'enfant dont la condition reste encore pendante soit entre les mains d'une personne sûre et honnête. Si les deux parties en contestation sont également suspectes, il est bon, dit Ulpien, de nommer une tierce personne chez laquelle l'enfant sera provisoirement élevé.

Le droit de garde souffrit une restriction dans le Droit de Justinien : quand le tiers détenteur de l'enfant était la mère elle-même, plusieurs décrets ou rescrits impériaux conservaient à celle-ci le droit de le garder près d'elle, sans que d'ailleurs le père fût déchu des autres prérogatives résultant de sa qualité (2). Cette exception se réfère évidemment au cas où les père et mère sont divorcés; car autrement on ne comprend pas comment ils auraient une habitation séparée. Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien nous apprend du reste que, dans cette hypothèse, le magistrat qui prononce le divorce décide en même

(1) Dig., l. 3, *eod. tit.*
(2) Dig., l. 1, § 3, et l. 3, § 5, 43, 30.

temps chez lequel des époux les enfants seront nourris et entretenus (1). Et la Novelle 117, revenant encore sur ce point, adopte tout à fait le système que devait suivre notre Code Civil : Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le juge n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, qu'ils soient confiés à l'autre époux; ce qui d'ailleurs ne dispense pas l'époux privé du droit de garde, de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants (2).

Les interdits dont nous venons de parler n'étaient donnés que dans le cas où l'enfant était retenu arbitrairement, ou par dol, ou encore quand il s'était laissé séduire par des promesses trompeuses (3). De plus, s'il s'agissait de l'enlèvement d'une jeune fille ou d'une veuve, le coupable endurait la peine de mort, suivie de la confiscation de tous ses biens (4). Mais si un enfant s'est réfugié *spontanément* chez une personne étrangère, le père n'obtiendra pas les interdits, parce que, dans ce cas, dit-on, le fils n'est pas *retenu* par la personne contre laquelle on donnerait les interdits; il est libre de partir; c'est comme s'il était dans son habitation à lui (5). Dans ce cas, le différend entre le père et le

(1) Code, l. 1, 5, 24.
(2) Novelle 117, ch. 7; — C. C., art. 302, 303, t. *du Divorce.*
(3) Dig., l. 3, § 5, 43, 29.
(4) Code, 9, 13.
(5) Dig.. l. 5, 43, 30.

fils se vidait tout de suite par la *cognitio extraordinaria* (1).

Enfin, il pouvait se présenter des circonstances où il y avait intérêt à faire constater en justice la qualité de *paterfamilias* ou celle de fils en puissance, pour en tirer plus tard telle ou telle conséquence. Cette constatation se faisait au moyen d'actions préjudicielles, *prœjudicia* (2). Durant la période formulaire, la formule de ces actions était réduite à l'*intentio;* il ne pouvait y être question de *condemnatio,* puisque le demandeur ne demandait qu'une chose, la reconnaissance d'un fait, sans prétendre pour le moment en tirer un avantage quelconque.

3° *Droit au respect.*

Aristote dit, dans sa *Politique* que l'autorité domestique exercée par le père se modèle toujours sur celle départie aux corps politiques qui gouvernent l'État (3). Cette réflexion est particulièrement exacte quand on l'applique à l'histoire de Rome. Le respect du pouvoir domestique et le respect du pouvoir social, y ont toujours marché de pair. Tant que le père dans la famille a exercé un prestige bien moins fondé sur la force que purement moral, le magistrat

(1) Dig., l. 3, § 3, *eod. tit.*
(2) Inst., liv. 4, t. 6, § 13. - Code, l. 1, 8, 47.
(3) *Politique,* 6, 4.

dans la cité n'a eu à commander qu'à des citoyens obéissant aveuglément à ses ordres. Le jour où le relâchement des lois et la corruption des mœurs ont affaibli la puissance paternelle, le pouvoir civil s'est senti lui-même discuté et mis en cause. Et, enfin, durant cette triste période de honteuse décadence, où l'empire devenait la proie du plus fort, en attendant le jour où, mis à l'encan, il serait adjugé au plus offrant et dernier enchérisseur, les dénonciations des enfants contre les pères immolaient tant de victimes à la haine des partis qu'on ne peut nier que la piété filiale ait été autre chose qu'un souvenir presque légendaire des anciens temps.

Tant que les lois romaines avaient été en honneur, elles ne s'étaient pas contentées de donner au père de famille des armes efficaces, quelquefois terribles pour sanctionner son autorité. Elles n'avaient cessé encore de recommander aux enfants le plus grand respect envers leurs parents. La personne du père est proclamée *honesta et sancta* par rapport au fils (1). *Res sancta,* c'est la chose respectable, sacrée entre toutes. C'est ainsi que dans les Institutes, Justinien appelle *sanctos* les murs et les portes de la ville, et voici la raison qu'il en donne : *quia pœna capitis constituta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint.* N'est-ce pas au même titre que la personne

(1) Dig., l. 9, 37, 15.

du père est aussi qualifiée *sancta?* Nous ne saurions mieux traduire cette expression que par le mot *inviolable.*

Le droit au respect n'était pas, comme les autres attributs de la puissance paternelle, le monopole du *paterfamilias.* Les jurisconsultes ne cessent, en effet, de nous répéter que le respect est dû aux parents, *parentes*, c'est-à-dire au père selon la nature; et, détail qu'il vaut la peine de noter, la mère est ici associée au père, et mise sur le même rang que lui. En voici quelques exemples : Si un fils injurie son père ou sa mère, qu'il doit toujours vénérer, ou s'il porte sur eux une main sacrilége, le préfet de la ville punira, comme il le mérite, cet attentat contre la morale publique (1); on doit déclarer indigne d'être militaire celui qui a appelé malfaisant son père ou sa mère qui lui ont donné l'éducation (2).

Les époux concubins ont, sous ce rapport, les mêmes droits que les époux légitimes : *una est omnibus parentibus servanda reverentia* (3); et la mère affranchie a les mêmes droits que la mère ingénue. La nature, dit Ulpien, veut que l'enfant affranchi respecte sa mère affranchie (4). Ce même jurisconsulte prend soin de nous dire que les militaires eux-

(1) Dig., l. 1, § 2, 37, 15.
(2) *Ibid*, § 3.
(3) Dig., l. 6, 2, 4.
(4) Dig., l. 1 § 1, 37, 15.

mêmes, qui jouissaient de divers priviléges, dans la société romaine, n'étaient nullement dispensés du devoir de la piété filiale ; s'ils y manquaient, ils étaient punis comme les simples citoyens.

En quoi consistaient ces punitions ? Comme nous l'avons vu, le père put infliger longtemps, de son autorité privée, le châtiment qu'il jugeait convenable ; puis on l'obligea à citer son fils au tribunal du préfet ou du président de la province (1).

Une des conséquences les plus importantes de l'obligation de respecter les père et mère, c'était l'impossibilité pour les enfants d'intenter contre eux certaines actions. Parmi ces actions, il faut citer en première ligne toutes celles qui emportent *infamie* pour la partie condamnée (2). L'action de dol et l'action d'injure ne peuvent pas non plus être exercées contre les parents, et cela quand même ceux-ci plaideraient par procureurs, ni en général aucune action qui a pour objet de faire condamner le défendeur à cause de sa mauvaise foi ou de sa fraude. Car, bien que dans ces cas, la condamnation n'emporte pas infamie, néanmoins la réputation de celui qui succombe se trouve flétrie dans l'esprit des honnêtes gens (3).

Il est également défendu d'opposer à ses père et

(1) Code, l. 3, 8, 47.
(2) Dig., l. 5, 37, 15.
(3) Dig., l. 2, 37, 15 ; l. 16, 47, 2.

mère l'exception de dol ou l'exception *metus causâ* et les interdits *undè vi* ou *quod vi* (1).

Quant aux actions ordinaires, il est probable que le fils de famille ne pouvait pas les intenter de plein droit contre ses parents : il lui fallait l'autorisation préalable du préteur. *Generaliter eas personas quibus reverentia præstanda est sinè jussu prætoris in jus vocare non possumus* (2). Cette assertion de Modestin se trouve confirmée par d'autres passages du Digeste (3).

Lorsque le fils de famille a obtenu l'autorisation exigée, le père jouit encore de certains avantages ; il ne peut jamais être condamné que *in quantum facere potest*, jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent de payer (4). De plus, si le père défère le serment, il n'est pas obligé de jurer qu'il ne le défère pas calomnieusement (5).

Un des corollaires les plus incontestables du respect, de la reconnaissance filiale, c'est l'obligation de secourir ses parents dans le besoin (6). Quelques textes du Code font allusion à cette dette alimentaire, et déclarent que l'on peut citer son fils ou sa fille devant le juge compétent pour se faire attribuer

(1) Dig., l. 7, 37, 15.
(2) Dig., l. 13, 2, 4.
(3) Lois 6, 7 et 8, *eod. tit.*
(4) Dig., l. 7, § 1, 37, 15 ; l. 16 et l. 17, 42, 1.
(5) Dig., l. 7, § 3, 37, 15 ; *Contrà*, Dig., l. 34, § 4, 12, 2.
(6) Code, l. 1, 5, 25.

des aliments dans la mesure proportionnée aux facultés de celui qui doit les fournir (1).

4° *Droit de consentir au mariage.*

Tout membre de la famille agnatique, sans distinction d'âge ni de sexe, se trouve, dans la nécessité absolue d'obtenir pour le mariage le consentement du *paterfamilias* (2). Il en est ainsi, disent les Institutes, parce que la raison naturelle et la loi civile l'exigent. Justinien semble faire par là allusion au respect que les enfants doivent à leurs parents, et au devoir qu'ils ont de s'éclairer de leurs lumières dans une circonstance si importante. Et, en effet, dans le Droit du Bas-Empire, lorsque sous l'influence chrétienne le caractère du *paterfamilias* eut changé du tout au tout, il est probable que c'est par suite de ces considérations qu'on exigeait le consentement des parents au mariage des enfants. Car nous voyons une constitution des empereurs Valens et Valentinien obliger la fille majeure de vingt-cinq ans, même émancipée, à requérir le consentement de son père, ou, à son défaut, de sa mère et de ses proches (3). Mais sous le Droit ancien, c'est dans le caractère seul de la *patria potestas*,

(1) Code, l. 2, 5, 25; l. 5, 8, 47.
(2) Dig., l. 2, 23, 3; Inst., liv. 1, t. 10, pr.
(3) Code, l. 18, 5, 4; l. 20, *ibid.*

dans l'étendue de cette puissance, qu'il faut aller chercher la raison de cette exigence. Ce qui le prouve, c'est que l'enfant *sui juris,* et le mineur émancipé, peuvent à tout âge se marier sans le consentement de qui que ce soit ; ce qui le prouve encore, c'est que la mère, n'ayant jamais la *patria potestas,* n'avait jamais de consentement à donner ; et, enfin, ce qui le prouve surtout, c'est que l'adopté avait besoin du consentement de l'adoptant, et nullement de celui du père naturel.

C'est donc au *paterfamilias* seul, magistrat et pontife de l'association agnatique, qu'il appartient de statuer sur les modifications à introduire dans cette association. Ce pouvoir du *paterfumilias* va-t-il jusqu'à contraindre les individus qui lui sont soumis, à se marier? jusqu'à leur imposer tel époux plutôt que tel autre? *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant qui coeunt,* répond Justinien (1); et d'autres passages des Pandectes protestent encore contre une pareille interprétation (2). Cependant, nous sommes porté à croire que pendant longtemps les lois ont autorisé le *paterfamilias* à marier, sinon son fils, du moins sa fille, malgré elle. Nous renonçons à tirer argument de ce texte de Celsus : *Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset,...* parce qu'on nous objecterait, sans

(1) Inst., liv. 1, t. 10, pr.
(2) Dig., l. 21, 23, 2 ; Code, l. 12 et l. 14, 5, 4.

doute, que ces termes si peu précis font allusion au cas où l'enfant a cédé à la crainte révérentielle (1). Mais remarquez la manière dont se trouve rédigé le texte qui précède celui-là : *Non cogitur,* dit la loi 21, *filiusfamilias uxorem ducere*; il est impossible de forcer un fils de famille à se marier. Quant à la fille, il n'en est pas question. Le jurisconsulte ne pouvait la comprendre sous la dénomination de *filiusfamilias;* il a voulu l'exclure. Nous pourrions citer quantité de textes où l'on nomme la *filiafamilias* après avoir nommé le *filiusfamilias,* quand on veut leur attribuer à l'un comme à l'autre le bénéfice d'une même disposition.

Plusieurs auteurs, qui ne sont pas, il est vrai, des jurisconsultes, émettent l'opinion que nous adoptons ici. M. Michelet dit que dans les premiers temps de Rome, la femme était *vendue* à celui qui la demandait en mariage, puis cette vente devint purement fictive (2). Les auteurs nous ont conservé le souvenir de la cérémonie des fiançailles, *sponsalia,* ainsi que des paroles qui s'y prononçaient. Or, il est certain que le marché se concluait entre le gendre et le beau-père, sans que l'on s'inquiétat le moins du monde du consentement de la future épouse. La même chose se pratique de nos jours parmi les tribus sauvages de l'Amérique.

(1) Dig., l. 22, 23, 2.
(2) Michelet, *Origines du Droit français.*

Il nous est resté du plus ancien poète latin, d'Ennius, quelques vers qui viennent à l'appui de ce que nous disons. « Pourquoi m'aviez-vous donné en mariage à cet homme, demande une fille à son père, et pourquoi maintenant me forcez-vous à me séparer de lui, malgré moi et malgré lui? »

Cur me huic locabas nuptiis?...
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Plaute, dans une de ses comédies, met à peu près le même langage dans la bouche d'une jeune femme.

Comment s'étonner que les droits de la puissance paternelle aillent jusque-là dans le vieux Droit romain, puisqu'il est certain que le père pouvait imposer le divorce à son enfant. Tout cela était dans les mœurs de l'antiquité. Dans le Droit attique, « le tuteur disposait à la fois du patrimoine et de la main de sa pupille. C'était affaire entre lui, qui comptait la dot, et le mari qui la touchait. La fille était l'objet du contrat, bien plutôt que partie contractante. Mais qu'importe, si le mariage est fécond, le mari et la patrie sont satisfaits..... Le mariage est obligatoire (1) ». Telle était la situation de la femme en Grèce. Croit-on qu'à Rome elle fût meilleure? Est-ce que la jeune vierge était consultée quand la vo-

(1) *Discours sur la condition privée de la femme*, par M. Poubelle.

lonté du *paterfamilias* ou le choix du Grand-Pontife la destinait aux redoutables honneurs attachés aux fonctions de vestale? Pourquoi l'aurait-on consultée davantage quand il s'agissait de lui donner un époux? Ne pouvait-on pas disposer de sa main, quand on disposait de sa vie? Et, du reste, à une époque beaucoup moins éloignée, durant notre moyen âge, sous le régime féodal, cet attribut de la puissance paternelle auquel il nous répugne de croire, ne s'exerçait-il pas sous une forme nouvelle, alors que le seigneur, et non plus le père, mariait la fille de son vassal décédé (1)?

Mais revenons à notre théorie du consentement et demandons-nous ce qu'était le mariage contracté contre la volonté ou à l'insu du *paterfamilias*.

Il est d'abord hors de doute que le consentement doit *précéder* le mariage; donné après coup, il n'a pas d'effet rétroactif; l'union ne vaut que comme mariage du Droit des gens; à partir du jour où le consentement est accordé, elle se transforme en mariage du Droit civil (2). En Droit français, au con-

(1) Comme il pouvait choisir à la femme un représentant, un tuteur (*advocatus*), le seigneur put lui choisir un mari, qui, recevant de lui l'investiture, devenait son homme-lige. La main de ces nobles héritières fut chose vénale, mise à l'encan. Au plus digne? Non, au plus offrant. La veuve subit la même condition, et seulement à soixante ans, quand cessait pour le vassal *tout service de corps*, cessait aussi pour la vassale cette étrange persécution. (*Discours sur la condition privée de la femme*, par M. Poubelle.)

(2) Inst., liv. 1, t. 10, pr.

traire, le consentement donné par les ascendants est valable même pour le passé (art. 183 C. Civ.). Un texte de Paul a soulevé ici une controverse qui aujourd'hui paraît être résolue d'un commun accord. *Eorum qui in potestate patris sunt sinè voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur* (1). Ces derniers mots, *contracta non solvuntur* ont été l'objet de plusieurs traductions, dont la plus littérale consisterait à dire que les mariages une fois contractés (même en dépit de la volonté paternelle) sont valables, ne peuvent pas être annulés; en d'autres termes, le consentement des ascendants ne constituerait qu'un empêchement *prohibitif* et non pas *dirimant*. Pour montrer combien cette version est arbitraire, il suffit de faire remarquer que la distinction entre les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs ne se conçoit que dans une législation où la présence d'un officier d'état civil est nécessaire pour la célébration du mariage. Or, en Droit romain, il n'y a jamais eu d'officier d'état civil. La phrase de Paul présente simplement le sens que voici : Les mariages des enfants en puissance ne sont pas valables sans le consentement du père; mais une fois que ces mariages ont été contractées avec ce consentement, ils ne peuvent pas être dissous. Ainsi entendu, pour que le passage des *Sentences* ait un sens raisonnable, il

(1) *Sent.* Paul, liv. 2, t. 19.

faut se rappeler ce que nous avons indiqué plus haut, à savoir que le *paterfamilias* pouvait, en vertu de sa puissance, répudier son gendre, c'est-à-dire rompre le mariage de son fils ou de sa fille, même après le lui avoir imposé. Une constitution d'Antonin-le-Pieux a enlevé au père ce droit exorbitant (1), et voilà pourquoi Paul, expliquant la législation en vigueur de son temps, écrit : *matrimonia (jure) contracta non solvuntur (voluntate patris)*. Les *Sentences* de Paul ne nous sont parvenues que par le *Bréviaire d'Alaric* ou *loi romaine des Visigoths*, où les compilateurs les ont insérées sans respecter peut-être toute la pureté du texte original. Dès lors on comprend que quelques mots aient pu se trouver supprimés, et qu'une proposition parfaitement claire en elle-même ait été rendue ainsi un peu obscure (2).

Le fils qui avait encore son père et son grand-père, avait besoin pour se marier du consentement de l'un et de l'autre, parce qu'il allait faire entrer dans la famille agnatique des individus nouveaux,

(1) L. 5, Code, 5, 17 : *Sent.* Paul, liv. 5, t. 6, § 15.

(2) Dans le *Bréviaire d'Alaric*, le texte de Paul était traduit et appliqué à la lettre : les mariages faits sans le consentement du père n'étaient pas *légitimement* contractés, et néanmoins ils ne pouvaient pas être dissous comme illégitimes. On les validait alors par des actes de transaction; par exemple, le fils marié assurait à la jeune fille qu'il avait épousée *invito patre*, une partie de ses biens. C'est ce que nous fait connaître une *formule* du recueil de Sirmond.

dont le père serait un jour le *paterfamilias*. Or, personne ne peut avoir sous sa puissance que ceux à l'agnation desquels on a consenti (*nemini invito heres suus agnascitur*). Quant à la fille, elle n'avait besoin que du consentement du grand-père, parce que ses enfants ne devaient jamais tomber sous la puissance de leur grand-père maternel.

Le consentement du *paterfamilias*, absolument indispensable à l'origine, peut être suppléé, dans le dernier état du Droit, dans les cas particuliers suivants : 1° Quand le *paterfamilias* est en état de démence ou de fureur : le fils ou la fille fait alors agréer le futur époux par le curateur et les parents paternels (1) ; 2° quand il est prisonnier ou absent : s'il n'est pas revenu au bout de trois ans, le fils ou la fille peut contracter un mariage valable (2). Et même si l'enfant ne peut se résoudre à attendre pendant trois ans le retour de son père, un jurisconsulte pense qu'il est en droit de se marier, pourvu qu'il épouse une femme d'une condition telle que le père ne pourrait raisonnablement pas la répudier (3); 3° enfin si, par caprice, le père refuse son consentement, les lois ne lui reconnaissent pas le droit de condamner ses enfants à un célibat perpétuel. Les proconsuls ou les présidents des provinces peuvent, dans ce cas, l'obliger non-seulement à marier, mais

(1) Inst., liv. 1, t. 10, pr.; Code, l. 25, 5, 4.
(2) Dig., l. 12, § 3, 49, 15 ; l. 9, § 1 et l. 10, 23, 2.
(3) Dig., l. 11, 23, 2.

encore à doter son enfant (1). Toutes ces exceptions aux principes de la *patria potestas* sont fondées sur un motif d'intérêt public : *Nuptiarum utilitas publica id exigebat* (2).

Ajoutons, pour terminer, que le Code déclare suffisant le consentement *tacite* du père. Ainsi, il n'est pas nécessaire que sa signature figure au bas de l'*instrumentum dotale ;* pourvu que, ayant eu connaissance du mariage, il n'y ait pas formé opposition, il est censé y avoir consenti (3).

5° *Droit de choisir un tuteur testamentaire.*

Lorsque le *paterfamilias* vient à mourir, laissant un fils et des petits-fils, la *patria potestas* se transmet au fils, qui l'exerce au lieu et place du défunt. Mais il arrive souvent que le *paterfamilias* ne laisse qu'un fils ou qu'un petit-fils encore impubère. Celui-ci se trouve alors *sui juris ;* mais, vu la faiblesse de son âge, *propter ætatem*, il a besoin d'une personne qui le protége, qui le défende contre son inexpérience, qui veille sur ses intérêts. Tel est le rôle du tuteur (4).

A qui revient ce rôle, cette charge de gérer la tutelle ? A l'agnat le plus proche, à celui qui recueil-

(1) Dig., l. 19, 23, 2 ; Code, l. 25, 5, 4.
(2) Dig., l. 12, § 3, 49, 15.
(3) Code, l. 2 et 5, 5, 4.
(4) Inst., liv. 1, t. 13, § 1 et 2.

lerait la succession du pupille s'il venait à mourir, en vertu de la maxime : *Ubi successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet* (1). On imposait en quelque sorte le fardeau de la tutelle en compensation des espérances de l'hérédité. On comprend tout de suite le grave inconvénient que présentait ce système. Cet agnat le plus proche se trouvait placé par la loi entre son intérêt et son devoir, entre le désir de voir mourir son pupille (*votum mortis*) afin de recueillir sa succession, et l'obligation de prendre soin de lui, de lui tenir lieu de père. Il est vrai que, dans la pratique, on prévenait dans une certaine mesure les dangers de cette situation délicate, en confiant la *personne* de l'enfant impubère à une espèce de père nourricier (*alumnator*), tandis que le tuteur devait s'occuper à peu près exclusivement de l'administration de ses *biens*. Mais la loi des Douze-Tables fournissait un moyen bien plus efficace encore de sauvegarder la vie et tous les intérêts des pupilles. Elle reconnaissait, en effet, au *paterfamilias*, le droit d'exclure les agnats de la tutelle, en nommant lui-même, par testament, le tuteur de l'enfant impubère que sa mort allait rendre *sui juris*. *Uti legassit super pecuniâ tutelevâ suæ rei, ità jus esto*. Cette disposition de la loi ancienne se trouve confirmée et réglementée par les Institutes (2).

(1) Inst., liv. 1, t. 17.
(2) Inst., liv. 1, t. 13, § 3.

La dation du tuteur ne peut émaner que de celui qui a la puissance paternelle ; et ce dernier conserve ce droit, même vis-à-vis de l'enfant qu'il a exhérédé (1). On accorda cependant à la mère le droit de nommer un tuteur à son fils lorsqu'elle l'instituait héritier, mais cette nomination devait être confirmée par le magistrat, après enquête (2). Également, si le père nomme un tuteur à un enfant émancipé, ou à un enfant naturel (*naturalis*), cette nomination, quoique nulle par elle-même, peut être confirmée par le magistrat (3). L'enquête à laquelle celui-ci se livrait avait pour but de rechercher si toutes les conditions de capacité et de probité se rencontraient dans la personne du tuteur choisi.

L'enfant qui n'est que conçu au moment de la mort du *paterfamilias*, et qui, s'il était né du vivant de ce *paterfamilias*, se serait trouvé sous sa puissance *immédiate*, est assimilé à l'enfant né, et peut recevoir, lui aussi, un tuteur testamentaire (4). Cet enfant *posthume* était traité comme celui que le Droit romain appelait *heres suus*. Nous aurons bientôt occasion d'en parler de nouveau, et de définir sa situation d'une manière plus précise. Pour le moment, nous pouvons résumer ce que nous venons de dire sur la tutelle testamentaire par cette

(1) Dig., l. 4, 26, 2.
(2) Dig. *ibid.*
(3) Inst., liv. 1, t. 13, § 5.
(4) Inst., § 4, *eod. tit.*

proposition : le chef de famille peut donner un tuteur par testament aux enfants qui seront sous sa puissance au jour de son décès, ou qui s'y trouveraient s'ils étaient nés plus tôt, pourvu qu'après ce décès ils soient impubères et *sui juris*.

Comme la nomination du tuteur se faisait par testament, on ne pouvait désigner que celui avec qui l'on avait la *factio testamenti* (1). Le choix pouvait d'ailleurs se porter sur un fils de famille, sur un esclave même, à condition qu'on l'affranchît; à défaut d'affranchissement expresse, la liberté lui était confiée de plein droit (2).

Il était permis d'apposer à la nomination du tuteur tel mode, terme ou condition qu'on voulait; dans ce cas, jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition, un tuteur intermédiaire, nommé par le magistrat, entrait en fonctions (3).

Le tuteur désigné devait toujours être chargé de l'administration générale des biens du pupille, et non pas de telle ou telle affaire spéciale. *Tutor personæ, non rei vel causæ datur* (4). Cependant, si le patrimoine de l'enfant était très-considérable, s'il se composait notamment de propriétés situées dans des provinces différentes, alors rien ne s'opposait à

(1) Dig. liv. 21, 26, 2.
(2) Inst., liv. 1, t. 14, pr. et § 1.
(3) Inst., *eod. tit.*, § 3; liv. 1, t. 20, § 1.
(4) Inst., liv. 1, t. 14, § 4.

ce que plusieurs tuteurs se partageassent la gestion des biens du pupille (1).

Comme la tutelle ne peut s'exercer que sur un citoyen libre (*in capite libero*), et sur une personne *sui juris,* elle prend nécessairement fin si le pupille subit une *capitis deminutio* quelconque (2). Mais son mode d'extinction ordinaire est celui qui résulte de la puberté.

Chez les Romains, comme de nos jours encore dans quelques législations, la *puberté* se confondait avec la *majorité*. Par *majorité,* nous entendons ici le moment à partir duquel une personne *sui juris* peut se gouverner elle et ses biens; quant aux personnes *alieni juris,* il n'y a jamais eu de majorité pour elles en Droit romain. Pendant longtemps la puberté fut fixée *non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis* (3) : l'homme reconnu pubère (*qui generare potest*), la femme reconnue nubile (*viripotens*), sortaient de tutelle. Justinien abolit cette ancienne *indagatio corporis inhonesta,* et fixa un âge précis, quatorze ans pour les hommes, douze ans pour les femmes, auquel les uns et les autres, étant *sui juris,* purent se marier, administrer leurs biens, faire un testament (4).

On s'aperçut bientôt du danger qu'il y avait à re-

(1) Dig., lois 12, 13, 14 et 15, 26, 2.
(2) Inst., liv. 1, t. 22, § 1 et § 4.
(3) Inst., liv. 1, t. 22, pr.
(4) Code, l. 3, 5, 60.

mettre à un jeune homme de quatorze ans la direction de son patrimoine. Il en résultait la plupart du temps de graves désordres, auxquels on s'empressa de remédier par la loi *Prætoria, l'in integrum restitutio,* l'institution de la *curatelle,* etc., mais le but de notre travail ne comporte pas l'examen de ces matières spéciales, et nous avons hâte d'aborder les effets de la *patria potestas* dont il nous reste à parler.

6° *Droit d'exhérédation.*

Si nous voulions traiter, sous cette rubrique, toutes les questions qui se rattachent à la liberté de tester, et aux restrictions qui furent successivement apportées à cette liberté, il nous faudrait y employer au moins autant de pages que nous en consacrons à cette thèse tout entière. Par conséquent, laissant de côté tous les développements qui ne sont pas étroitement liés à l'étude de la puissance paternelle, nous ne ferons qu'indiquer d'une manière sommaire comment ici encore les droits du père, d'abord absolus et sans limites sous la loi des Douze-Tables, puis battus en brèche par le Droit prétorien, se trouvent définitivement sacrifiés à l'intérêt des enfants sous la législation des Empereurs.

Tout à fait dans les premiers temps de Rome, il n'était pas permis au *paterfamilias* de changer par un testament l'ordre de succession que la coutume

ou la loi avait établi. On comprend, en effet, que dans une cité naissante, la conservation des biens soit avec la perpétuité du culte domestique, le moyen le plus assuré d'arriver à la consolidation des familles. Ce qui prouve qu'il en fut ainsi, c'est que chaque fois qu'un citoyen voulait régler d'une manière toute spéciale la transmission de sa fortune, il ne pouvait le faire qu'en vertu d'une loi. Tel était le testament *calatis comitiis,* le plus ancien du Droit romain. Mais bientôt le goût des testaments se répandit partout chez ce peuple qui devait attacher une importance capitale à ne pas mourir *intestat.*

La prohibition de tester fut d'abord éludée au moyen de la *mancipatio per æs et libram.* C'était un moyen ingénieux de concilier le respect des lois anciennes avec les nécessités sociales, et les aspirations nouvelles des chefs de famille. Il n'était pas permis de faire un testament; mais rien n'empêchait que l'on vendît de son vivant ses biens à un étranger. Le patrimoine étant une chose *mancipi,* on le mancipait selon les formes ordinaires, en présence des témoins et du *libripens,* à un *familiæ emptor.* Ce dernier, s'il n'était pas lui-même héritier, s'engageait par une clause de *fiducie,* à faire de l'hérédité, après la mort du *de cujus* l'usage convenu (1).

La loi des Douze-Tables ne fit que consacrer un usage établi en décrétant la liberté de tester : *Uti*

(1) G. *Com.* II, 102.

legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ità jus esto. — Ainsi, liberté entière pour le père de transmettre ses biens à qui bon lui semble, et par suite, d'exclure, même sans motifs, ses enfants de sa succession. Ce résultat n'avait rien d'étonnant. Le père pouvait vendre ses enfants, il pouvait les tuer, pourquoi n'aurait-il pas pu les exhéréder (1)? S'il n'avait pas abusé de cette dernière prérogative, rien de plus équitable que la liberté testamentaire, rien de plus propre à rehausser l'éclat et la dignité de la magistrature domestique. Mais c'est méconnaître la nature humaine que de se figurer le père de famille toujours préoccupé de ses devoirs, toujours soucieux de son rôle de soutien et de protecteur à l'égard des siens. Et, en effet, cette faculté illimitée de tester produisit les résultats les plus scandaleux. Les abus étaient d'autant plus criants que le fils de famille, incapable de rien recevoir et acquérir pour lui-même, faisait profiter son père de ses acquisitions; puis, à la mort du père, le tout passait souvent en des mains étrangères, et l'enfant *in potestate* perdait non pas seulement le patrimoine de la famille, mais jusqu'aux fruits de son travail, jusqu'aux produits de son industrie personnelle. Heureusement, les préteurs et les prudents, fidèles à la mission qui leur incombait de corriger les vices de leur législation,

(1) *Nec obstat quod liceat eos exheredare quos et occidere licebat.* (Paul, Dig., l. 11, 28, 2.)

prirent bientôt en main les intérêts des familles, en mettant un frein aux folles libéralités des pères (1).

Dans le testament primitif, l'institution d'héritier était le fondement capital du testament, *caput atque fundamentum testamenti*. A défaut de cette désignation de l'héritier, le testament n'existait même pas. Et tous ceux qui n'étaient pas nommément qualifiés héritiers se trouvaient par là même exclus. On les disait exhérédés *tacitement*. Cette exhérédation tacite fut de bonne heure condamnée par les prudents, et, selon leur interprétation, on n'admit plus comme valable que l'exhérédation formelle. Cette première réforme ne restreint pas encore, à vrai dire, le principe de la liberté testamentaire : on veut seulement obliger le testateur à faire connaître sa volonté d'une manière non équivoque ; on ne veut pas que l'exhérédation d'un enfant soit le résultat d'un oubli.

Quelles sont donc les personnes qu'il faut ou instituer ou exhéréder d'une manière expresse dans son testament? Ce sont les héritiers siens, *heredes sui?* Qu'entend-on par là? *Suos heredes accipere debemus,* dit Ulpien, *filios, filias, sive naturales, sive adoptivos..... Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt* (2). Ainsi, tous les individus soumis à la *patria potestas* d'une manière *immédiate,*

(1) Dig., l. 120, 50, 16.
(2) Dig., l. 1, § 2 et § 4, 38, 16.

sans être précédés dans la famille par aucun ascendant d'un degré supérieur, sont appelés *heredes sui*. Tels sont : 1° les enfants des deux sexes issus des justes noces ; 2° les petits-enfants issus d'un fils qu'on avait en sa puissance, mais qui est prédécédé ; 3° les enfants qu'on a adoptés ou adrogés. Quant aux enfants donnés en adoption ou émancipés, et quant à ceux issus d'une fille, n'étant pas dans la famille du testateur, n'étant pas sous sa puissance, ils ne sauraient être ses *héritiers siens* (1).

Parmi les héritiers siens, tous n'ont pas la même importance. L'omission d'un fils de famille rend le testament *injustum*, c'est-à-dire nul *ab initio*, et cela lors même que le fils aurait consenti à son omission (2). — *Quid* si le fils omis meurt du vivant du testateur? L'institué pourra-t-il recueillir l'hérédité? Sur cette question, il y avait controverse entre les Sabiniens et les Proculiens. Justinien accepte l'opinion des premiers, qui est la plus juridique, et dé-

(1) Les *héritiers siens* sont appelés ainsi, non pas parce qu'ils sont propriétaires communs des biens du vivant du père, mais parce qu'ils sont les héritiers du père. Le mot *siens* est appliqué et se rapporte à l'ascendant. « C'est dans le même sens que l'on oppose le *posthumus suus* au *posthumus alienus*, et il serait bien impossible de dire, en parlant du premier, qu'il est lui-même son propre posthume. Les fils de famille sont *sui heredes* dans la loi des Douze-Tables, comme ils sont *res sua*, dans un sens relatif au défunt, pour désigner les héritiers qu'il trouve chez lui, par opposition à ceux du dehors qu'on appelle *extranei* ou même *alieni*.....» (Ducaurroy, *Institutes de Justinien*, t. 1, p. 465, *en note*.)

(2) Ulpien, *Reg.* 22, § 16 ; Dig.. l. 7 et l. 31, 28, 2.

cide que le testament nul dans le principe, reste nul malgré le décès du fils omis; et, en effet, la capacité de recevoir pour un héritier doit être envisagée à l'époque de la confection du testament (1).

Ainsi donc, le *paterfamilias* est obligé d'instituer ou d'exhéréder *nominativement* le fils de famille, sous peine de voir son testament déclaré nul (2). L'exhérédation ne peut pas être conditionnelle; car il pourrait se faire que, la condition ne se réalisant pas, le fils se trouvât omis, et ce résultat doit avant tout être évité (3). Mais le père peut instituer son fils sous condition, et l'exhéréder sous la condition contraire; car alors il ne sera jamais omis, quelle que soit la condition qui se réalise.

A la différence des fils de famille, les petits-enfants et les filles pouvaient être exhérédés *inter cæteros*, c'est-à-dire sans être désignés chacun par son nom; ils se trouvaient alors compris dans la formule : *Cæteri cæterœque exheredes sunto.* — De plus leur omission n'entraînait pas la nullité du testament. S'ils ne sont ni institués, ni exhérédés, ils ont le droit de concourir pour une certaine part avec les héritiers institués (*jus accrescendi ad certam portionem*) (4). C'est le nombre des héritiers qui *accrescit*, qui augmente dans ce cas, et, par

(1) G. *Com.* II, 123; Inst., liv. 2, t. 13, pr.
(2) Dig., l. 3, § 1, 28, 2.
(3) Dig., l. 28, pr. *eod. tit.*
(4) Inst., liv. 2, t. 13, pr.; G. *Com.* II, 124; Ulp. *Reg.*, 22, 17.

suite, les parts diminuent. — La part recueillie par les fils et les petits-enfants omis varie suivant qu'ils se trouvent en présence d'héritiers siens ou en présence d'héritiers institués ; dans le premier cas, ils prennent une part virile ; dans le second cas, la moitié (1).

Ce n'est pas la première fois que nous constatons une différence entre le fils et les autres descendants. Nous avons vu, en effet, qu'une seule mancipation soustrait la fille à la *patria potestas,* alors qu'il faut trois mancipations successives pour rendre le fils *sui juris.*

En vertu d'une règle de l'ancien Droit romain, on ne pouvait faire figurer dans son testament qu'une personne déjà née et parfaitement certaine : *Incerta persona heres institui non potest* (2). Or, il n'était pas rare de voir le fait suivant se présenter : un père de famille mourait, laissant sa femme enceinte, et quand l'enfant venait au monde, il se trouvait *heres suus,* car il aurait été sous la puissance immédiate du testateur, s'il était né au moment de la confection du testament. Le testament du défunt se trouvait alors rompu (*ruptum*) par l'agnation de ce *suus heres,* et ce dernier arrivait forcément à l'hérédité paternelle ; de sorte que, dans cette hypothèse, le père de famille se trouvait dans l'im-

(1) Ulp. *Reg.*, 22, 17.
(2) Ulp. *Reg.*, 22, 4.

possibilité de le déshériter, c'est-à-dire dans l'impossibilité de faire un testament valable. Pour parer à cet inconvénient, on permit au testateur de considérer comme né un enfant simplement conçu : *Infans conceptus pro jam nato habetur.* Bien plus, le père de famille se vit dans l'obligation de l'instituer ou de l'exhéréder expressément dans son testament, tout comme les autres *heredes sui* (1). — Ces enfants nés après la mort du testateur, et se trouvant *sui juris* à leur naissance, étaient appelés *posthumi sui.* Les posthumes mâles devaient être exhérédés nominativement ; les posthumes du sexe féminin pouvaient l'être *inter cæteros.*

Il y avait encore plusieurs autres situations que nous ne pouvons pas exposer ici, et où la naissance d'un posthume après la confection du testament, ou après la mort du testateur venait rompre le testatament du père. Pour prévenir cet accident il devint nécessaire d'instituer ou d'exhéréder formellement tous ces posthumes (*posthumes Aquiliens, posthumes Velléiens, quasi-posthumes*) (2).

Les préteurs allèrent encore plus loin que le Droit civil. Tenant compte des liens du sang, et non plus seulement du lien purement civil de l'agnation, ils obligèrent le testateur à instituer ou exhéréder même les enfants sortis de sa puissance. Tous les

(1) Inst., l. 2, t. 13, § 1.
(2) Inst., liv. 1, t. 13, § 3.

descendants mâles durent être exhérédés *nominatim*, et les descendants du sexe féminin au moins *inter cæteros*. S'ils sont omis, le préteur leur accorde la *bonorum possessio contrà tabulas* (1). La théorie des *bonorum possessiones* est un des plus remarquables effets de cette puissance du préteur romain, qui consistait à corriger, amender ou suppléer le vieux Droit civil. Cette institution contribua sérieusement à restituer à la nature ses droits, et à faire disparaître toute distinction entre la parenté masculine et la parenté par les femmes, distinction fondamentale de l'antique famille romaine.

Poursuivant le mouvement progressif du Droit prétorien, Justinien supprime, en effet, toute espèce de différence entre les fils et les filles ou petits-fils (2); leur exhérédation doit toujours être nominative, à peine de nullité. Les liens du sang sont seuls pris en considération, et tous les descendants, quel que soit leur sexe, en puissance ou émancipés, naturels ou adoptifs, doivent être institués ou exhérédés, à peine de nullité du testament, au moins quant aux institutions (3).

Les innovations que nous venons de voir apporter dans la législation des Douze-Tables par les préteurs et les prudents n'étaient évidemment que des efforts timides pour arrêter les funestes conséquen-

(1) Inst. *Ibid.*
(2) Inst., § 5, *eod. tit.*
(3) Inst., *ibid.* Code, l. 10, pr., 8, 48.

ces de la liberté de tester; et en définitive, le père de famille demeurait encore libre d'instituer ou d'exhéréder qui bon lui semblait, pourvu qu'il se soumît aux formalités ordonnées par la loi. Mais la prescription de ces formalités n'en trahissait pas moins le besoin et le désir qu'on avait de prendre sérieusement en main les intérêts des enfants, en fixant l'hérédité sur leur tête. Dans ce but, qu'avait-on fait? On avait commencé par déclarer que les enfants qui succèdent à leur père n'acquièrent pas en quelque sorte une hérédité, mais acquièrent simplement des pouvoirs d'administration, car ces biens, ce patrimoine qu'ils recueillent, n'en étaient-ils pas déjà, pour ainsi dire, les propriétaires? *Etiam vivo patre quodammodo domini existimantur* (1). Ce n'était là très-certainement qu'une fiction; car, étant donné le caractère du *paterfamilias* tel que nous l'avons étudié, il est impossible d'admettre que la copropriété de tous les membres, le *condominium,* fût une des bases de la famille romaine. Mais sur cette fiction, les jurisconsultes ont bâti leur théorie de l'exhérédation expresse. A l'aide d'une fiction nouvelle, ils font un pas de plus vers le progrès, vers l'équité, et assurent aux enfants une véritable *réserve*. Voici, en effet, comment raisonnent les *Institutes* :

Il y a des ascendants qui, très-souvent *sans motif,*

(1) Dig., l. 11, 28, 2.

exhérèdent ou omettent leurs enfants. C'est leur droit sans doute, car, pas de loi qui les en empêche. Mais un homme, mais un père qui agit ainsi vis-à-vis de son fils, au mépris de tous les sentiments naturels, cet homme ne peut-il pas être considéré comme un insensé? *Hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint quum testamentum ordinarent.* Et dès lors, pourquoi respecter ce testament, pourquoi rendre l'enfant victime de l'égarement du père? On le voit, c'est encore une fiction qui sert de base à la *querela inofficiosi testamenti.* Il est bien entendu que le testateur n'est pas fou; *hoc dicitur quasi verè furiosus sit;* mais il importe, pour le besoin de la cause, de le considérer comme tel, parce qu'il n'a pas agi conformément à la piété et à l'affection paternelles, *ex officio pietatis* (1).

La *querela* a été établie par les prudents vers la fin de la République. C'est une sorte d'action d'injure intentée devant le tribunal des centumvirs, par laquelle le demandeur, *querelans,* prétend avoir reçu, en n'étant pas institué héritier du testateur, une injure qu'il ne méritait pas, et, en conséquence, demande l'hérédité malgré le testament. Les enfants seuls, dans le principe, puis les ascendants, et même les frères et sœurs dans certains cas, peuvent intenter cette action (2). Il suffit de

(1) Inst., liv. 2, t. 18, pr.
(2) Inst., *ibid,* § 1.

prouver que celui qui a été institué n'avait pas de titre suffisant pour l'être au détriment des membres de la famille.

Notre action d'inofficiosité ne peut s'exercer qu'à défaut de tout autre moyen pour arriver à l'hérédité. C'est un *ultimum præsidium*. Ainsi, le fils simplement omis, a la *bonorum possessio* du préteur; par conséquent il ne peut pas intenter la *querela* (1). De plus, si le testateur a laissé au *querelans* le quart de la portion qu'il aurait eue *ab intestat*, sa demande doit être rejetée (2). Si le legs qu'on lui a fait n'arrive pas au quart, il peut se faire compléter ce qui lui manque, jusqu'à concurrence de ce quart. Ce quart, fixé à l'imitation de la quarte *Falcidie*, est ce qu'on appelle une légitime, *portio legitima*. L'enfant ne peut plus en être dépouillé; et en effet, s'il est passé sous silence dans le testament paternel, il fait tomber ce testament; s'il est exhérédé injustement, il intente la *querela;* de sorte que tout est remis au même état que si le testateur était mort *intestat* (3).

Justinien, dans ses *Novelles*, augmente la *légitime*, et en élève le taux jusqu'au *tiers* des biens qu'on aurait eus *ab intestat*, s'il y a quatre enfants. Et s'il y a plus de quatre enfants, la *légitime* est de

(1) Inst., *ibid*, § 2; Dig., l. 23, pr., 5, 2.
(2) Inst., § 3, *eod. tit.*
(3) Dig., l. 6, § 1, 5, 2.

la *moitié* (1). De plus les causes d'exhérédation ne sont plus laissées à l'appréciation des juges. La Novelle 115 en fait une énumération limitative. Il y a quatre causes d'exhérédation pour les descendants, sept pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs (2). Voici, en ce qui concerne les enfants, les quatorze causes d'exhérédation ; elles se trouvent classées dans les quatre distiques suivants :

Bis septem ex causis exheres filius esto :
Si patrem feriat ; si maledicat ei ;
Carcere conclusum si negligat ; aut furiosum ;
Criminis accuset ; vel paret insidias ;
Si dederit damnum grave ; si nec ab hoste redemit ;
Testarive vetet ; se societque malis :
Si mimos sequitur ; vicietque cubile paternum :
Non orthodoxus ; filia si meretrix.

7° *Droit du père sur les acquisitions des enfants.*

L'incapacité du fils de famille d'avoir des biens propres fut pendant longtemps une des bases constitutives de la famille romaine. Le père est seul propriétaire. Tout ce que le fils en puissance acquiert tombe dans le patrimoine du père, de même que toutes les créances acquises par l'esclave sont acquises pour le maître (3). A cet égard, la simi-

(1) Nov. 18, ch. 1.
(2) Nov. 115, ch. 3 et 4.
(3) Inst., liv. 2, t. 9, pr. et § 1.

litude entre le fils et l'esclave est parfaite. La ressemblance continue en ce que ni l'esclave, ni le fils ne peuvent, par leur fait, ni obliger ni appauvrir le maître; de sorte qu'il serait complétement faux d'appliquer ici la maxime *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*. Si le fils de famille commet un délit, le père, nous l'avons vu, se soustrait à toute responsabilité au moyen de l'*abandon noxal*.

A la différence de l'esclave, le fils de famille peut s'obliger personnellement; bien que le père n'en réponde pas, ses dettes sont parfaitement valables; seulement les créanciers n'ont pas de gage qui garantisse leurs créances. Ils peuvent poursuivre le fils, mais les moyens d'exécution de l'obligation font complétement défaut. C'est seulement quand le fils de famille sera *paterfamilias*, quand il aura un patrimoine, qu'il pourra être contraint de s'exécuter (1).

La preuve la plus péremptoire que le fils de famille peut s'obliger civilement, *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, c'est la restriction qu'impose à sa capacité le Sénatusconsulte *macédonien*. Ce sénatusconsulte n'est applicable qu'au *mutuum* de sommes d'argent. Il refuse toute action en remboursement à celui qui a prêté une somme d'argent à un fils de famille; mais il laisse subsister une obliga-

(1) Dig., l. 39, 44, 7; l. 44 et 45, 15, 1; Inst., liv. 3, t. 19, § 6.

tion naturelle (1). C'est le moyen le plus efficace qu'on ait pu trouver pour réprimer d'une part les spéculations déshonnêtes des usuriers, et, d'autre part, les folles prodigalités des jeunes gens qui, écrasés de dettes, ne craignaient pas d'attenter à la vie de leurs parents, afin d'entrer plus tôt en jouissance de leur patrimoine.

Le principe que le père ne pouvait pas être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par le fils, souffrait exception : 1° quand le fils agissait d'après l'ordre paternel : alors le créancier intentait l'action *quod jussu* (2) ; 2° quand le fils préposé par le père soit à la conduite d'un navire, soit à la gestion d'une boutique ou d'un commerce, contractait en sa qualité de préposé, un engagement envers un tiers. Dans ce cas, en effet, le fils était censé représenter le *paterfamilias*, être son mandataire ; aussi celui-ci était-il tenu des actions *institoire* et *exercitoire* (3) ; 3° quand le père profitait de l'obligation contractée par le fils, on pouvait l'actionner *de in rem verso*, c'est-à-dire le faire condamner jusqu'à concurrence du profit qu'il avait retiré de l'affaire traitée par le fils (4).

Toutes ces actions résultant normalement du contrat passé par un fils de famille, sont dirigées contre

(1) Dig., l. 7, § 10, 14, 6 ; Inst., liv. 4, t. 7, § 7.
(2) Dig., l. 1, 15, 4.
(3) Dig., l. 1, 14, 1 ; l. 3, 14, 3.
(4) Dig., l. 3, § 2, 15, 3.

le *paterfamilias*. On les appelle *adjectitiæ qualitatis*, parce que le préteur ajoute dans la formule une mention particulière pour expliquer en quelle qualité le défendeur est tenu.

De tous les progrès réalisés par la législation en matière de puissance paternelle, l'institution des pécules est celui qui amena sans contredit les résultats les plus sérieux. Grâce à son pécule, le fils de famille cesse d'être en quelque sorte une fraction du patrimoine, un capital productif au profit du père. Son individualité se dégage peu à peu de la grande personnalité du *paterfamilias* qui jusqu'alors l'avait à peu près absorbée. En devenant susceptible de contracter des obligations dont il peut maintenant répondre personnellement, sur ses biens propres, en devenant capable d'exercer des droits de son propre chef, il affirme de plus en plus son existence comme être juridique. L'antique *patria potestas* reçoit un coup à peu près mortel quand le pécule confère à son heureux possesseur une indépendance telle que relativement à ce pécule il est traité en tout comme un véritable *paterfamilias*.

Le plus ancien de tous les pécules, celui qu'on a appelé *profectice (a patre profectum)* n'était qu'un médiocre adoucissement apporté par la coutume à la rigueur du droit. Le fils de famille, de même que l'esclave, recevait un capital numéraire, un fonds de commerce, un bien quelconque dont on lui laissait l'administration, et qu'il faisait fructifier de son

mieux. Mais le père se réservait toujours la propriété du pécule ; à tout instant il pouvait révoquer sa concession ; et cette révocation avait lieu de plein droit quand la puissance paternelle prenait fin soit par la mort ou l'émancipation du fils, soit par la mort du père. Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule étaient donc essentiellement précaires. Cependant la création de ce pécule marque déjà un premier pas vers un état de choses tout nouveau. A l'occasion de son pécule, le fils de famille peut, en effet, contracter avec des tiers et s'engager ; par conséquent son importance s'accroît. Le droit prétorien accorde même dans ce cas aux tiers contre le père, soit l'action *de in rem verso* dont nous avons parlé, soit l'action *de peculio ;* dans ce dernier cas, le père est condamné jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule.

Avec le pécule *castrans* commence réellement pour les fils de famille une ère nouvelle. Ils peuvent maintenant acquérir à leur profit, avoir un patrimoine personnel et distinct, dont ils pourront disposer, sur lequel ils pourront tester. Malheureusement, ce nouveau pécule resta longtemps le privilége des militaires qui représentèrent de bonne heure dans la société romaine une force imposante en attendant qu'elle devînt menaçante. Les Empereurs, presque tous usurpateurs, sentirent la nécessité de se ménager l'appui de leurs légions ; et pour cela il fallait acheter leur concours, payer leur dévoue-

ment. Cette idée suffit à expliquer l'origine et les développements du pécule *castrans*.

Le pécule *castrans* se trouve défini par Paul : *quod in castris adquiritur, vel quod proficiscenti militiam datur* (1) ; et le jurisconsulte Macer en donne une idée plus précise en ajoutant : *Castrense peculium est quod a parentibus vel cognatis in militiâ agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militiâ adquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset; nam quod erat et sinè militiâ adquisiturus, id peculium ejus castrense non est* (2). Le pécule *castrans* comprend donc tout ce qui est donné au fils de famille en considération de sa qualité de militaire, et tout ce qu'il acquiert lui-même à l'occasion de son service. *Stipendium* ou solde, récompenses extraordinaires données aux soldats, part du butin, immeubles assignés aux vétérans, *donativum munus*, ou libéralités des Empereurs à leur avénement, cadeaux faits par la famille ou par des compagnons d'armes, etc., tout cela composait le pécule *castrans*.

A l'imitation du pécule dont nous venons de parler, il fut créé beaucoup plus tard, sous Constantin probablement, un pécule appelé *quasi-castrans* (4), au profit des officiers du palais. Les mêmes règles

(1) *Sent.* Paul, liv. 3, ch. 4, § 3.
(2) Dig., l. 11, 49, 17.
(3) Dig., 49, 17.
(4) Code, l. 1, 12, 31.

s'appliquent aux deux pécules. De même que les soldats sont propriétaires de ce qu'ils ont acquis dans les camps ou à l'occasion du service militaire, de même les fonctionnaires énumérés par Constantin deviennent propriétaires de ce qu'ils acquièrent dans l'exercice de leurs charges.

Ce même privilége d'avoir un pécule *quasi-castrans* fut étendu aux officiers ou employés du prétoire, sous Théodose et Valentinien (1); aux avocats, sous Honorius et Théodose (2); aux évêques et aux clercs, sous Léon et Anthémius (3); et, enfin, sous Justinien, à tous ceux qui reçoivent un traitement de l'État, ou même des libéralités impériales (4).

Les pécules *castrans* et *quasi-castrans* n'étaient que des dérogations au Droit commun, en vertu duquel le chef de famille profitait de toutes les acquisitions des personnes soumises à sa puissance. Or, c'est ce résultat *inhumain (quod nobis inhumanum visum est)* que la création du pécule *adventice* fit complétement disparaître (5).

Ce troisième pécule, créé par Constantin, se compose de toutes les acquisitions non comprises déjà dans les pécules *profectice, castrans* ou *quasi-castrans;* par exemple, des biens recueillis par les fils

(1) Code, l. 6, *de castr. pec.*
(2) Code, l. 4. *de advoc.*
(3) Code, l. 34, *de episcopis.*
(4) Code, l. 37, *de inof. test.*: l. 5, *de silent.*: l. 7, *de bonis quæ liberis.*
(5) Inst., l. 2, t. 9, § 1.

dans la succession de leur mère, ou autres ascendants maternels, et en général de tout ce qu'on acquiert pour une cause quelconque, et autrement que *ex re vel substantiâ patris* (1).

Le pécule adventice a ceci de particulier que le fils n'en a pas la libre administration, mais seulement la nue-propriété. La jouissance en est réservée au père tant que dure la puissance paternelle. Mais en empêchant le père d'en disposer, on a réparé l'injustice du Droit ancien. Les enfants n'auront plus désormais le regret douloureux de voir passer en des mains étrangères les fruits de leur talent, de leur travail, ou de leur bonne fortune (2).

Les biens adventices sont accessibles à tous, à la *filiafamilias* comme au *filiusfamilias*.

Il y aurait lieu d'étudier ici les pouvoirs du père en tant qu'administrateur de ce pécule, ainsi que les charges qui sont la conséquence de son droit d'usufruit. Ce serait pour nous l'occasion d'examiner plusieurs questions sur lesquelles la controverse s'est le plus donné libre carrière. Il faudrait indiquer aussi comment était réglée la succession des biens adventices, dont le fils, quoique propriétaire, ne pouvait disposer ni par acte entre-vifs ni par testament. Enfin, il ne serait pas sans intérêt de rechercher quelle fut la destinée de la législation

(1) Code, 6, 59; l. 2, *eod. tit.*; l. 6, 6, 60.
(2) Inst., liv. 2, t. 9, § 1; Code, l. 6, 6, 41.

romaine en matière de pécules dans les pays de Droit écrit, et la part d'influence qu'elle a exercée sur la rédaction des articles du Code Civil relatifs au droit de jouissance légale. Mais les limites du sujet que nous avons dû accepter sont trop étendues pour que nous traitions d'une manière approfondie et avec tous les détails qu'elles comportent, les questions qui se présenteraient à notre examen. La matière des pécules donnerait lieu plus que tout autre à de nombreux développements juridiques, mais il nous a été impossible d'en donner autre chose qu'un rapide aperçu.

III

MODES D'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE

La *patria potestas* du Droit romain, nous avons déjà eu occasion de le remarquer, ne prenait pas fin par suite de la maturité de l'âge et de la raison de celui qui y était soumis. Toute dans l'intérêt du *paterfamilias,* elle durait autant que sa vie, s'exerçant à la fois sur les enfants et les petits-enfants, sans que ni les uns ni les autres eussent jamais aucun moyen de s'y soustraire.

Telle était la rigueur des principes. Il se présentait cependant quelques cas exceptionnels, certains événements accidentels et imprévus, qui avaient

pour résultat de faire perdre au chef de famille l'exercice de son droit de puissance. D'un autre côté, celui-ci pouvait de diverses manières renoncer spontanément à ses attributs, à ses prérogatives, soit en rendant *sui juris* ceux qui lui étaient soumis, soit en les plaçant sous la puissance d'un autre.

Comme on le voit, les causes qui font cesser la *patria potestas* sont ou indépendantes de la volonté du père, ou au contraire dérivent de cette même volonté. Examinons succintement les unes et les autres.

Il semble presque inutile de mentionner tout d'abord la mort du fils de famille ou celle du *paterfamilias,* comme premier mode d'extinction de la puissance paternelle. Remarquons toutefois, avec les *Institutes,* que si celui qui exerce la puissance est un aïeul, sa mort ne libère pas les petits-enfants; car ils sont alors soumis au pouvoir du père. Si, au contraire, le *paterfamilias* qui décède est le père, sa mort a pour conséquence nécessaire de rendre tout le monde *sui juris.* Autant de familles nouvelles, autant de nouveaux *patresfamilias* qu'il y a d'enfants (1).

Pour être *paterfamilias,* avons-nous dit au début de cette étude, il faut être à la fois *libre, citoyen romain, sui juris.* Toute *capitis deminutio* fait per-

(1) Inst., liv. 1, t. 12, pr.; Ulp., loi 195, § 2, *in fine, de verb. signif.*

dre au moins une de ces trois qualités, et par suite le titre de *paterfamilias*. Par conséquent sont déchus de la *patria potestas* : 1° Tout individu qui devient esclave, et particulièrement le *servus pœnæ*, c'est-à-dire celui qui a été condamné aux bêtes ou aux mines *(maxima capitis deminutio)* (1); 2° celui qui encourt la peine de l'*interdiction de l'eau et du feu*, remplacée à une certaine époque par la déportation dans une île *(media capitis deminutio)* (2). Sous Justinien, cette dernière peine n'emporte pas toujours la dissolution du mariage, par exemple, quand le mari conserve pour sa femme condamnée son affection primitive, et que tous deux sont d'accord pour maintenir le mariage (3); 3° celui qui se donne en adrogation *(minima capitis deminutio)*. La puissance et les biens de l'adrogé passent alors sous la puissance de l'adrogeant, lequel devient aussi le *paterfamilias* des enfants ou petits-enfants de l'adrogé.

Quant au père de famille retenu prisonnier *apud hostes*, il est évident qu'il perd lui aussi son droit de puissance (4). Mais s'il s'échappe et revient à Rome, il continue à exercer la puissance paternelle comme s'il ne l'avait jamais perdue. Il en est ainsi *jure postliminii*, au moyen d'une fiction qui fait recouvrer au captif l'exercice de tous ses droits, comme

(1) Inst., liv. 1, t. 12, § 3.
(2) Just., § 1, *eod. tit.*: Dig., l. 2, § 1, 48, 19.
(3) Dig., l. 5, § 1, 48, 20.
(4) Inst., § 5, *eod. tit.*

s'il n'avait jamais quitté sa patrie. Et si le père meurt en état de captivité, c'est à partir du moment où il est tombé aux mains de l'ennemi, et non à partir de l'époque de sa mort que ses enfants deviennent *sui juris;* de sorte que leur situation demeure quelque temps pendante. Ajoutons qu'on ne peut se prévaloir du *jus postliminii* qu'autant que l'on revient à Rome avec l'intention d'y rester, peu importe d'ailleurs le moyen employé pour y revenir (1). Seuls, les transfuges, c'est-à-dire les soldats qui ont rendu leurs armes, ne sont pas admis à réclamer le bénéfice du *jus postliminii* (2).

Nous avons déjà dit que les *Vestales* étaient libérées de la puissance paternelle, sans encourir pour cela une *capitis deminutio*. La même exception avait lieu en faveur des *Flamines*, ou prêtres de Jupiter (3). Dans le Droit de Justinien, flamines et vestales ont disparu depuis longtemps. Mais il y a plusieurs dignités ou fonctions publiques, qui, sans faire perdre à ceux qui les occupent aucun des droits de famille, les dégagent néanmoins des liens de la puissance paternelle. Ces dignités sont celles de *Patrice* (personnage éminent, conseiller intime de l'Empereur), de préfet du prétoire, de consul, d'évêque, etc., et en résumé toutes celles qui déchar-

(1) Dig., l. 26, 49, 15; l. 5, § 3, *eod. tit.*
(2) L. 17, Dig. et l. 19, § 4, 49, 15.
(3) G. *Gom.* I, 130, *Com.* III, 114.

gent des lourdes obligations résultant de la qualité de curiale (1).

Les modes d'extinction de la puissance paternelle résultant de la volonté du *paterfamilias* sont l'*adoption*, le *mariage des filles*, et l'*émancipation*.

Nous avons parlé plus haut de l'adoption. Nous en avons indiqué la forme et les effets. L'adopté, avons-nous dit, sort de la puissance de son père naturel, perd tout droit à sa succession, et entre dans une famille nouvelle, en qualité de *filiusfamilias*. Or, voici ce qui se présentait très-souvent dans la pratique : L'adopté, déchu de tous droits vis à vis de ses parents naturels, était ensuite émancipé par son père adoptif; de façon qu'il se trouvait exclu des deux successions. Justinien remédia à cet inconvénient, au moyen de la distinction suivante : Si le père donne son enfant en adoption à une personne étrangère à la famille, cet enfant reste sous la puissance de son père naturel, et y conserve tous ses droits, et de plus il acquiert un droit à la succession *ab intestat* du père adoptif. Si au contraire l'adoptant est, non plus un étranger, mais un ascendant, par exemple, l'aïeul maternel, alors l'adoption produit son ancien effet : l'adopté entre dans la famille de l'adoptant, parce que dans ce dernier cas on ne doit pas craindre que l'adoptant, déjà uni à

(1) Inst., liv. 1, t. 12, § 4; Code, l. 5, 12, 3; Nov. 81, ch. 2.

l'adopté par les doubles liens du sang et de l'affection, le dépouille de son hérédité (1).

Cette innovation de Justinien était inspirée par un sentiment de justice et par le désir de protéger l'enfant. Une réforme analogue avait eu lieu sous le règne d'Antonin-le-Pieux : On avait permis d'adroger les enfants impubères ; mais pour empêcher que cet acte ne cachât en réalité une honteuse spéculation (l'adrogeant devenant propriétaire de tous les biens de l'adrogé), on avait décidé que l'adrogeant ne pourrait émanciper son adrogé qu'en lui restituant tous les biens qu'il avait apportés ; de plus, si on le déshéritait, il avait toujours droit au quart au moins des biens de l'adrogeant. C'est ce qu'on appelait la *quarte Antonine* (2).

Lorsque le *paterfamilias* se donnait lui-même en adrogation, et lorsqu'il donnait son enfant en adoption, le sort de ce dernier était le même dans les deux cas : il ne devenait pas *sui juris*, il changeait seulement de chef.

La *manus* était pour la femme un moyen tout particulier de changer de famille. En se mariant, elle ne tombait pas sous la *manus* de son mari : il fallait pour cela procéder à la *confarreatio*, céré-

(1) Inst., liv. 1, t. 11, § 2 ; liv. 1, t. 12, § 8 ; Code, l. 10, § 4, 8, 48.

(2) Inst., liv. 1, t. 11, § 3.

monie solennelle dans laquelle le grand-pontife, en présence de dix témoins, donnait à goûter à chacun des époux un gâteau fait de fleur de farine, d'eau et de sel. La *coemptio*, sorte de vente fictive au moyen de la mancipation, produisait encore le même résultat : A défaut de l'un de ces procédés, la femme pouvait encore tomber sous la *manus*, par prescription, *usu*, si elle passait une année entière chez son mari sans s'absenter pendant trois nuits de suite. Soumise à la *manus*, la femme devenait l'agnat de son mari, et l'agnat de ses propres enfants. Son mari acquérait sur elle une puissance analogue à la *patria potestas*, puisqu'elle était par rapport à lui *loco filiæ*. Tout ce qui appartenait à la femme devenait la propriété du mari. *Cum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt* (1).

A défaut de *manus*, la femme, quoique mariée, restait sous la puissance de son père. Cette situation bizarre était nécessairement grosse de conflits entre le père et le mari. Si par exemple, demande Ulpien, un père veut amener sa fille que j'ai épousée, ne pourrai-je point opposer une exception à l'interdit dont il se servira contre moi? Et, ajoute un autre jurisconsulte, un mari est très-bien fondé à se faire représenter sa femme par son beau-père, et à l'amener chez lui, quoiqu'elle soit sous la puissance de

(1) Cicéron, *Topiques*, 4.

ce beau-père. Tout cela parce que le père de famille n'a plus comme autrefois le droit de venir troubler et rompre les mariages bien assortis (1).

Pour vider les conflits dont nous venons de parler, « un médiateur naturel s'offrait alors, le tribunal domestique. Il complète l'organisation de la famille romaine. Composé de la famille naturelle, des cognats, il puise son autorité dans les mœurs. Les lois ne disent rien de sa compétence et de ses attributions, mais nous voyons l'État lui-même lui confier l'exécution des peines prononcées contre les femmes par la justice publique. La femme était, toute sa vie, soumise à son autorité. Les puissances rivales du père et du mari s'y conciliaient, et le blâme du censeur atteignait celui qui, pour un acte grave de sa prérogative, eût négligé d'y avoir recours (2). »

Au fur et à mesure que se répandit l'usage de la dot, la *manus* tomba en désuétude et disparut bientôt complétement. La femme trouva dans sa dot un commencement d'indépendance. On lui en assura la conservation et la restitution. Elle en fut réputée propriétaire, et chaque mari put bientôt s'écrier comme le personnage de Plaute : *Dote imperium vendidi!* C'est ainsi qu'après avoir vu le fils de fa-

(1) Dig., l. 1, § 5, et l. 2, 43, 30.

(2) *Discours sur la condition privée de la femme*, par M. Poubelle.

mille affranchi par son pécule, nous voyons la dot émanciper la femme.

Il nous reste à dire quelques mots du moyen le plus habituellement employé par le *paterfamilias* pour rendre son enfant *sui juris*. Nous voulons parler de l'*émancipation* dont il n'est pas question dans les anciennes lois romaines. La jurisprudence et la pratique suppléèrent à cette lacune, non pas en sollicitant une loi nouvelle (ce n'était presque jamais ainsi que s'accusait le progrès à Rome), mais en tirant parti du texte de la loi des Douze-Tables qui dispose que le père perd tout pouvoir sur son fils en le vendant trois fois ; sur sa fille, en la vendant une fois. Et alors, en présence d'un *extraneus manumissor*, le père procédait à des ventes fictives que nous connaissons déjà et qui nous sont décrites par Gaïus et Ulpien (1). Seulement, après la troisième vente, l'acheteur, qui avait en ce moment, l'enfant *in mancipio*, le mancipait au père, lequel alors l'affranchissait, et par cet affranchissement suprême et définitif, acquérait sur lui les droits de patron, c'est-à-dire de tutelle et d'hérédité. Telles sont les formalités les plus anciennes de l'émancipation. L'Empereur Anastase permit d'émanciper en vertu d'un rescrit du prince, insinué *apud competentem judicem* (2); et, enfin, Justinien fit résulter l'émancipa-

(1) G. *Inst.*, 118, 123.
(2) Code, l. 5, 8, 49.

tion de la simple déclaration faite par le père devant le magistrat compétent (1).

L'agnation est le seul lien qui rattache le fils de famille au *paterfamilias*. L'émancipation a pour but de rompre ce lien. C'est à la fois pour celui qui en est l'objet un avantage et un désavantage. Si, en effet, l'enfant devient *sui juris*, c'est-à-dire indépendant et maître de sa personne, il perd en même temps tout droit à la succession légitime de l'ascendant qui l'a émancipé ; il subit une *minima capitis deminutio*. A ce dernier point de vue, l'émancipation se présente donc avec les caractères d'une peine, d'une mesure de rigueur ; et pourtant, pour que cet acte fût valable, il fallait le consentement du fils ou au moins, comme pour l'adoption, sa non-opposition (2). De bonne heure le préteur vint au secours de l'émancipé, en lui accordant la *bonorum possessio undè cognati* (3), et Justinien l'appela à la succession paternelle sur le même rang que l'enfant resté en puissance, sous la seule condition qu'il *rapporterait* les biens acquis depuis l'émancipation (4). Et dès lors, l'émancipation ne fut plus qu'un bienfait. Cela est si vrai qu'une constitution la déclare révocable pour cause d'ingratitude (5), et que, d'un

(1) Inst., liv. 1, t. 12, § 6 ; Code, l. 6, 8, 49.
(2) Paul, *Sent.* 2, 25, § 5.
(3) Inst., liv. 3, t. 1, § 9.
(4) Dig., l. 1, pr., *de collat. bon.*
(5) Code, 8, 50 ; *Frag. Vatic.* 248.

autre côté, le père indigne qui abuse de sa puissance peut être contraint d'émanciper ses enfants (1).

(1) Inst., liv. 1, t. 12, § 10; Dig., l. 5, 37, 12; Code, l. 6, 11, 40.

DROIT FRANÇAIS

De la puisssance paternelle par rapport à la personne de l'enfant.

La famille, comme toute association, a besoin d'un directeur, d'un chef. On compare quelquefois l'État à une grande famille, ou la famille à un petit État, à cause de la ressemblance apparente qu'il y a entre la qualité de roi et celle de père, et comme si toute la différence consistait en ce que celui-ci a peu et celui-là beaucoup de monde sous son empire. Les théories de Bossuet et de quelques autres écrivains du dix-septième siècle sur le gouvernement paternel des princes, ont sans doute contribué à accréditer cette opinion. Il ne faudrait pourtant pas confondre la constitution de la famille avec celle de l'État; et il ne serait pas sans danger d'établir un rapprochement, une analogie entre les lois qui doi-

vent gouverner l'État et celles qui doivent régir la famille. Tandis que le pouvoir civil ne réside de droit naturel en aucun homme, dans la famille au contraire, et ceci lui est tout à fait particulier, le chef a une autorité qui lui est propre, une puissance qui n'a jamais appartenu qu'à lui, et qui exclut toute délégation. Autant la souveraineté sociale varie suivant les circonstances, les temps et les lieux, se modifiant, quant à sa forme ou ses limites, sous l'influence des événements, autant la puissance paternelle doit être immuable, universelle, antérieure à toute convention, soustraite aux caprices de la loi civile. Ce n'est donc pas au législateur à organiser lui-même la famille, ni à déterminer arbitrairement les prérogatives de la paternité. Sa mission se borne ici à constater, sans les élargir, ni les restreindre, les vraies limites de la puissance paternelle, d'après la nature même des choses. La puissance paternelle, disait Portalis, est un droit *fondé sur la nature et confirmé par la loi.*

A ce point de vue, les anciennes législations ont presque toujours méconnu les vœux de la nature, les besoins de la famille et les sentiments du cœur. A Sparte, les enfants sont la propriété de l'État, qui les prend à leur naissance, tue les uns, garde les autres et les élèves à sa guise. Avec un système qui pousse si loin le souci de l'unité sociale, la famille n'existe même plus, absorbée qu'elle est tout entière par l'État. A Rome, ce n'est plus l'État qui est

tout-puissant, c'est le père, ou plutôt le chef de famille, *paterfamilias*. En concentrant toute l'autorité dans sa personne, on a étouffé le droit de l'individu; l'enfant n'est guère plus qu'une chose, dont on dispose d'une manière absolue. Seule, la civilisation chrétienne s'est efforcée de combiner les intérêts de l'individu, ceux de la famille et ceux de la société; et cela parce que le christianisme a régénéré la famille en rétablissant la femme dans ses droits, en restituant au mariage son unité et son indissolubilité. La bonne organisation de la famille dépend, en effet, de la situation de la femme. Or, après avoir été partout esclave, la femme a conquis au sein de notre société la place qui lui est due; elle est devenue la compagne de l'homme et son associée dans l'œuvre de l'éducation.

Depuis que cette révolution s'est opérée, la famille peut être définie : *une agrégation de personnes unies par les liens du sang, et fondée sur le mariage considéré comme base*. Quant à la puissance paternelle, qui fait l'objet de cette étude, nous la définirons : *l'ensemble des droits et des devoirs qui règlent les rapports des père et mère avec leurs enfants*.

Ces droits et ces devoirs se manifestent et s'exercent de deux manières, par rapport à la personne, et par rapport aux biens des enfants. Nous nous proposons d'étudier seulement ici le fonctionnement de la puissance paternelle par rapport à la personne.

Avant d'aborder notre Droit actuel, disons brièvement comment la famille se trouvait constituée dans l'ancienne France.

DROIT ANCIEN

La famille, dans le Droit des peuples Germaniques, repose sur le lien du sang. Elle comprend tous les parents, à quelque degré que ce soit, pourvu qu'ils soient légitimes, sans distinction entre les parents paternels et les parents maternels. Les anciens Germains préfèrent même les parents par les femmes aux parents par les mâles. C'est ainsi que la loi Salique, dans sa première rédaction, attribue la succession de celui qui meurt sans enfants, à sa mère, et à son défaut, à la sœur de sa mère (1). — Le trait caractérisque et fondamental de la famille germanique, c'est la *solidarité*. En vertu de ce principe, tous les membres de la famille sont obligés d'épouser la querelle de leur parent, si éloigné qu'il soit, de contribuer au paiement de la compositon dont il peut être tenu, de l'assister en justice comme *conju-*

(1) Titre *de alodibus*,

rateurs pour attester son innocence, etc. C'est ainsi que de la parenté résultaient des obligations, de même qu'elle donnait lieu à des droits, par exemple, droit de participer à la composition, d'avoir une part dans l'hérédité. En un mot, l'obligation contractée par un parent liait tous les autres. Chaque fois qu'il s'agissait d'accomplir un acte important, la famille tout entière était consultée; réunis sous l'autorité du juge, les parents (*amis charnels*) délibéraient et donnaient leur avis sur le mariage, l'émancipation, l'expulsion d'un membre coupable, sur une aliénation, etc. Telle est l'origine ancienne de notre *Conseil de famille*. Comme tous les autres droits, la possession des biens était solidaire. A la place de la propriété individuelle, il y avait un *condominium pro indiviso*, ou propriété de famille, en vertu de laquelle chaque membre est propriétaire *in solidum* de la chose, mais est restreint dans l'exercice de son droit par le droit égal des autres membres. Cette manière d'entendre la propriété est incompatible avec le pouvoir de tester. Car si un membre disposait en mourant de ses biens en faveur d'un étranger, il dépouillerait ainsi, sans en avoir le droit, les autres membres de la famille.

Le chef de ce groupe familial organisé comme nous venons de voir, était investi d'un pouvoir appelé *mondium*, ou *mondeburdium*, auquel se trouvaient également soumis les enfants, la femme, les serfs ou domestiques, tous ceux enfin qui faisaient

partie de la maison, *pars domûs*. Cette puissance diffère essentillement de la *patria potestas* romaine en ce qu'elle existe dans l'intérêt de ceux qui y sont soumis, et non pas dans l'intérêt unique de celui qui l'exerce. *Mondium* signifie en effet *tutelle, garantie, protection*. Celui qui a le *mondium* représente légalement ses subordonnés, exerce leurs droits et actions, administre leurs biens, a sur leur personne un droit de correction, est seul responsable de leurs actes.

Fondé sur la protection, le *mondium* devait naturellement prendre fin dès que l'enfant devenu jeune homme, apte à se protéger lui-même, recevait l'écu et la framée dans l'assemblée de la tribu. C'est ce qui arrivait à l'âge de douze ans, dans la loi Salique, et de quinze ans dans la loi des Francs Ripuaires. Cette dernière majorité devint le Droit commun des peuples germaniques fixés en Gaule, ainsi que des membres des familles royales. — Quant aux filles, elles restaient toute leur vie en puissance. Si elles se mariaient, elles tombaient sous le *mondium* de leur mari. Devenues veuves, le *mondium* passait à leur plus proche parent, même à leur fils ; et si elles se remariaient, le nouvel époux achetait le *mondium* aux héritiers du premier mari (1). Il était, en effet, de principe que nulle femme, fille, épouse ou veuve, ne pouvait vivre affranchie de toute puissance. A

(1) Ce prix d'achat, réel ou fictif, s'appelait *reipus*.

défaut de parents, le roi, appui naturel de tous ceux qui manquaient de protecteur, avait droit au *mondium*.

La famille féodale et coutumière ressemble en tous points à la famille germanique. Comme celle-ci, elle forme une société particulière composée de tous les parents, avec des droits et des obligations réciproques. Tous les membres sont encore rattachés entre eux par le lien de la solidarité. Il n'en est pas ainsi dans les derniers temps. Cependant, les coutumiers du treizième siècle nous montrent le droit et le devoir de vengeance existant entre les familles, et nous parlent de guerres privées, dans lesquelles devaient s'engager tous les membres, sauf les prêtres, et les parents à un degré égal des deux principaux adversaires. L'ordonnance de 1371 abolit ces guerres privées, et le droit de vengeance se transforma en droit seigneurial. — Le conseil de famille, la saisine de tous les membres se retrouvent également dans notre ancien Droit. Bien que la coutume de Paris parle de testaments, on peut dire que le véritable testament du Droit romain n'y était pas pratiqué. Car il n'y avait pas d'institution d'héritier. *Dieu seul,* disait-on, *peut faire les héritiers.* Le testament dont il est question dans les coutumes est plutôt un codicille par lequel on charge les parents de délivrer certains biens aux légataires; mais ceux-ci n'ont qu'une action en délivrance; ils ne sont jamais *saisis.*

Le *mondium* est-il passé dans le Droit coutumier? Tous les pays du Nord admettaient la règle : *Puissance paternelle n'a lieu.* C'est là un principe général de notre vieux Droit français. Faut-il en conclure qu'on ne reconnaissait pas une certaine puissance au père sur ses enfants, au mari sur sa femme, au maître sur ses domestiques? Loisel, qui ne manque pas de formuler la règle *Puissance paternelle n'a lieu,* nous dit pourtant que les enfants, nobles ou serfs, sont en l'*avouerie* de leurs père et mère. Ce mot vient de *advocatio*, signifiant représentation légale, tutelle. Mais le mot le plus souvent employé dans les coutumes est celui de *mainbournie.* Cette *mainbournie* n'est autre chose que le *mondium* ou *mondeburdium* germanique, avec les mêmes caractères essentiels. Le père est le *mainbour* de tous les membres de sa famille ; il exerce les droits et actions de tous ; est responsable de leurs actes ; administre les biens communs, en perçoit les fruits. Tant que les enfants sont sous la *mainbournie,* ils ne sont ni capables de posséder des biens propres, ni même, dit la coutume de Bretagne, capables de contracter. Leur situation est donc plus mauvaise encore que celle des fils de famille romains, lesquels du moins pouvaient s'obliger sur leur pécule. — Si les droits du père étaient considérables, ses charges ne l'étaient pas moins. Le *mainbour* devait subvenir aux besoins de la famille, payer les dettes, les amendes, les dommages-intérêts auxquels les enfants pouvaient être condamnés.

Comme les autres caractères de la famille germanique, le *mondium* se retrouve donc aussi dans notre ancien Droit coutumier. La règle, *Puissance paternelle n'a lieu*, exclut uniquement la *patria potestas* du Droit romain, avec toutes ses conséquences. — La puissance du père, en effet, n'était pas perpétuelle ; elle cessait par l'âge, le mariage, l'habitation séparée pendant un certain temps, du consentement paternel. De plus, la *mainbournie* n'appartenait jamais au grand-père, et d'un autre côté, les enfants pouvaient être soumis à la puissance de la mère ; c'est ce qui arrivait quand le mariage était dissous par la mort du père. *Filii, amisso patre, cum omni facultate matris in solatio et potestate consistant* (1).

La maxime *Puissance paternelle n'a lieu* était formulée par les jurisconsultes coutumiers avec d'autant plus d'énergie qu'il s'agissait de repousser sur ce point, comme sur tant d'autres, les doctrines contraires en vigueur dans les pays de Droit écrit. Dans le midi, en effet, où le Droit romain ne cessa jamais d'être regardé comme le Droit commun, la famille était fondée sur la *patria potestas*, toute dans l'intérêt du père, avec les adoucissements que lui avaient fait subir les Empereurs. Ainsi, le mariage n'était pas une cause d'émancipation ; le père retenait la puissance, et l'exerçait sur ses petits-enfants, tant qu'il n'y renonçait pas solennellement en con-

(1) Lois des Bourguignons, tit. 59.

férant l'émancipation devant le juge du lieu. Le fait pour un enfant marié de résider pendant dix ans, avec le consentement du père, hors de la maison paternelle, constituait aussi une émancipation tacite.

En résumé, quand éclata la Révolution, deux principes bien différents, l'idée germanique, au Nord, et l'idée romaine au Midi, dominaient la constitution de la famille. Le Droit intermédiaire, qui prit pour tâche de procurer à la France le bienfait de l'unité de législation, considéra comme un de ses premiers devoirs d'abolir jusqu'aux derniers vestiges de la *patria potestas*. Le décret du 28 août 1792, réalisant, à l'insu peut-être de ses auteurs, les tendances séculaires du Droit canonique, dispose que *la puissance paternelle ne s'étendra plus que sur les mineurs*. On ne pouvait pas cependant accepter, dans son ensemble, le système des pays de coutumes. La famille y était organisée aristocratiquement par les droits d'aînesse et de masculinité ; la *mainbournie* y avait donné lieu à de graves abus, et s'était parfois changée en un véritable despotisme. — Ces abus provenaient surtout de l'étendue exagérée des droits de garde et de correction. Aussi s'empressa-t-on de restreindre, à cet égard, l'autorité paternelle, en donnant un contrôle, une garantie d'équité à ses décisions. Aux termes du décret des 16-24 août 1790 (Titre X, art. 15, 16), le père, ou la mère, ou l'aïeul, ou le tuteur, qui a des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un

enfant ou d'un pupille, doit porter sa demande au tribunal de famille, composé au moins de six parents les plus proches. Si l'enfant a moins de vingt ans, ce tribunal peut le condamner *au maximum* à être enfermé pendant une année.

Les rédacteurs du Code Civil, fidèles à leurs habitudes d'éclectisme, ont fait en cette matière des emprunts tantôt à nos coutumes, tantôt au Droit romain. Mais il nous paraît hors de doute que, partant de cette idée coutumière que le père est avant tout le protecteur naturel de ses enfants, ils lui ont confié sur leur personne, moins des droits que des moyens nécessaires pour l'accomplissement de ses devoirs.

CODE CIVIL

Le titre IX du livre I, malgré la généralité des termes de sa rubrique, est loin de contenir la théorie complète de la puissance paternelle. Les premiers articles en posent les principes ; tout le reste est consacré aux seuls droits de correction et de jouissance légale. Les autres effets de la puissance paternelle se trouvent mentionnés çà et là dans les divers titres du Code.

Après avoir vu, dans une première partie, à qui appartient la puissance paternelle, nous énumérerons, dans une seconde, ses principaux attributs par rapport à la personne de l'enfant. Une troisième partie sera consacrée à étudier comment la mère participe à la puissance paternelle du vivant de son mari, et jusqu'à quel point, à son défaut, elle en a le plein et entier exercice.

I

A QUI APPARTIENT LA PUISSANCE PATERNELLE

Cet ensemble de droits et de devoirs, que l'on désigne et résume en un seul mot, la *puissance paternelle*, ne saurait jamais appartenir qu'aux père et mère. Par le fait de leur mariage, ils ne contractent pas seulement l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ; là se trouve encore le fondement de leur souveraineté domestique tout entière. Livré à d'autres mains, l'exercice de prérogatives aussi considérables pourrait compromettre et le bien-être des familles et la stabilité de la société, dont la famille est l'élément indispensable. Les ascendants ne sauraient donc jamais avoir la puissance paternelle; la loi leur en confie seulement quelques attributs (art. 150, 402) ; quant au tuteur, il n'est que le surveillant légal du mineur, et l'ad-

ministrateur de ses biens ; ses pouvoirs sur sa personne sont à peu près nuls (art. 468).

L'article 372, en décidant que l'enfant, jusqu'à sa majorité ou son émancipation, reste sous l'autorité, non pas seulement du père, mais à la fois du père et de la mère, nous paraît s'écarter sensiblement de la législation ancienne. La mère se trouve par là associée, au moins en principe et en droit, sinon toujours en fait, au droit de puissance paternelle. Si elle n'en a pas tout de suite l'exercice, ce n'est pas parce qu'elle est *incapable,* c'est pour d'autres raisons. D'où il suit que la veuve, appelée à remplacer le père dans le gouvernement de la famille, ne revêt pas une capacité nouvelle, mais *exerce* purement et simplement une capacité dont elle avait déjà la *jouissance.* C'est cette capacité, en quelque sorte à l'état latent, de la femme mariée, qui était méconnue dans notre ancienne jurisprudence. L'influence des femmes durant tout le moyen âge, l'empire moral et bienfaisant qu'elles exerçaient autour d'elles sont hors de doute (1). Comme il y a loin de cette dure civilisation romaine qui les maintenait dans une tutelle perpétuelle, à l'époque de notre histoire qui a vu fleurir la chevalerie ! Cependant,

(1) N'est-ce pas dans le sein de la famille féodale que l'importance des femmes s'est enfin développée ? Dans toutes les sociétés anciennes..... les femmes ne tenaient pas à beaucoup près, la place qu'elles ont acquise en Europe sous le régime féodal.

(Guizot, *Hist. de la civilisation en Europe*, 4e leçon.)

il faut bien reconnaître que les lois, se laissant en cela de beaucoup devancer par les mœurs, tendaient à rendre insignifiant, pour ne pas dire nul, le rôle qui doit revenir à la femme mariée, même du vivant de son mari. Du principe germanique : *Femmes franques sont en puissance de mari,* on avait déduit que la *mainbournie* comprenait à la fois la puissance paternelle et la puissance maritale; et ce n'est pas sans quelque surprise que nous voyons un jurisconsulte aussi éminent que Beaumanoir assimiler tout à fait la femme à l'enfant, et affirmer qu'à l'égal de celui-ci elle doit être corrigée, battue même (1). Au seizième siècle, les commentateurs de coutumes, reproduisant encore les mêmes idées, regrettent que les maris n'aient pas droit de vie et de mort sur leur femme (2). Il est vrai que dès la fin de ce même seizième siècle, on dut réagir contre de pareilles doctrines. Nous croyons en trouver la preuve dans le passage déjà cité de Loisel : « Les enfants sont en l'avouerie de leurs père *et mère.* » Beaucoup plus tard, Pothier (3) écrit enfin que la puissance paternelle est *commune au père et à la mère,* que tous deux ont le droit de gouverner la personne et les biens des enfants jusqu'à un certain âge; que tous deux ont le droit d'exiger d'eux certains devoirs de respect et

(1) Beaumanoir, *Coutume de Beauvaisis.*
(2) D'Argentré, *Commentaire sur la Coutume de Bretagne.*
(3) *Introduction au titre IX de la Coutume d'Orléans.*

d'obéissance; et ici notre grand jurisconsulte se trouve en parfaite conformité d'idées avec les auteurs du Code. Si donc le père seul exerce l'autorité pendant le mariage, comme nous le dit l'article 373, c'est qu'il faut bien que dans la société conjugale on choisisse un chef, un administrateur. Il ne peut pas y avoir deux puissances dans la famille. Ce chef, cet administrateur est assez clairement indiqué par la nature; ce ne peut être que le père. Il ne saurait être question ici d'un droit de *veto* accordé à la mère, ni de l'intervention des tribunaux. De semblables mesures amèneraient nécessairement des conflits entre les époux, et troubleraient la paix des ménages; la mère, dit Pothier, étant elle-même pendant le mariage, sous la puissance de son mari, ne peut exercer la puissance paternelle que *subordinément à son mari et dépendamment de lui* (1).

Ce système de Pothier, qui est aussi celui du Code, amène la conséquence suivante : les droits du père et de la mère sur leurs enfants étant égaux en principe, la mère a toujours qualité pour se substituer au père, et exercer en son lieu et place la puissance paternelle, chaque fois que le père en est empêché pour quelque cause que ce soit. Telle est bien la pensée du législateur. « Le projet de loi, disait le tribun Vesin, n'entend pas ne pas associer la mère

(1) Pothier, *ibid.*

à cette magistrature; elle l'exerce à son tour, et prend la place du père, *s'il vient à manquer* (1). » Nous aurons à voir, dans la dernière partie de notre travail, comment sur ce point l'esprit de logique a quelquefois fait place à d'autres préoccupations.

Comme la puissance paternelle intéresse gravement l'ordre public, comme d'un autre côté, la loi ne l'a pas créée, mais seulement reconnue et sanctionnée, elle ne peut jamais être ni détruite, ni amoindrie, ni modifiée en quoi que ce soit par des conventions particulières. Ainsi, même par contrat de mariage, « les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ou des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la puissance paternelle,* et par le titre *de la minorité, de la tutelle, et de l'émancipation.* » (Art. 1388.) Toute clause tombant sous le coup de cet article est nulle et considérée comme non avenue.

Le pouvoir des père et mère, « plus semblable, d'après Pothier, à celui d'un tuteur qu'à celui d'un maître, établi plutôt en faveur des enfants qu'en faveur des parents, finit quand les enfants sont réputés en état de se gouverner par eux-mêmes. » La

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. 10. Séance du 1er germinal, an XI.

maturité de la raison n'arrive pas en même temps pour tous les individus. Cependant la loi a dû fixer un âge où elle est présumée avoir acquis un développement suffisant. Cet âge, qu'on appelle la *majorité*, était celui de vingt-cinq ans dans la plupart des coutumes ; sous le Droit intermédiaire, la loi du 20 septembre 1792 (art. 2, tit. 4, sect. 1) parle pour la première fois de l'âge de vingt et un ans pour l'aptitude au mariage. Puis le décret du 31 janvier 1793 déclare que cette majorité est générale et s'applique à tous les actes de la vie civile. Le Code Civil fixe lui aussi la majorité à vingt et un ans accomplis (art. 488) ; mais à raison de leur importance toute particulière, nous verrons qu'il prolonge au delà de cet âge, quelques-uns des effets de la puissance paternelle.

II

PRINCIPAUX ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

1° *Droit au respect.*

En tête du titre *de la Puissance paternelle*, le législateur a voulu formuler un principe qui fût comme la base de toutes les autres dispositions sur cette matière, qui pût même au besoin éclairer le juge

dans certaines questions difficiles. « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. » (Art. 371.) *Filio semper honesta et sancta persona patris videri debet,* disait aussi le jurisconsulte Ulpien. C'est là une règle de morale plutôt que de droit. Comment, en effet, sanctionner cette obligation? On ne peut pas forcer au respect, à l'amour filial. Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que notre article n'édicte pas une disposition législative. Néanmoins, certains auteurs ont vu dans la reproduction du précepte religieux *Honora patrem tuum et matrem tuam,* autre chose qu'un principe purement abstrait. Puisque la loi, disent-ils, impose à l'enfant l'obligation d'honorer et de respecter toute sa vie les auteurs de ses jours, elle lui défend par là même d'intenter contre eux les actions que les Romains appelaient *famosæ, vindictam spirantes,* c'est-à-dire qui tendent à les déshonorer, à les rendre moins respectables. — Cette opinion trouve sa réfutation, non-seulement dans les déclarations des rédacteurs du Code, mais encore dans un texte législatif, dans l'article 380 du Code Pénal. « Les soustractions, y est-il dit, commises par des père et mère au préjudice de leurs enfants ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. » L'action pénale est écartée; mais il n'en est pas moins vrai qu'un père ou une mère peuvent être traduits en justice pour vol par leur propre enfant. Quoique ce fait soit évidemment de nature à amoindrir la

considération des parents, la loi n'a pas cru devoir, et avec raison, maintenir à cet égard la rigueur du Droit romain. — Suivant toujours le même raisonnement, quelques auteurs refusaient aux enfants le droit d'exercer la contrainte par corps contre leurs parents. Et ici, en présence du silence de la loi, la question était réellement sujette à controverse. Le législateur de 1832 a tranché lui-même le débat : la contrainte par corps ne peut pas être exercée par les descendants contre les ascendants (art. 19, l. 17 avril 1832). Mais ce n'est pas là une conséquence de notre article 371, puisque les ascendants ne peuvent pas, eux non plus, exercer la contrainte contre leurs descendants. La loi du 22 juillet 1867 défend même de la prononcer contre les frères ou sœurs, oncles ou tantes, neveux ou nièces, grands-oncles ou grand'tantes, petits-neveux ou petites-nièces, et contre les alliés au même degré (art. 15). Ces dispositions se justifient d'elles-mêmes. Entre personnes que la nature a destinées à vivre unies par la plus étroite affection, l'exercice de la contrainte par corps serait un acte brutal, auquel la loi a refusé de se prêter; de plus, c'est toujours un spectacle immoral pour la société que de voir la haine et la discorde éclater publiquement entre les membres d'une même famille.

Parmi les attributs de la puissance paternelle, le droit au respect présente ceci de particulier qu'il dure autant que la vie. Rien de plus légitime et de

plus raisonnable. Y a-t-il d'ailleurs pour l'enfant une dette plus douce à acquitter que l'obligation d'honorer et de respecter toujours ceux auxquels il doit l'existence? Et ceux-ci ne méritent-ils pas ce faible dédommagement après avoir rempli avec dévouement et sollicitude la longue et délicate mission qui leur incombe, de nourrir, entretenir et élever leurs enfants?

2° *Obligation de nourrir, entretenir et élever.*

« Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203). » Nul doute que cette obligation, fondée sur la nature, ne soit imposée aux parents naturels comme aux parents légitimes. Elle ne dérive donc pas du mariage, comme pourrait le faire supposer notre article, mais plutôt du fait de la paternité. La loi se préoccupe seulement de l'hypothèse la plus générale, et en même temps la plus honorable.

Nourrir, c'est fournir les aliments nécessaires à la vie. *Entretenir* est une expression un peu plus large, qui ne sort pas cependant de la sphère des besoins physiques. *Élever* a un sens tout différent: c'est développer l'intelligence et le cœur, c'est-à-dire donner l'éducation. Comme l'instruction est un élé-

ment indispensable de l'éducation, on a argumenté de ce texte pour soutenir que, depuis la promulgation du Code Civil, l'instruction, l'instruction primaire au moins, est obligatoire. Nous ne croyons pas que dans l'état actuel de notre législation, il en soit ainsi. Durant la période révolutionnaire, un décret du 19-25 décembre 1793 (art. 6, section III), obligea les pères, mères, tuteurs ou curateurs à envoyer leurs enfants ou pupilles aux écoles du premier degré d'instruction (1). Mais cette disposition, qui n'a jamais été appliquée, ne se retrouve dans aucun document législatif postérieur. D'ailleurs, n'est-il pas hors de doute que les époux s'engagent en se mariant, à élever leurs enfants, selon leur position, selon leur fortune? Si donc leur fortune est nulle, nulle sera l'instruction qu'ils donneront à leurs enfants. Qu'on n'objecte pas la gratuité; car, même avec l'instruction gratuite, il serait encore dans certains cas trop coûteux pour un père, pour une mère dans l'indigence d'envoyer son fils ou sa fille à l'école, et de se priver ainsi pendant plusieurs années d'un unique soutien.

L'instruction primaire est si peu obligatoire que plusieurs publicistes demandent tous les jours qu'elle le devienne. Un ministre de l'instruction publique a même préparé, ces dernières années, un projet de loi non pas seulement pour *réglementer*, mais bien

(1) Duvergier, *Lois et décrets*, t. 6.

pour décréter l'instruction obligatoire. Il nous semble que cette mesure est tout à fait inutile. En présence du nombre toujours croissant des écoles, libres ou municipales, et de l'affluence de plus en plus considérable des élèves qui y sont admis, le devoir de l'État ne consiste-t-il pas à faciliter et à accélérer encore ce beau mouvement, à faire comprendre à tous l'importance et les bienfaits de l'éducation, plutôt qu'à substituer sa volonté à l'autorité paternelle? Ne vaut-il pas mieux encourager de loin l'initiative privée, que s'ingérer brutalement dans la direction des familles? Une pareille intervention ne se justifierait que dans le cas extrême où l'ignorance et la désertion des écoles paraîtraient devenir un péril social.

Pour nous, l'article 203 a une portée encore plus étendue que celle qu'on voudrait lui donner. Les époux ont contracté *ensemble,* c'est-à-dire simultanément, et aussi à l'égard l'un de l'autre, le solennel engagement de procurer à leurs enfants une éducation en rapport avec leur fortune, avec leur position sociale. S'ils manquaient gravement à ce devoir, ils pourraient être *civilement* contraints de l'accomplir. Cette doctrine n'étonnera personne si l'on songe que Dumoulin l'enseignait déjà au seizième siècle, et que le Parlement de Paris n'hésitait pas à la consacrer, même au profit des enfants naturels. Par un arrêt du 28 juin 1607, un père qui ne voulait faire apprendre à ses enfants naturels que le métier de bou-

cher ou de boulanger, fut condamné à leur donner une profession moins vile (1).

Selon quelques auteurs, l'obligation d'*élever* serait purement morale. Seule, l'obligation de *nourrir* et d'*entretenir* serait sanctionnée par une action. Cette distinction est arbitraire, et rejetée par la plupart des jurisconsultes. La vraie difficulté porte sur le point de savoir à qui doit appartenir l'action. L'examen de cette question se présentera naturellement quand nous étudierons la participation de la mère à la puissance paternelle.

Si les parents sont civilement obligés de nourrir leurs enfants et de les mettre en état de gagner leur vie, ils ne sont que *naturellement* obligés de les établir par mariage ou autrement. C'est ce que prend soin de nous dire l'article 204. Malleville fait observer qu'à l'occasion de cet article eut lieu entre les rédacteurs du Code la première discussion entre les partisans du Droit romain et les partisans des doctrines coutumières. A Rome, la loi Julia, promulguée dans le but de faciliter les mariages, imposait à l'ascendant le devoir de doter les enfants de l'un et de l'autre sexe, soumis à sa puissance. Ceux-ci avaient une action dans ce but. Cette action dotale s'expliquait comme correctif de la *patria potestas*, et de l'impossibilité où était le fils de famille d'acquérir pour son compte. Le droit coutumier, au

(1) Chardon, *Traité des trois puissances*, t. 2.

contraire, avait admis la maxime : *Ne dote qui ne veut;* c'est à ces dernières traditions que le Code Civil s'est rattaché.

3° *Droit de garde.*

La puissance paternelle ne serait qu'un vain mot si les parents n'étaient investis de ce qu'on appelle le *droit de garde*. L'enfant, dit l'article 374, ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. Jucqu'à sa majorité, le père peut donc l'obliger à habiter soit avec lui, soit avec toute autre personne. Cette disposition lui reconnaît implicitement le droit de choisir lui-même la maison d'éducation ou l'atelier auquel il confiera les premières années de son enfant. Si ce dernier quitte le domicile paternel ou s'enfuit de la résidence qui lui a été assignée, le père, après en avoir fait la demande au président du tribunal, doit obtenir la permission de l'y faire ramener *manu militari*. Nous ne saurions voir là un droit exorbitant au profit du père, et nous croyons que le juge des référés ne pourrait, sans violer la loi, refuser de donner au père, sa qualité une fois reconnue, les moyens de replacer son enfant sous sa légitime autorité. Il devrait en être ainsi même dans le cas où l'enfant aurait été d'abord volontairement confié soit à un parent, soit à un maître de pension. Ceux-ci invoqueraient en vain,

pour ne pas restituer leur dépôt, soit le traité passé avec la famille, soit le fait qu'ils n'auraient pas été payés.

Dans le cas où le mineur a disparu, non plus spontanément, mais par suite d'un enlèvement par fraude ou violence, les coupables seront en outre poursuivis et punis conformément aux articles 354-358 du Code pénal.

Au point de vue qui nous occupe, l'autorité paternelle ne souffre qu'une restriction : Après l'âge de dix-huit ans révolus, le fils de famille peut, d'après l'article 374, s'enrôler dans le service militaire contre la volonté de ses parents. Cette disposition est loin d'être en harmonie avec l'ensemble de la législation sur la puissance paternelle. Le Code Civil a cru devoir tempérer la trop grande indépendance que le Droit intermédiaire et même parfois le Droit ancien laissaient aux enfants. Est-il fidèle à son plan quand, après avoir reculé la majorité jusqu'à vingt-cinq ans pour le mariage, il la fixe à dix-huit ans par rapport à l'engagement volontaire ? Les circonstances qui ont précédé et accompagné la rédaction du Code expliquent sans doute cette absence de logique. On avait besoin d'armées nombreuses, et la France ne reculait devant aucun sacrifice pour entretenir sa puissance militaire. La loi du 21 mars 1832, sur le recrutement, promulguée sous un régime plus pacifique, exige de l'enrôlé volontaire, âgé de moins de vingt ans, le consentement de ses

père, mère ou tuteur; et nos lois nouvelles n'ont rien changé à cet égard (1). Malgré les raisons d'utilité publique, le législateur aurait pu modifier jusqu'au bout l'article 374, et faire disparaître l'exception qu'il consacre. L'autorité paternelle y aurait gagné quelque chose, sans que l'intérêt général fût pour cela le moins du monde compromis.

4° *Droit de correction.*

Le droit de correction est un autre corollaire du devoir d'éducation. Il ne consiste plus aujourd'hui que dans la faculté qu'a le père de faire emprisonner son enfant, lorsqu'il a des sujets de mécontentement très-graves sur sa conduite (art. 375). Et encore ne s'agit-il pas ici d'un emprisonnement ordinaire. Le législateur a réglementé d'une manière toute spéciale l'exercice du droit de correction. Pour en exposer la procédure, il faut distinguer deux cas : celui où le père agit par voie d'*autorité*, celui où il agit par voie de *réquisition*.

Premier cas. — Bien que l'autorité du père trouve en général une garantie suffisante dans sa tendresse pour ses enfants, la loi a fait preuve de sagesse en ne lui accordant le droit de les condamner lui-même

(1) *Si l'engagé à moins de vingt ans, il doit justifier du consentement de ses père, mère ou tuteur.* (Art. 46, l. du 27 juillet 1872, sur le recrutement de l'armée.)

à la détention que si les quatre circonstances suivantes se trouvent réunies. Il faut : 1° que l'enfant n'ait pas seize ans commencés; 2° qu'il n'ait pas de biens personnels; 3° qu'il n'exerce pas d'état; 4° que le père ne se soit pas remarié. Le père est alors investi d'une souveraineté absolue, et sur sa demande, le président du tribunal *est obligé* de délivrer l'ordre d'arrestation. Si donc la justice intervient, ce n'est pas pour contrôler la volonté paternelle, pour s'enquérir des motifs, mais uniquement pour donner la force d'un jugement à la décision du père, et pour en assurer l'exécution à l'aide de la force publique.

Second cas. — Si l'une des quatre conditions que nous venons de mentionner fait défaut, le père ne peut agir que par voie de réquisition; c'est-à-dire qu'il doit s'adresser au président du tribunal lequel, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivre ou refuse l'ordre d'arrestation ou encore abrége le temps de détention requis par le père (art. 377). Dans cette seconde hypothèse, le père est obligé de faire connaître ses motifs; car l'intervention de la justice, qui n'était qu'une formalité dans le premier cas, devient ici une garantie pour l'enfant. Et on comprend facilement la nécessité de soumettre la décision du père à l'appréciation du président. En effet, si le jeune homme a plus de seize ans, sa raison est bientôt mûre, il doit jouir déjà d'une certaine indépendance ou, pour mieux dire, le joug paternel doit aller s'allégeant. S'il

exerce un état, la perte de sa liberté pourrait avoir des conséquences très-fâcheuses pour son avenir. Si le père est remarié, on a voulu éviter l'influence en général nuisible de la marâtre. Par l'expression *père remarié,* faut-il entendre même le père devenu veuf une seconde fois ? L'affirmative nous paraît certaine. Car le même inconvénient s'oppose à ce qu'on lui restitue la plénitude du droit de correction. Si, en effet, la seconde femme a disparu, il est probable que son influence est restée, surtout quand il y a des enfants du second lit. Enfin, dans le cas où le mineur de seize ans a des biens personnels, il serait à craindre, disait Cambacérès, qu'il songeât à racheter sa liberté par l'abandon de ses biens. C'est là une erreur, le mineur de seize ans ne pouvant ni faire une aliénation valable, ni disposer de ses revenus. On n'aperçoit donc pas la raison qui a déterminé le législateur à restreindre dans ce cas l'exercice du droit de correction.

Lorsque le père agit par voie d'autorité, les pouvoirs du président se bornent à vérifier s'il se trouve dans les conditions exigées par la loi, s'il n'a point encouru de déchéance. Dans le cas, au contraire, où l'on procède par voie de réquisition, le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire. Le père peut-il alors se pourvoir contre la décision qui a été prise? Nous ne le pensons pas. En général, « un juge isolé, n'exerçant qu'une juridiction empruntée, ne saurait rendre une décision définitive et sou-

veraine (1). » Mais ici nous sommes dans une matière toute spéciale. La procédure organisée par la loi doit avant tout être secrète. Si on admet que l'ordonnance du président est susceptible d'opposition ou d'appel, le but de la loi est manqué. Qui serait, d'ailleurs, le défendeur à l'instance? Serait-ce le président? serait-ce l'enfant? Évidemment non. Il faut donc admettre que le président du tribunal est juge, en dernier ressort, d'abréger ou même d'empêcher la détention; mais son pouvoir ne va pas jusqu'à augmenter la durée d'emprisonnement requise par le père. — Remarquons que cette durée ne peut dépasser un mois si l'enfant a moins de seize ans; car, avant cet âge, la loi présume qu'il est incapable de fautes graves, que d'ailleurs il a agi sans un complet discernement. Au-dessus de seize ans, le maximum est de six mois. Dans tous les cas, le père conserve le droit de pardon; et si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la récidive ne doit pas être regardée comme une circonstance aggravante. (Art. 379.)

Quel que soit le mode de détention, « il n'y aura, aux termes de l'article 378, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs ne seront pas énoncés. » Si l'emprisonnement s'effectuait suivant les formalités ordinaires, il en resterait des traces au-

(1) Rodière, *Cours de procédure civile*, t. 2, p. 155.

thentiques, dont la révélation nuirait peut-être un jour à l'enfant. Grâce à ces sages précautions, tout se passe aussi secrètement qu'il est possible, et il est à peu près certain que l'homme mûr ne sera pas plus tard, aux yeux de la société, rendu responsable des écarts de l'enfant. — « Le père sera seulement tenu, ajoute l'article 378, de souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments nécessaires. » Cela va de soi. L'État ne saurait prendre à sa charge l'entretien et la nourriture de tous les enfants rebelles, et, d'un autre côté, il serait immoral que le droit de correction fût une source de gain pour celui qui l'exerce.

Dans la pratique, cependant, les parents indigents sont dispensés de subvenir à l'entretien de leurs enfants détenus. Sans cela, l'exercice du droit de correction ne serait entre leurs mains qu'une arme illusoire. Mais, d'un autre côté, une circulaire ministérielle constate qu'« un grand nombre de parents, obéissant à des préoccupations intéressées, cherchent souvent à provoquer la détention de leurs enfants (1). » Beaucoup de familles pauvres, ajoute l'auteur de la circulaire, « considèrent les établissements d'éducation correctionnelle comme des insti-

(1) Circulaire de M. le Ministre de la justice, du 11 mars 1876. Cette circulaire s'occupe spécialement des enfants détenus par application de l'article 66 du Code pénal. Mais les réflexions que nous citons se rapportent également au sujet dont nous traitons ici.

tutions de bienfaisance; aussi laissent-elles les enfants se livrer au vagabondage ou à la mendicité, sans appréhender des poursuites qui ont pour conséquence d'alléger leurs charges. Au lieu de demander que les enfants leur soient rendus, les parents arguent bien des fois, soit de leur indigence, soit de la conduite des délinquants, et déterminent les tribunaux à prononcer l'envoi dans une maison de correction. » On voit, d'après ces paroles, combien il importe de réagir contre cette tendance, fâcheuse « au point de vue surtout de la moralité publique, dont l'une des plus sûres garanties est la conservation du sentiment de la famille. »

Le jeune détenu a-t-il dans tous les cas un recours, un droit d'appel? Il répugne d'admettre la négative. Le droit d'appel est, en effet, de droit commun; par cela même que la loi ne l'interdit pas, elle l'autorise. Ce droit est ici d'autant plus précieux qu'il sauvegarde le principe de la liberté individuelle, et qu'il empêche le droit de correction de dégénérer en instrument de despotisme. Touchés par ces raisons, quelques jurisconsultes enseignent que l'enfant détenu, sur l'ordre ou à la requête du père, conserve toujours le droit de formuler des observations. La majorité des auteurs, sans aller aussi loin, étend du moins le recours organisé par l'article 382 à tous les cas où l'enfant a été emprisonné par voie de réquisition. L'argument d'analogie qui est présenté a une grande force; car on ne

comprend pas pourquoi l'enfant jouirait du droit d'appel plutôt quand il a des biens personnels ou qu'il exerce un état que dans le cas, par exemple, où son père est remarié. Malgré ces raisons, ce système est trop contraire au texte de la loi pour que nous l'adoptions. Et nous croyons que la voie du recours n'est ouverte que dans les deux cas limitativement énumérés, c'est-à-dire quand l'enfant a des biens personnels et quand il exerce une profession. Inutile d'ajouter que dans une révision du Code il ne faudrait pas manquer de généraliser la disposition finale de l'article 382.

L'appel de l'enfant n'est pas suspensif. Ce n'est qu'une fois détenu qu'il peut adresser un mémoire au procureur général. Celui-ci se fait rendre compte par le procureur de la République, et fait son rapport au premier président qui, après en avoir donné avis au père et après avoir recueilli tous les renseignements, peut révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal. Cette procédure toute spéciale a pour but de continuer à tenir la connaissance de l'affaire ignorée du public.

Telle est l'organisation du droit de correction sous l'empire du Code Civil. Quel que soit le soin dont elle a été l'objet, il faut souhaiter qu'elle reçoive de nouveaux perfectionnements. Il faut que la correction ait pour résultat, non pas seulement la punition de l'enfant, mais surtout son amendement. Or, ce n'est pas dans une prison publique, au con-

tact de malfaiteurs de profession que le jeune coupable peut puiser de meilleurs sentiments. La loi du 5 août 1850 s'est efforcée d'améliorer la situation des jeunes détenus; elle prescrit de leur donner une éducation morale, religieuse et professionnelle, et leur affecte un quartier distinct dans la maison d'arrêt ou de justice. Néanmoins de nouvelles réformes paraissent nécessaires, et cela d'autant plus que depuis longtemps le nombre des enfants envoyés dans les établissements pénitenciaires s'accroît dans des proportions considérables.

5° *Obligation alimentaire.*

Les devoirs imposés aux père et mère par l'article 203 cessent évidemment à la majorité de l'enfant. Une fois affranchi de la puissance paternelle, ce dernier est censé avoir été mis en état de pourvoir lui-même à sa subsistance; et il ne serait plus fondé à exiger que ses parents continuassent à le nourrir, à le vêtir, à le loger, à lui prodiguer enfin tous les soins dont il a été l'objet durant le premier âge. Le seul secours qu'il puisse leur réclamer en vertu de la loi civile, ce sont des *aliments*. Il faut entendre par là non pas des vivres en nature, ni des soins personnels, mais simplement une somme d'argent destinée à lui venir en aide quand il se trouve dans le besoin.

On voit donc que l'obligation de nourrir dont parle l'article 203 ne se confond nullement avec la dette alimentaire dont il est question dans les articles suivants. Cette dette a ceci de particulier qu'elle existe avec réciprocité (art. 207). Ainsi les enfants ont droit aux aliments, et en même temps sont obligés d'en fournir à leurs père et mère et autres ascendants qui sont eux-mêmes dans le besoin.

Les articles 208 et 209 indiquent dans quel cas et dans quelle proportion la dette alimentaire est exigible : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit. — Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée. » Ce dernier article n'est que le développement du précédent. Le besoin du créancier et la fortune du débiteur sont en effet deux éléments d'appréciation très-variables ; dès lors il est certain que le montant de la dette alimentaire est appelé à subir les mêmes variations. — Le juge n'a pas d'ailleurs à se préoccuper des causes pour lesquelles le demandeur est dans le besoin ; il ne doit pas davantage tenir compte des motifs de refus du défendeur. Quels que soient les torts de l'un, les libéralités passées de l'autre, la demande doit être admise. M. Demolombe va même jusqu'à enseigner qu'un fils exclu

comme indigne de la succession de son père, n'en conserve pas moins son droit aux aliments (1), et Pothier émet aussi cette opinion.

La pension alimentaire consiste, nous l'avons dit, dans le paiement d'une somme d'argent. Il est pourtant des cas où il y a impossibilité de donner un secours pécuniaire, alors qu'on pourrait acquitter la dette en nature. Sous l'ancienne jurisprudence, les ascendants pouvaient toujours proposer à leurs enfants de les recevoir chez eux, et, sur leur refus, ils étaient déchargés de toute obligation alimentaire. Ce même avantage n'avait pas lieu au profit des enfants. Le Code Civil n'a pas admis ce système. Il peut y avoir désaccord, mésintelligence entre les ascendants et les descendants, et, par suite, impossibilité de vie commune. Aussi les articles 210 et 211 laissent-ils au tribunal le soin d'apprécier dans quel cas la pension alimentaire peut être remplacée par l'offre faite par le débiteur de recevoir dans sa demeure le créancier des aliments.

Une vive controverse s'est engagée sur la question de savoir si les successeurs sont tenus de la dette alimentaire. L'affirmative est soutenue par M. Duranton (2). D'autres auteurs distinguent suivant que le besoin d'aliments a commencé avant ou après l'ouverture de la succession du débiteur. Nous

(1) Demolombe, t. 4, n° 51.
(2) Duranton, t. 2, n° 407.

croyons que l'obligation alimentaire n'est jamais héréditaire. Car, loin de grever le patrimoine d'une personne, elle s'attache à une *qualité*, la qualité de père ou de fils, et périt avec cette qualité. Ainsi un fils a reçu un avancement d'hoirie, qu'il a bientôt dissipé. Il demande des aliments à son père, et obtient une pension. Le père mort, pourra-t-il exiger la continuation de cette pension des successeurs de son père, c'est-à-dire de ses frères? Non, d'après notre système. Sans quoi, il finirait par se faire donner plus que sa portion dans la succession paternelle.

On s'est encore demandé si l'obligation alimentaire est solidaire, divisible ou indivisible. Par exemple, quatre enfants paient à leur père une pension de 2,000 francs. Le père peut-il demander ces 2,000 francs à chacun de ses quatre enfants, sauf à celui qui les fournira à se faire rembourser par les autres? Non, car la solidarité ne se présume jamais; elle doit être établie par la loi, et, dans l'espèce, la loi est muette (art. 1202). Chaque enfant n'est donc tenu que pour sa part. Quelques auteurs admettent que notre obligation est du moins indivisible. Elle a, en effet, pour but de faire vivre; or, disent-ils, on ne vit pas pour partie. Ce raisonnement repose sur une pure subtilité. On vit avec plus ou moins d'aliments, avec 1,500 francs ou 1,000 francs comme avec 2,000. Nous croyons par conséquent que la dette alimentaire se divise entre

toutes les personnes qui en sont tenues : par têtes, si toutes ont une fortune égale; proportionnellement à la fortune de chacun, dans le cas contraire.

Ajoutons, pour terminer cette matière, que la loi énumère, outre les ascendants et les descendants, d'autres personnes entre lesquelles existe le droit aux aliments. L'ordre suivant lequel chacun est tenu n'est pas fixé. Ainsi une personne peut avoir à la fois des ascendants, des descendants, des alliés. A qui demandera-t-elle des aliments? La nature et la raison indiquent clairement que les descendants, et parmi ceux-ci les enfants, doivent être recherchés avant tous les autres. Cependant, si leur fortune était insuffisante, le juge pourrait étendre aux autres une partie de l'obligation alimentaire.

6° *Droit de choisir un tuteur testamentaire.*

Le père est chargé, pendant le mariage, de l'administration des biens de son enfant, et si l'union conjugale vient à être dissoute par la mort de la femme pendant la minorité de l'enfant, c'est encore lui qui est tuteur de plein droit. Si maintenant il meurt lui-même, son enfant n'ayant pas encore atteint la majorité, la loi l'autorise à désigner la personne de confiance qui doit le remplacer et remplir après son décès la charge de tuteur. Ce serait sortir de notre cadre que d'aborder la matière de

l'administration légale. Ici n'est pas non plus le lieu d'exposer les règles de la tutelle légitime des père et mère; mais nous devons dire quelques mots de cet attribut inhérent à la puissance paternelle, à savoir le choix d'un tuteur testamentaire.

Aux termes de l'article 397, « le droit de choisir un tuteur, parent ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère. » Pour se créer ainsi à lui-même un continuateur, il faut que le survivant des époux ait conservé entier jusqu'à sa mort le droit de gérer la tutelle, c'est-à-dire n'ait pas été exclu ni destitué. Cette solution est incontestable. Mais que décider si le survivant ne gérait pas la tutelle, parce qu'il s'était fait excuser? La grande majorité des auteurs enseigne que dans cette hypothèse, de même que dans la précédente, il n'est pas possible de nommer un tuteur testamentaire. Celui-ci, en effet, dans l'esprit de la loi, doit toujours remplacer le père ou la mère, et jamais un tuteur datif.

Le tuteur testamentaire peut-il être nommé à terme ou sans condition? Dans notre ancien droit, il devait toujours, comme les autres tuteurs, être nommé purement et simplement, mais, en réalité, il n'y avait pas proprement de tutelle testamentaire, bien qu'il y eût des tuteurs désignés par testament. Le magistrat devait, en effet, confirmer le tuteur ainsi nommé. Aujourd'hui, au contraire, le dernier mourant des père et mère nomme directement le

tuteur de ses enfants mineurs. Puisque le Code a adopté, en l'empruntant au Droit romain, l'institution des tuteurs testamentaires, pourquoi la condition et le terme, admis en Droit romain, ne seraient-ils plus valables dans notre législation? Pourquoi, du moins, ne pouvoir pas désigner un tuteur *ad certum tempus?* Il y aurait, dans certains cas, avantage à nommer un tuteur intérimaire plutôt que définitif.

Un tuteur testamentaire ne peut être nommé que de l'une des manières suivantes : 1° Par acte de dernière volonté; 2° par une déclaration faite ou devant le juge de paix assisté de son greffier, ou devant notaire. (Art. 398 et 392.)

« Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est, d'ailleurs, dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale, le conseil de famille eût pu en charger. » (Art. 401.)

7° *Droit d'émancipation.*

Parvenu à l'âge de vingt et un ans, l'enfant est de plein droit soustrait à l'autorité paternelle (art. 372 et 488). Alors, et alors seulement, il est censé avoir acquis le *plenum animi judicium*. Cependant, il peut arriver qu'un mineur manifeste des dispositions précoces; des nécessités de famille peuvent aussi commander qu'il revête avant l'heure une capacité nou-

velle. C'est pourquoi, le père reconnaît-il qu'il y a inutilité ou même danger à garder plus longtemps l'exercice de la puissance paternelle, la loi lui permet de s'en dépouiller tout le premier, en *émancipant* son enfant.

On peut définir l'émancipation : un acte juridique qui a pour effet de remettre au mineur la direction de sa personne et l'administration de ses biens.

L'émancipé peut librement entrer dans la carrière de son choix. Cependant, il lui faut une autorisation préalable pour embrasser la profession de commerçant, peut-être la plus périlleuse de toutes, celle qui exige tout au moins les aptitudes les plus prononcées, ce dont on n'est pas toujours capable de juger soi-même. (Art. 2 C. de com.).

L'enfant n'est pas, du reste, par son émancipation, dégagé de toute espèce de dépendance vis-à-vis de ses père et mère. Ceux-ci ont abdiqué seulement les droits de garde, de correction et d'usufruit légal. Il n'est pas non plus tout à fait assimilé au majeur en ce qui concerne l'administration de sa fortune. Car, loin d'avoir une capacité pleine et entière, les actes les plus importants, tels que l'aliénation, l'emprunt, la constitution d'hypothèque, l'exercice d'une action immobilière, lui sont interdits. Les actes de pure administration sont les seuls qu'il puisse faire sans autorisation ni contrôle. (Art. 481-485.)

Il importe d'autant plus de restreindre ainsi les effets de l'émancipation, que le mineur peut l'obte-

nir dès l'âge de quinze ans révolus. Le droit de la conférer à cet âge n'appartient qu'au père, et à son défaut, à la mère. Que décider dans le cas où, la mère étant morte, le père survivant a été exclu, destitué ou excusé de la tutelle? Aura-t-il néanmoins le droit d'émancipation? La raison de douter semble venir de ce que le père n'est pas tuteur, et par conséquent n'a pas qualité pour mettre fin à la tutelle. Mais l'article 477 répond nettement à la question. Le droit d'émanciper est une prérogative liée à la qualité de père. C'est comme père et non comme tuteur que le père émancipe. Or, cette qualité subsiste toujours en lui, même après son exclusion de la tutelle.

L'émancipation s'opère par une simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Elle doit toujours durer jusqu'à la majorité : on ne peut pas accorder une émancipation à terme ni sous condition. Mais la conduite de l'émancipé peut devenir telle qu'elle exige la révocation de l'émancipation. C'est ce qui a lieu lorsque le mineur émancipé a contracté des engagements *excessifs* (art. 484 et 485); par exemple, quand n'ayant qu'une fortune médiocre, il achète des équipages, des chevaux de luxe, fait des embellissements somptueux, se livre enfin à des dépenses tout à fait inutiles. Les engagements ainsi contractés peuvent être manifestement excessifs sans être cependant réduits, par exemple, à cause de la bonne foi des tiers. Mal-

gré les termes de l'article 485, nous croyons qu'il importe peu qu'il y ait en fait réduction. Du moment que les engagements contractés par le mineur sont jugés excessifs, c'est une preuve qu'il y aurait danger à lui laisser l'administration de ses biens ; et dès lors, il y a lieu au retrait de l'émancipation.

Dès que le père a retiré le bénéfice de l'émancipation, il rentre dans l'exercice de tous les droits qui sont les attributs de sa qualité, y compris le droit de jouissance légale. Si le mineur n'avait ni père ni mère, il serait soumis au régime de la tutelle. Dans l'un et l'autre cas, le mineur déchu de l'émancipation ne peut plus être émancipé. Le fait est venu démentir la présomption de capacité, de précocité, qui existait en sa faveur ; une nouvelle épreuve serait inutile. Il doit donc rester jusqu'à sa majorité soit sous l'autorité paternelle, soit en tutelle (art. 486), sauf bien entendu le cas où il se marierait ; car il y a incompatibilité absolue entre la qualité d'époux et l'état d'individu en tutelle.

Le mineur resté sans père ni mère peut aussi être émancipé par le conseil de famille, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis (art. 478). On comprend cette différence quant à l'âge. Quand il s'agit de renoncer à des avantages aussi précieux que ceux de la puissance paternelle, les pères et mères ne peuvent passer pour suspects. Si donc ils confèrent l'émancipation, c'est parce que la plupart du temps cela est très-utile ; plus que personne, ils con-

naissent les aptitudes de leurs enfants ; plus que personne, la tendresse naturelle les pousse à servir leurs véritables intérêts. Mais la loi devait se montrer plus prudente vis-à-vis du tuteur et du conseil de famille, qui seraient peut être tentés de se décharger inconsidérément du fardeau de la tutelle, par une émancipation prématurée.

Sans user de l'émancipation expresse dont nous venons de parler, les pères et mères mettent encore fin à leur puissance en consentant au mariage de leurs enfants. En effet, le mineur, dit l'article 476, est émancipé de plein droit par le mariage. C'est là une disposition calquée sur le droit naturel. Comment admettre que celui en qui réside la puissance maritale, et qui va bientôt exercer la puissance paternelle, soit lui-même assujetti à cette dernière puissance? Le Droit romain et notre ancien Droit écrit l'admettaient, nous l'avons vu. Mais c'est là un monstrueux abus que le Droit intermédiaire s'est empressé d'abolir, en généralisant les principes du Droit coutumier. L'émancipation est si nécessairement liée au mariage, qu'aucune convention contraire ne saurait porter atteinte à l'article 476. En consentant au mariage de leurs enfants, les parents consentent par là même à leur émancipation, les époux auraient-ils moins de dix-huit ou quinze ans (cas où ils auraient, pour se marier, obtenu des dispenses du chef de l'État).

L'émancipation résultant du mariage, de même

que l'émancipation expresse, est définitive. Le mineur veuf n'est pas replacé sous la puissance paternelle. La maxime *cessante causâ, cessat effectus,* serait ici mal appliquée. Car ce n'est pas, à vrai dire, le mariage qui engendre l'émancipation, c'est plutôt le consentement au mariage donné par le père ou par la famille. Il ne pourrait y avoir doute que dans le cas où le mariage a été annulé. Alors il faudrait, à notre avis, distinguer entre les causes de nullité : si le mariage est nul pour défaut de consentement des parents, l'émancipation doit être retirée; si c'est pour toute autre cause, elle est irrévocable.

Après ce que nous venons de dire, il semble presque inutile d'ajouter que le mineur marié, à la différence de l'émancipé ordinaire, ne peut pas perdre le bénéfice de l'émancipation pour avoir contracté des engagements excessifs. Cependant, quelques auteurs admettent que l'article 485 s'applique même à l'émancipé marié. *Tout mineur* émancipé, dit la loi; mais comment concilier cette solution avec la présence des enfants, ou seulement de la femme? Dans une autre opinion, on admet la possibité de la révocation au cas de veuvage sans enfants. Nous croyons que dans tous les cas le mariage entraîne irrévocablement l'émancipation.

Le mariage est le seul cas d'émancipation tacite dans notre législation. Le Droit coutumier, indépendamment de l'émancipation expresse s'opérant

par une déclaration du père devant le juge du lieu, faisait encore résulter l'émancipation du mariage, de la décision du prince, de ce que le fils avait, avec le consentement du père, feu et lieu séparé depuis un an et un jour, et enfin, dans quelques pays, de ce qu'il faisait un négoce séparé, ou exerçait une fonction publique.

8° *Droit de consentir à l'adoption.*

L'adoption est une institution de droit purement civil. Elle était très-usitée à Rome, comme étant un moyen de perpétuer le nom des familles sans enfants, de perpétuer surtout l'influence sociale de l'aristocratie. Aussi son influence politique était-elle considérable. Inconnue dans notre ancienne France, où elle était pourtant de nature à servir les intérêts de la féodalité, l'adoption fut introduite dans nos mœurs par la loi du 18 janvier 1792, et enfin réglementée par le Code Civil avec un soin minutieux.

Nous avons vu qu'en Droit romain, du moins jusqu'à Justinien, le père qui donnait son enfant en adoption renonçait par là à la puissance paternelle, et l'adopté sortait de sa famille légitime pour entrer dans celle de l'adoptant. C'était là un acte d'une gravité exceptionnelle, et on comprend qu'il fût entouré, par les formes et conditions requises pour sa validité, de toutes les garanties possibles. — Chez

nous l'adoption crée une sorte de filiation civile, qui n'a avec la filiation légitime qu'une ressemblance très-éloignée. L'adopté reste dans sa famille légitime et y conserve tous ses droits; il acquiert en même temps, sur la succession de l'adoptant, les droits d'un enfant légitime. La seule charge qui lui soit imposée vis-à-vis de l'adoptant est l'obligation alimentaire. (Art. 348, 349, 350.) La loi française a néanmoins traité l'adoption comme un acte des plus importants. Elle exige qu'on soit majeur pour pouvoir disposer de sa personne en se donnant en adoption. De plus, même arrivé à sa majorité, celui qui veut se faire adopter, garçon ou fille, est tenu, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, d'obtenir le consentement simultané de ses père et mère; et après cet âge, il doit requérir leur conseil par un acte respectueux. (Art. 346.)

Pourquoi le père ne pourrait-il pas autoriser son enfant mineur à se donner en adoption? Il n'y perdrait aucun des droits que la loi lui confère sur sa personne et sur ses biens. Pourquoi encore établir une majorité spéciale pour l'adoption? Celle-ci est-elle donc un événement si grave qu'elle nécessite cet ensemble de mesures protectrices dont elle a été l'objet? Il semble, en effet, que le législateur se soit plu à multiplier autour d'elle autant d'obstacles et de difficultés que possible. C'est qu'en effet il a considéré que cette institution présente de sérieux inconvénients politiques; elle contribue notamment à

discréditer le mariage, en laissant aux partisans du célibat l'espoir plus ou moins lointain d'une paternité artificielle. L'adoption est loin d'être, d'ailleurs, un fondement absolument nécessaire de la société. Voilà pourquoi les rédacteurs du Code Civil, n'osant pas la supprimer, ont du moins voulu la rendre très-rare (1).

Nous venons de voir que jamais on ne peut adopter un individu qui n'a pas atteint sa majorité. C'est là un inconvénient que le Code Civil a voulu, mais que cependant il s'est empressé d'atténuer en inventant ce qu'il a appelé la *Tutelle officieuse,* qui n'est autre chose qu'un acheminement vers l'adoption. Cette matière offre très-peu d'intérêt pratique; et cela est vraiment regrettable. Il arrive souvent qu'un père de famille manque des ressources suffisantes pour subvenir à l'entretien et à l'éducation de ses enfants. Ce serait alors une bonne fortune pour lui de pouvoir déléguer en quelque sorte à une personne charitable l'obligation de nourrir un de ses enfants, de l'élever, de le mettre en état

(1) L'adoption ne doit être reçue dans un Code qu'avec une extrême réserve..... L'adoption se présente avec un caractère manifestement aristocratique, et, de plus, comme une institution rivale du mariage, et par conséquent ennemie de la famille. C'est pour cela qu'elle ne fut jamais reçue en France, où la famille avait été organisée sur la base des idées chrétiennes, et non d'après des vues politiques..... L'adoption est d'une utilité fort contestable, et n'a jamais sérieusement pénétré dans nos mœurs; nous la verrions disparaître sans regret. (*Le Code civil italien et le Code Napoléon,* par M. Huc.)

de gagner sa vie. Tel est le but de la tutelle officieuse. (Art. 361, 364.) C'est un acte de bienfaisance, de dévouement, par lequel on se charge gratuitement du soin d'un enfant mineur, en attendant qu'on puisse se l'attacher par le lien définitif de l'adoption.

9° *Du droit de consentir au mariage et d'y former opposition.*

Le dernier attribut de la puissance paternelle dont il nous reste à parler, a ceci de commun avec le précédent, qu'il ne s'éteint pas à la majorité de l'enfant. Quel que soit son âge, ce dernier n'est jamais absolument libre de se marier comme il l'entend ; il faut que l'influence de la famille pèse plus ou moins sur sa détermination. Voici, en résumé, comment cette matière est réglée dans notre Droit actuel :

Les fils jusqu'à vingt-cinq ans, les filles jusqu'à vingt et un ans ne peuvent, à peine de nullité, contracter mariage sans le consentement de leur père et mère (art. 148) ; si les père et mère sont morts, les aïeux et aïeules les remplacent (art. 150) ; et s'il n'y a ni aïeul ni aïeule, il appartient au conseil de famille de statuer (art. 160). — De vingt-cinq à trente ans les fils, et de vingt et un à vingt-cinq ans les filles, peuvent se passer du consentement de leurs ascendants ; mais ils sont tenus de leur

demander conseil par trois actes respectueux, signifiés par notaire, de mois en mois; un mois après la troisième signification, ils peuvent se marier (art. 151, 152, 153). — Enfin, après que les enfants ont dépassé, les fils trente ans, les filles vingt-cinq ans, ils doivent encore demander conseil; mais un seul acte respectueux suffit; un mois après sa signification, il leur est permis de passer outre à la célébration du mariage. (Art. 153.) — L'absence du consentement des ascendants, constitue un empêchement dirimant; le défaut d'actes respectueux n'est qu'un empêchement prohibitif.

Les père et mère n'ont pas seulement le droit de consentement dont nous venons de parler; ils peuvent encore, au moyen d'une signification, faite dans la forme légale, empêcher la célébration du mariage de leur enfant, quel que soit son âge. Ce droit d'*opposition* a pour but de prévenir les mariages contractés au mépris d'un empêchement dirimant ou prohibitif; mais les père et mère ne sont pas obligés de donner les motifs de leur opposition; ils sont présumés agir toujours dans l'intérêt de leurs enfants. L'effet direct de l'opposition, c'est d'obliger l'officier d'état civil à surseoir à la célébration. Et si l'opposition n'est pas fondée, le tribunal doit en donner mainlevée; mais elle aura toujours eu ce résultat, de retarder le mariage et de forcer les époux à réfléchir sur l'union qu'ils projettent. (Art. 173.)

Le consentement des parents est exigé pour deux

raisons : d'abord, à cause du respect que les futurs époux doivent à leurs père et mère ; en second lieu, parce qu'il vient compléter le consentement des parties. Tel est, ce nous semble, l'esprit de la loi moderne : Montesquieu, tout en reconnaissant que le droit de consentir au mariage est fondé sur la prudence des parents, « sur leur raison et sur l'incertitude de celle de leurs enfants, que l'âge tient dans l'état d'ignorance, et les passions dans l'état d'ivresse, » fait dériver aussi cet attribut *de leur puissance, c'est-à-dire de leur droit de propriété* (1). Cette dernière considération nous paraît s'appliquer uniquement au Droit romain, qui exigeait le consentement non pas du père selon la nature, mais du *paterfamilias*, du chef de la famille agnatique. Or, nous savons que le *paterfamilias* avait une puissance telle sur la personne et les biens des membres de la famille, qu'il pouvait à la rigueur en être regardé comme le propriétaire absolu. Mais chez nous, rien de tel.

L'autorité paternelle a été, sur le point que nous traitons, de tout temps battue en brèche par l'Église. L'Église, en effet, a déclaré inutile le consentement des père et mère, bien qu'elle ait toujours enseigné que se marier malgré leur volonté est une faute, mais une faute n'allant pas jusqu'à rendre le mariage nul. Dans notre ancienne jurisprudence, les

(1) *Esprit des lois*, liv. 23, ch. 7.

lois de l'État se laissant d'ordinaire pénétrer par l'influence religieuse, reconnaissaient l'efficacité des lois canoniques, quant au sacrement de mariage. Cela explique comment dans beaucoup de coutumes le consentement des parents n'était pas une condition essentielle à la validité du mariage. Dès le seizième siècle, sans doute sous l'influence des romanistes, le pouvoir royal commença à s'élever contre cet état de choses. Ainsi l'ordonnance de Blois, en 1579, édicte des peines contre les curés qui célèbrent le mariage des mineurs non pourvus du consentement des parents. (Art. 4.) Déjà l'édit de 1556, confirmé plus tard par la Déclaration de 1639, avait permis d'exhéréder les enfants mariés contre l'agrément paternel. Mais ces rigueurs soulevèrent les protestations des jurisconsultes.

La Constitution de 1791 sécularisa le mariage qui ne devint pour elle qu'un contrat civil (Constitution de 1791, tit. 11, art. 7). Le Code, fidèle au principe fondamental posé par l'Assemblée constituante, a soigneusement maintenu le caractère civil du mariage, tout en établissant des règles plus sévères quant aux conditions requises pour sa validité. Nous avons vu notamment sur quelles bases il a organisé la théorie du consentement.

Nous croyons que les rédacteurs de notre Code sont tombés dans l'excès opposé à celui qu'ils reprochaient aux théologiens catholiques, en exigeant le consentement des parents jusqu'à vingt-cinq ans.

Sans doute, le mariage est l'acte le plus sérieux et le plus important de la vie, celui pour lequel on a le plus besoin de conseil et de direction. Mais précisément parce que c'est un acte très-important, c'est aussi l'*action du monde qui,* d'après Montesquieu lui-même, *doit être la plus libre.* Aussi les doctrines du concile de Trente, rejetées par le Code Civil, sont-elles préférables à celles qui ont prévalu; car elles ont l'immense avantage de sauvegarder cette liberté précieuse dont nous parlons. Objectera-t-on que ce système diminue le respect dû à l'autorité paternelle? Il serait singulier d'adresser ce reproche à l'Église catholique qui a toujours passé pour la plus grande école de respect et de discipline. Si donc le Droit canonique s'est montré si libéral en cette matière, c'est qu'un intérêt d'ordre public le commandait impérieusement. Il importe, en effet, que l'inclination du cœur et les convenances naturelles passent ici avant toute autre considération. Or, avec nos lois actuelles, les ascendants, laissant ce point de vue tout à fait en dehors de leurs calculs, regardant comme chimériques les sentiments désintéressés, réalisent trop souvent des alliances choquantes aux yeux de la raison. Cela est vrai surtout par rapport au mariage des filles, qui, plus dociles aux vues paternelles, font ordinairement acte d'obéissance en acceptant l'époux qu'on leur propose. Quant aux hommes, notre législation tend à les éloigner du mariage en reculant leur majorité

jusqu'à vingt-cinq ans. Or, dit Montesquieu, ce sont surtout les hommes qu'une bonne politique devrait pousser au mariage.

Sans vouloir attribuer une influence exagérée aux dispositions du Code Civil sur le mariage, nous pensons qu'elles amènent de fâcheuses conséquences au point de vue de la moralité publique, et en général au point de vue social et économique.

Le mariage entre chrétiens ayant un caractère essentiellement religieux, il serait tout naturel que la loi civile laissât à la loi religieuse le soin de régler tout ce qui tient aux empêchements dirimants, à la validité du mariage, aux devoirs mutuels des époux. Telle n'est pas, il faut le reconnaître, la tendance générale des législations modernes, qui, à cet égard, sont plutôt portées à empiéter sur les attributions du pouvoir religieux, et cela malgré l'autorité de leur guide habituel, l'auteur de l'*Esprit des Lois,* auquel nous empruntons ces dernières lignes : « Il est arrivé dans tous les pays et dans tous les temps que la religion s'est mêlée des mariages... Tout ce qui regarde le caractère du mariage, sa forme, la manière de le contracter, tout cela est du ressort de la religion (1). »

Les décrets des 18 février 1809 et 28 février 1810 disposent que les enfants ne peuvent entrer dans les ordres sacrés ou dans les congrégations religieuses

(1) *Esprit des lois*, liv. 26, ch. 14.

sans le consentement des parents, conformément aux articles 148, 149 et 150 du Code Civil, et selon les mêmes distinctions. Remarquons, toutefois, que le législateur s'est montré, sans doute par inadvertance, moins favorable au mariage qu'à la prononciation des vœux monastiques, puisque les décrets que nous venons de citer ne prescrivent pas la signification d'actes respectueux après vingt-cinq ans pour les garçons, après vingt et un ans pour les filles.

III

PARTICIPATION DE LA MÈRE A LA PUISSANCE PATERNELLE

Nous allons traiter des pouvoirs de la mère : 1° Pendant que le père a la plénitude de la puissance paternelle ; — 2° Quand le père vient à manquer.

1° *Pouvoirs de la mère pendant que le père exerce la puissance paternelle.*

Le principe de l'article 373, aux termes duquel *le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage,* n'est pas tellement absolu qu'il ne souffre quelques restrictions. En effet, dans deux circonstances importantes, la mère est appelée elle aussi à

exercer cette autorité. Les deux attributs que le législateur a voulu lui faire partager avec son mari sont le droit de consentir au mariage des enfants, et le droit de consentir à leur adoption.

Le fils, jusqu'à vingt-cinq ans, la fille jusqu'à vingt et un ans, ne peuvent, nous l'avons dit, contracter mariage sans le consentement de leurs père *et mère*. Passé cet âge, ils sont encore tenus de demander, par un acte respectueux, le conseil de leurs père *et mère*. Le Code entend associer par là les deux époux à cet honneur, à ce respect auxquels ils ont un égal droit de la part de leurs enfants. Or, il faut reconnaître que ce but n'est qu'imparfaitement atteint, puisque, ajoute l'article 148, *en cas de dissentiment, le consentement du père suffit*. Ce qui revient à dire que la mère a simplement voix *consultative*. Son pouvoir se borne à formuler des observations, à approuver ou désapprouver. Dans le cas où elle émet un avis différent de celui du père, le Code opte pour le père. Le caractère de la puissance maritale s'oppose à ce qu'il en soit autrement.

Cependant, en matière d'adoption et de tutelle officieuse, l'autorité de la mère se traduit d'une façon vraiment effective. Jusqu'à vingt-cinq ans, en effet (et ici plus de distinction entre les garçons et les filles), on ne peut se donner en adoption sans le double consentement des père et mère. C'est le seul cas où la résistance de la mère puisse, en ma-

tière de puissance paternelle, faire échec à la volonté du père. Une raison de haute convenance justifie cette dérogation aux principes, surtout quand il s'agit de confier un enfant en bas-âge à un individu qui veut devenir son tuteur officieux. La mère, animée à l'égard de son fils d'un attachement beaucoup plus profond que le père, pourrait se refuser à se séparer de lui alors que le père y consentirait peut-être facilement. Le législateur ne pouvait demander à l'amour maternel un sacrifice auquel il ne saurait se résoudre. Voilà pourquoi la mère a toute liberté pour apprécier les motifs qui poussent une personne étrangère à adopter son enfant.

Est-ce là toute la part d'influence que nos lois ont faite à la femme mariée dans le gouvernement de la famille? Il nous répugne de le croire. « La puissance paternelle, disait le tribun Vesin, est un pouvoir de protection et d'intérêt pour les enfants, et la mère est à juste titre admise à le partager. Ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits. » Sans doute, chaque fois qu'un désaccord s'établit entre le père et la mère, c'est la volonté du premier qui doit prévaloir. Mais cette règle aurait-elle pour conséquence d'abandonner à la merci du père les plus sérieux intérêts de la société? Les parents ont contracté devant l'officier d'état civil toutes les obligations résultant du mariage. Qui surveillera l'exécution de leurs engagements? S'ils y manquent gravement, le Code Pénal

est là pour les frapper. Mais, sans encourir les rigueurs de la loi pénale, le père peut de bien des manières se livrer à des excès sur la personne de ses enfants. Plusieurs auteurs pensent qu'en pareil cas le ministère public, protecteur légal des incapables et des mineurs, a qualité pour intervenir entre le père et l'enfant. A défaut de texte spécial, l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 nous paraît suffisant pour lui conférer ce droit d'action. Le ministère public, dit ce texte, *surveille l'exécution des lois et poursuit d'office cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*. On ne peut nier que les lois sur la puissance paternelle n'intéressent l'ordre social; l'article 1388 le prouve surabondamment. Néanmoins, la question que nous examinons est en théorie l'objet de controverses sans fin, et, dans la pratique, la jurisprudence ne nous a pas paru s'être encore prononcée ni dans l'un ni dans l'autre sens.

Ce système, d'ailleurs, ne protége que très-imparfaitement la personne de l'enfant, car les cas où le ministère public songera à intervenir seront bien rares; le plus souvent, il ignorera les faits; lorsque enfin, dans les cas extrêmes, il se décidera à appeler le père en justice, les juges pourront repousser son action s'ils pensent que l'ordre public n'est pas suffisamment intéressé dans le débat. Pour toutes ces raisons, nous admettons que plus que personne la mère a pour mission d'exercer vis-à-vis du père

le contrôle à la fois le plus vigilant et le plus entouré de garanties. Sans la refuser au ministère public, c'est donc principalement à la mère que nous accordons l'action civile dans l'intérêt des enfants; à la mère, que le Code Civil proclame investie, conjointement avec le père, de la jouissance de l'autorité paternelle. C'est elle qui pourra notamment intenter contre son mari l'action née du devoir d'éducation dont nous avons parlé en expliquant l'article 203. Lui refuser ce droit, ce serait lui retirer les moyens d'accomplir vis-à-vis de ses enfants les devoirs qu'elle a librement acceptés en se mariant.

Cette solution, en partie acceptée par la jurisprudence, peut dans bien des cas ne pas donner satisfaction aux légitimes exigences de la mère, ni défendre suffisamment les mineurs contre les abus du père. Quelle serait, par exemple, l'efficacité de notre action dans l'hypothèse où le père refuse sans motif de laisser jamais communiquer ses enfants avec leurs parents maternels? Ce fait se présente quelquefois dans la pratique. Supposons encore que les parents étant de religion différente, il ait été convenu, par contrat de mariage, que les enfants seraient élevés dans la religion de la mère. Pareille convention est nulle. En droit, cela ne fait pas la moindre difficulté. Le mari est le chef; il ne peut pas d'avance abdiquer ses droits. (Art. 1388.) Cependant, la future, qui n'a pas raisonné en juriste, ne s'est mariée que parce qu'elle comptait pleine-

ment sur la promesse consignée dans le contrat de mariage. Va-t-elle donc subir la mauvaise foi de son mari? Il serait trop dur qu'il en fût ainsi. Dans ce cas, comme dans bien d'autres, nous pensons que les procédés rigoureux et arbitraires du mari vis-à-vis des enfants constituent à l'égard de la femme une *injure grave* pouvant servir de base à une demande en séparation de corps. Ce moyen détourné sera toujours l'*ultimum præsidium* laissé à la mère pour prendre la défense de ses enfants. Les tribunaux, dans leur sagesse, admettront ou rejetteront la demande. Si la séparation de corps est prononcée, en vertu de l'article 302, les enfants seront confiés aux soins du demandeur, et soustraits ainsi aux mauvais traitements ou aux dangers auxquels les exposerait la garde du père. — La jurisprudence nous paraît entrer, depuis quelques années, dans cette voie, et nous n'hésitons pas à l'y suivre.

2° *Pouvoirs de la mère quand le père fait défaut.*

Nous avons vu que des articles 372 et 373 il résulte implicitement que la mère doit exercer vis-à-vis de ses enfants les mêmes droits que le père, dans tous les cas où celui-ci est dans l'impossibilité d'exercer lui-même la puissance paternelle. Tel est le principe; mais on n'en a pas admis toutes les

conséquences. Prenons, en effet, le cas le plus fréquent, celui du prédécès du mari. La mère, alors définitivement soustraite à l'autorité maritale, devrait, ce semble, avoir au même titre et avec la même plénitude que lui la puissance paternelle tout entière. Cependant, parmi les attributs que nous avons énumérés, il en est deux, le droit de correction et le droit de choisir un tuteur testamentaire, qui ne sont laissés à la mère survivante que sous certaines restrictions.

Parlons d'abord du droit de correction. La mère ne peut jamais faire détenir son enfant que par voie de réquisition, c'est-à-dire en s'adressant au président du tribunal, qui, après avoir pris l'avis du procureur de la République, délivre ou refuse l'ordre d'arrestation, conformément à l'article 377. (Art. 381.) L'article 381 ne se borne pas là. Il exige encore que la mère fasse sa demande avec le concours des deux plus proches parents paternels. Ces précautions nous paraissent excessives. Est-ce que le droit de correction présente plus de danger entre les mains de la mère qu'entre les mains du père? L'amour maternel, en général plus intense que l'amour paternel, n'éloignera-t-il pas la mère encore plus que le père de toute pensée d'abus? Le pouvoir paternel, dira-t-on, ne résidant plus maintenant que sur une seule personne, la mère, le législateur devait l'entourer de garanties nouvelles; l'intervention légale des deux plus proches parents

paternels de l'enfant remplace ici, en quelque sorte, l'influence purement morale de la mère pendant le mariage. Il est possible que, livrée à une seule volonté, l'autorité paternelle tourne plus facilement à l'arbitraire ; mais alors il aurait fallu soumettre aux mêmes formalités l'exercice du droit de correction entre les mains du père survivant, et la loi ne l'a pas fait.

Si l'enfant n'avait pas de parents paternels, la mère pourrait invoquer le concours de deux parents maternels, ou encore, comme dit l'article 409, de deux citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père. Et même, à défaut de texte qui règle cette hypothèse, nous croyons que le Président du Tribunal ne commettrait pas un excès de pouvoir en délivrant l'ordre d'arrestation, à la seule requête de la mère.

Quand le père exerce le droit de correction, il est toujours maître, nous l'avons dit plus haut, d'abréger la détention par lui ordonnée ou requise. Ce droit de pardon, ou de grâce, appartient-il aussi à la mère? La loi n'en dit rien. Aussi la question a-t-elle donné lieu à trois opinions. L'article 379, dit-on, dans un premier système, ne parle que du père ; la mère se trouve donc exclue ; *qui dicit de uno negat de altero*. Un second système subordonne l'exercice du droit de pardon au concours des deux plus proches parents paternels ; car il est naturel que le droit de grâce s'exerce aux mêmes conditions

que le droit de correction. Nous croyons, avec bon nombre d'auteurs, que la mère peut, sans le concours de personne, faire cesser la détention de son enfant. On se rappelle, en effet, que nous avons posé cette régle fondamentale, à savoir que la mère se trouve en principe, assimilée au père quant à la puissance paternelle. Un texte formel peut seul faire cesser cette assimilation. Or ce texte, dans la question actuelle, n'existe pas.

Le père veuf qui se remarie, ne peut plus faire détenir son enfant que par voie de réquisition. (Art. 380.) Nous avons vu pourquoi. Quant à la veuve, les mêmes raisons commandaient aussi que ses pouvoirs fussent diminués; mais le fait seul de la mort du mari les avait déjà restreints; une nouvelle atteinte devait les anéantir. C'est ce qui est arrivé. La veuve qui convole à de nouvelles noces perd d'une manière absolue ce qui lui restait du droit de correction. (Art. 381.) Les enfants du premier lit se trouvent ainsi plus efficacement protégés contre la fâcheuse influence du second mari de leur mère que contre les artifices d'une marâtre. On explique cette différence en faisant remarquer que le père remarié conserve son autorité première et toute sa liberté d'action, tandis que la veuve subit le pouvoir de son second mari, lequel agit pour elle. Cette raison ne nous satisfait pas entièrement. La mère, quoique remariée, conserve en général pour ses enfants un attachement sans bornes, et aux ob-

sessions de son nouvel époux, elle sait au besoin opposer d'héroïques résistances. D'ailleurs, remariée ou non, la veuve conserve les autres attributs de la puissance paternelle ; elle continue notamment à être chargée du devoir d'éducation, dont le droit de correction nous semble être le corollaire nécessaire. On aurait donc pu ne pas la dépouiller complétement de ce dernier droit.

La mère remariée, quoique maintenue dans la tutelle de ses enfants conformément aux articles 395 et 396, n'en demeure pas moins privée du droit de correction que lui attribuait l'article 381. Mais puisqu'elle est tutrice, il va sans dire qu'en cette qualité, elle pourra ce que peut en général tout tuteur, c'est-à-dire porter ses plaintes en conseil de famille, et si elle y est autorisée, provoquer la réclusion de l'enfant dont elle a à se plaindre. (Article 468.) L'influence du second mari est alors suffisamment contrebalancée par celle du conseil de famille.

Devenue veuve une seconde fois, l'esprit de la loi s'oppose à ce que la mère recouvre sur les enfants du premier lit l'exercice du droit de correction. Car l'influence du deuxième mari peut lui survivre à lui-même.

Arrivons maintenant au droit de choisir un tuteur testamentaire, qui subit aussi quelques modifications quand il est exercé par la mère survivante. La tutelle testamentaire, avons-nous dit, est toujours

la continuation de la tutelle du survivant des père et mère. Comme le père, remarié ou non, est de plein droit tuteur de ses enfants, il peut dans tous les cas leur nommer un tuteur testamentaire. La mère remariée, au contraire, ne peut le faire si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle, car en perdant la qualité de tutrice, elle a perdu la qualité en vertu de laquelle elle pouvait choisir un tuteur testamentaire (art. 399). On comprend cette disposition. Mais l'article 400 ajoute : « Lorsque la mère remariée et maintenue dans la tutelle aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. » Ce qui revient à dire que, maintenue ou non maintenue tutrice, la mère remariée n'a que le droit de *présenter* un tuteur. Le conseil de famille, dans le cas de l'article 400 comme dans celui de l'article 399, est omnipotent : il confirme ou refuse de confirmer sans donner les motifs de sa décision. C'est toujours la même préoccupation que nous constatons dans l'esprit du législateur : il craint que la présence du deuxième mari fasse perdre de vue à la mère l'intérêt des enfants du premier lit.

Si nous abordions l'étude de la puissance paternelle par rapport aux biens des enfants, nous verrions encore des distinctions analogues entre le père survivant et la mère survivante. Ainsi, la mère qui se remarie perd la jouissance légale, alors que le

père remarié la conserve. (Art. 486). Ces dispositions ne sont-elles pas un peu injurieuses à l'égard de la mère, et de nature à diminuer le respect qu'elle doit inspirer? Plus que toute autre, cette déchéance de la jouissance légale, spéciale à la veuve qui se remarie, nous paraît consacrer une injustice. En effet, si le père remarié a des enfants du second mariage, il y a tout lieu de croire qu'il va consacrer à leur entretien et à leur éducation, les revenus des enfants du premier lit. A cet égard, l'article 268 de la coutume de Paris, privant de la garde-noble ou de la garde-bourgeoise le père aussi bien que la mère, en cas de second mariage, nous paraît beaucoup plus équitable.

Ces restrictions apportées aux pouvoirs des femmes ont peut-être une autre explication, qui n'exclut pas cependant celle que nous venons de donner. Le Code Civil craint la *faiblesse* et l'*inexpérience* de la femme; il la regarde comme naturellement peu apte au maniement des affaires, comme peu capable de gouverner soit sa famille, soit son patrimoine. Cette interprétation nous paraît résulter d'ailleurs de plusieurs dispositions du Code Civil. Pourquoi, par exemple, le législateur permet-il au mari de nommer à la mère survivante et tutrice un conseil dont elle devra suivre les avis, sinon parce qu'il a une faible idée des qualités administratives de la femme. Ce sont là des conséquences, bien éloignées, nous le reconnaissons, des vieilles idées romaines sur la

fragilitas sexûs. Dans notre Droit, la femme, mariée ou non, devrait être tout aussi capable que l'homme, au moins quant à ses droits civils. Si elle n'est pas toujours placée sur la même ligne, c'est comme le dit Pothier, *à cause de la déférence qu'elle doit à son mari*. Les quelques articles du Code qui ne sont pas en harmonie avec ces principes sont déplacés dans notre législation.

Sauf les exceptions que nous venons de signaler, le droit de puissance paternelle reste entier sur la tête de la mère survivante, et cela quand même elle serait dépouillée de la tutelle. Il peut arriver, en effet, que la puissance paternelle et la tutelle soient exercées par deux personnes différentes. En général, le survivant des père et mère est en même temps le tuteur de ses enfants; mais s'il est exclu ou excusé, le tuteur datif qui le remplace s'occupe de l'administration des biens du mineur, tandis que le père ou la mère conserve sur sa personne les droits que nous avons étudiés. On comprend combien cette situation est grosse de conflits entre le père ou la mère survivant et le tuteur. Mais d'un autre côté les deux pouvoirs se surveillent et se contrôlent réciproquement. Durant le mariage, l'enfant trouvait aide et protection auprès de la mère; le mariage dissous, le conseil de famille, le tuteur, le subrogé-tuteur, succèdent au rôle du conjoint prédécédé, et peuvent, par conséquent, déférer aux tribunaux les actes du survivant qui pourraient gravement préju-

dicier aux intérêts matériels, moraux ou intellectuels de l'enfant.

Le prédécès du mari n'est pas la seule cause qui donne ouverture au profit de la mère à l'exercice de la puissance paternelle. L'article 373, attribuant d'une manière générale l'autorité au père *durant le mariage,* ne doit pas être pris au pied de la lettre; il statue *de eo quod plerumque fit.* Il y a, en effet, quelques événements, qui, sans entraîner la dissolution du mariage, transfèrent à la femme tous les droits du mari par rapport à la personne de leurs enfants. Dans le cas d'absence, par exemple, le Code Civil dispose ainsi : « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. (Art. 141). » Que faut-il entendre par cette expression : *Si le père a disparu?* Notre article règle évidemment l'hypothèse de la *présomption* d'absence; les pouvoirs dont il est ici question sont donc attribués à la mère du jour de la disparition du père, ou du moins de ses dernières nouvelles. L'absence une fois *déclarée,* il va sans dire que la mère est de plein droit tutrice légale, absolument comme si le père était mort, sauf à se démettre de ses pouvoirs dans le cas où il serait de retour.

L'interdiction du père pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, est le second événement

qui ait pour résultat de transmettre à la mère du vivant du mari l'exercice de la puissance paternelle. Bien que le Code Civil n'en dise rien, de puissants motifs d'analogie suppléent au silence de la loi. L'interdit est assimilé au mineur; il reçoit lui-même un tuteur, qui prend soin de sa personne et de ses biens. S'il est marié, ce tuteur est habituellement sa femme. Puisque l'on confie à celle-ci la mission de gouverner la personne et les biens de son mari, comment lui refuserait-on le droit de surveiller ses enfants? D'ailleurs, au point de vue de l'exercice de ses droits civils et même domestiques, le père a perdu toute capacité. L'article 149 ne nous autorise-t-il pas à assimiler au cas de mort le cas d'impossibilité physique ou légale de manifester sa volonté? Bien plus, cette assimilation n'est-elle pas formellement reproduite par l'article 2 du Code de Commerce? Et dès lors, n'est-il pas naturel d'accorder à la femme de l'interdit les mêmes droits qu'à la mère survivante?

Ce que nous disons de l'*interdiction judiciaire,* mesure de protection prise dans l'intérêt de celui qu'elle atteint, s'applique également à l'*interdiction légale,* mesure qui a un caractère pénal, mais dont les effets sont identiques à ceux de la première.

Les rédacteurs du Code Civil, ayant admis la dissolution du mariage par le divorce, réglèrent ainsi la situation des enfants : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le

tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. (Art. 302). » La loi du 8 mai 1816 a aboli le divorce. Mais on se demande si la séparation de corps, qui en tient lieu, produit l'effet que nous venons de signaler. Les auteurs sont partagés sur la question de savoir quels sont les articles du titre *du Divorce* qui sont applicables à la séparation de corps. Nous croyons pouvoir poser comme principe général que toutes les dispositions concernant le divorce s'appliquent à la séparation de corps, à moins d'impossibilité manifeste. Car, dans l'esprit du législateur, la séparation de corps remplace pour les catholiques le divorce ; on l'a même appelée souvent le *Divorce des catholiques*. De plus, le Code Civil ne détermine nulle part les effets spéciaux de la séparation de corps, ce qui prouve son intention de se référer aux effets du divorce. — Nous admettons, par conséquent, que les tribunaux, en prononçant la séparation de corps doivent, par application de l'article 302, confier la puissance paternelle à l'époux demandeur, à moins que l'intérêt des enfants n'exige qu'il en soit autrement. Ce système présente, comme nous l'avons vu, l'avantage de permettre indirectement à la mère de soustraire les enfants aux mauvais traitements du père. Quel que soit du reste l'époux auquel le tribunal confie la

garde des enfants, les père et mère, dit l'article 303, conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants, et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Mentionnons un dernier événement qui peut faire passer une partie de la puissance paternelle aux mains de la mère. Aux termes de l'article 335, § 2, du Code pénal, si le délit d'excitation à la débauche ou d'attentat aux mœurs a été commis par le père ou la mère, le coupable sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant, par le Code Civil, livre 1^er^ titre IX, *de la Puissance paternelle.* Le titre IX ne parle que des droits de garde, d'éducation, de correction et de jouissance légale. Comme en Droit pénal on ne peut pas étendre les termes de la loi, ni raisonner par voie d'analogie, le père coupable conserve tous les autres attributs de la puissance paternelle, par exemple le droit d'émancipation, le droit de consentir au mariage et d'y faire opposition, etc. Cette distinction ne se justifie pas, et il serait à souhaiter que la déchéance s'étendît à tous les droits sans exception. — Toujours à cause de la maxime *pœnalia non sunt extendenda,* on ne saurait admettre ni que la sanction de l'article 335 du Code pénal s'appliquât au père condamné pour crimes ou délits autres que ceux mentionnés dans ce texte, ni que le père fût privé des droits de correction et de jouis-

sance légale vis-à-vis des enfants autres que celui qui a été victime de son délit (1).

Comme nous venons de le voir, il n'est pas nécessaire que la mère soit veuve pour devenir le chef de la famille. Mais remarquons que jamais elle n'exerce la puissance paternelle d'une manière aussi complète que le père. Que le mari soit mort, ou bien qu'il soit absent, interdit, séparé de corps ou frappé de condamnations, la femme ne peut user du droit de correction que dans une certaine mesure, et conformément à l'article 381. En ne lui permettant de faire détenir son enfant que par voie de réquisition, et qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, le législateur a édicté une mesure qu'il croyait nécessitée par le caractère même de la mère. Or, ce caractère et cette faiblesse ne varient pas avec les causes qui lui confèrent le droit de correction. A ce point de vue, encore une fois, nous voudrions que, fidèle jusqu'au bout au principe posé dans l'article 372, le législateur en acceptât toutes les conséquences, et fît disparaître toute distinction offensante pour la mère. Chaque fois que l'autorité maritale ne s'y opposerait pas, nous souhaiterions que la mère eût, par rapport à la personne, comme par rapport aux biens des enfants, les mêmes droits que le père. Cette réforme une fois accomplie, ce

(1) L'article 2 de la loi du 7 décembre 1874 crée une nouvelle cause de déchéance de la puissance paternelle que nous retrouverons plus loin.

serait alors le cas de répéter en les généralisant, les nobles paroles que M. Réal prononçait au Corps législatif à propos de l'un des articles du titre *de la puissance paternelle* : « En prononçant que la mère jouit des droits qu'il accorde au père, le législateur établit un droit égal, une égale indemnité là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affection ; il répare l'injustice de plusieurs siècles ; il fait, pour ainsi dire entrer, pour la première fois, la mère dans la famille, et la rétablit dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature ; droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes..., mais qui, effacées dans nos Codes, auraient dû se trouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfants bien nés (1). »

« C'est surtout dans un État libre, disait Malleville au conseil d'État, qu'il faut donner un grand ressort à l'autorité paternelle, parce que c'est d'elle que dépend principalement la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique... Quel ressort, quelle tension ne faudrait-il pas dans un gouvernement qui serait obligé de surveiller tout par lui-même, et qui ne pourrait se reposer sur l'autorité des pères de famille pour

(1) Fenet, *Séance du 23 ventôse, an XI.*

suppléer les lois, corriger les mœurs, préparer l'obéissance ! » Quelques publicistes se sont rencontrés qui ont reproché au législateur français de n'avoir pas suivi assez ces sages conseils. D'après eux, c'est le Code Civil qui, en désarmant le pouvoir du père, a favorisé cet instinct d'indépendance, ce besoin d'émancipation qui caractérisent les générations nouvelles. C'est lui qui est responsable de la disparition de l'esprit de famille, et de cette absence de respect qui va devenir le plus puissant dissolvant social. — Les quelques critiques que, dans le cours de cette étude, nous avons adressés nous-même à la loi sur des points particuliers, n'ont rien de commun avec cette accusation générale, certainement injuste. Est-il bien vrai que le sentiment du respect s'efface dans la famille? Nous n'avons pas à l'examiner. Nous dirons uniquement que le Code Civil, ayant devant lui deux écueils, les a évités tous les deux avec une sagesse à laquelle on ne peut que rendre hommage. Il fallait, en effet, en même temps sanctionner le pouvoir paternel sans l'exagérer, et protéger l'enfant sans pour cela l'émanciper ni trop tôt ni trop brusquement. Le Code Civil a fait l'un et l'autre. Son œuvre, à notre avis, ne saurait être avantageusement révisée dans son ensemble.

Mais cela n'empêche pas le législateur vigilant d'appliquer de nouveaux remèdes là où des besoins nouveaux surgissent. C'est ainsi qu'il s'est occupé

plusieurs fois de l'importante question du *travail des enfants dans les manufactures,* et personne assurément ne se plaindra de cette nouvelle restriction apportée à l'autorité paternelle. Dans les grands centres industriels, la manufacture ou l'usine appelle jusqu'aux plus jeunes enfants. « Chaque matin, père, mère, enfants, partent pour la fabrique; la dispersion commence au seuil même de la maison. Le père, absorbé par son travail, tenu loin d'eux, dans une autre manufacture, ne peut ni les gouverner ni les protéger. Ils ont, comme lui, leur patron, leurs compagnons, leur tâche. En signant le contrat d'apprentissage de ses enfants, le père a signé son abdication (1). » Sous l'action du travail ainsi réglé, la famille, dit l'écrivain que nous citons, disparaît nécessairement, enregimentée tout entière au service du noir génie de la vapeur. La loi du 19 mai 1874, après plusieurs autres, a fixé l'âge auquel les enfants peuvent être admis dans les manufactures, ainsi que le nombre d'heures de travail qu'on peut leur imposer. Le soin de veiller à l'exécution de ces dispositions a été confié à des inspecteurs dont les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire. L'expérience ne justifie que trop cette intervention du pouvoir social, et l'on voit encore des parents égarés refuser de se soumettre aux prescriptions de la loi, qui, plus prévoyante

(1) Jules Simon, l'*Ouvrière.*

que leur tendresse, veut restaurer la vie de famille par l'amélioration matérielle et morale de l'ouvrier.

La dernière Assemblée nationale a pris encore en main la cause de l'enfance, en votant deux lois, celle du 7 décembre 1874, et celle du 23 décembre 1874.

La première est relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. « Tout individu, y est-il dit, qui fera exécuter par des enfants de moins de seize ans des tours de force périlleux, ou des exercices de dislocation ; tout individu autre que les père et mère, pratiquant les professions d'acrobate, charlatan, saltimbanque, montreur d'animaux ou directeur de cirque, qui emploiera dans ses représentations des enfants âgés de moins de seize ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 16 à 200 francs. La même peine sera applicable aux pères et mères exerçant les professions ci-dessus désignées, qui emploieraient dans leurs représentations leurs enfants âgés de moins de douze ans (art. 1). Les pères et mères pourront, en outre, être privés des droits de la puissance paternelle (art. 2). » Le législateur entend sans doute enlever par là aux parents coupables de ce nouveau délit les seuls droits de correction et de jouissance légale ; car nous ne pouvons admettre qu'il soit plus sévère que ne l'a été l'article 335 du Code pénal, dans une circonstance bien autrement grave.

L'autre loi, celle du 23 décembre 1874, a été

votée pour arrêter les progrès toujours croissants de la mortalité des nouveaux-nés. Elle porte en effet pour rubrique : *Loi relative à la protection des enfants du premier âge, et en particulier des nourrissons.* L'article 1 dispose que tout enfant âgé de moins de deux ans, placé moyennant un salaire en nourrice, en sevrage ou en garde, hors du domicile de ses parents, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé. L'article 2 charge dans chaque département le préfet, assisté d'un comité, d'étudier les mesures à prendre. L'article 5 ajoute que dans les départements où l'utilité d'établir une inspection médicale des enfants en nourrice sera reconnue, des médecins pourront être chargés de cette inspection.

Poussés sans doute par le généreux désir de venir encore plus efficacement au secours d'un âge faible et sans moyen de défense, de nombreux publicistes réclament, comme nous l'avons dit, l'instruction primaire obligatoire. Aux motifs pour lesquels nous avons rejeté cette innovation, nous pouvons ajouter ici une raison qui paraît être d'un grand poids. Dans les circonstances actuelles, obliger les parents à envoyer leurs enfants à l'école, ce serait très-souvent les empêcher de choisir eux-mêmes cette école, et par suite porter une grave atteinte à la liberté de conscience. Or, demande M. Ledru-Rollin, « y a-t-il une souffrance plus grande pour l'individu que la

déportation de ses fils dans les écoles qu'il regarde comme des lieux de perdition, que cette conscription de l'enfance traînée violemment dans un camp ennemi, et pour servir l'ennemi? » Cette conséquence fatale ne serait évitée qu'en modifiant l'article 23 de la loi de 1850 *sur l'enseignement,* aux termes duquel l'enseignement primaire comprend en première ligne l'*instruction morale et religieuse.* Mais hâtons-nous d'ajouter que ce remède, tout aussi funeste que le mal, est, de plus, absolument impraticable. Le meilleur parti à prendre consiste donc à s'en tenir à la législation actuelle (1).

Sous l'empire d'une préoccupation tout opposée, d'autres publicistes essaient, dans l'intérêt de l'autorité du père qu'ils considèrent comme trop amoindrie, une réforme tout aussi mal inspirée que la précédente. Nous touchons ici à l'importante question de la *liberté de tester,* qui, étudiée sous toutes ses faces, donnerait lieu à de très-longs développements. Nous ne pouvons lui consacrer que quelques lignes.

Il s'est formé dans ces dernières années une sorte de coalition tendant à l'abolition des réserves. Le

(1) « Notre pensée n'est pas de décréter à la légère l'instruction obligatoire. Ce serait non-seulement une folie, mais un leurre : ce serait dire à une foule de pères de famille : « Nous savons bien que nous n'avons pas d'écoles à votre portée ; néanmoins, nous allons vous obliger à y conduire vos enfants. » (Discours de M. le ministre de l'instruction publique à la séance de clôture de la réunion des délégués des Sociétés savantes, le 22 avril 1876.)

droit de tester, a-t-on dit, est un droit naturel, conséquence nécessaire du droit de propriété. Or, le père de famille est propriétaire de ses biens; donc, il peut en disposer comme il l'entend; son droit est absolu, sans limites. Les restrictions apportées par l'article 913 du Code Civil, outre qu'elles constituent une grave atteinte au droit de propriété, compromettent l'autorité du père, attentent à sa dignité, entraînent la dispersion des familles, entravent les progrès de l'agriculture, jettent en un mot le trouble et la désorganisation dans la société. Tous ces inconvénients, ajoute-t-on, disparaissent avec la proclamation de la liberté testamentaire. Ce système se présente, comme on le voit, avec une base juridique; nous allons en démontrer le peu de solidité; quant aux arguments utilitaires qu'il invoque, il est encore plus facile de les réfuter; mais ce serait sortir de notre sujet que de nous y arrêter.

La notion du droit de propriété, dirons-nous avec les défenseurs du Code Civil, ne comporte pas *nécessairement* la liberté complète du droit de tester. Il semble à première vue que rien ne doive gêner la faculté de disposer. Mais dans l'intérêt même de la propriété, ne faut-il pas marquer des limites au delà desquelles il y aurait abus du droit de propriété? Les servitudes légales sont en effet des restrictions du droit de propriété, ou mieux encore des *limites naturelles* de la propriété. Les limites naturelles de la propriété commandent aussi une réserve au profit

de certaines personnes. La propriété individuelle n'a pas été créée pour elle-même; elle n'a sa raison d'être que dans l'existence de la famille. S'il n'y avait pas de famille, y aurait-il jamais eu un droit de propriété? Ces deux idées, celle de *propriété* et celle de *famille,* sont corrélatives, inséparables. La famille, ne l'oublions pas, est soumise à certaines conditions d'existence : mariage indissoluble, propriété individuelle, transmission des biens. La réserve se trouve ainsi liée à l'organisation même de la famille. C'est là qu'est son fondement. Supprimer la réserve serait supprimer presque immédiatement les liens de famille. Et de fait, dans les pays où il n'y a pas de réserve, il n'y a plus de cohésion entre les divers membres de la famille. N'ayant rien à attendre, rien à espérer, chacun va de son côté, perdant de vue à jamais le toit paternel (1).

La réserve s'appuie encore sur une autre raison qui nous paraît moins juridique : sur l'obligation morale qu'a le père d'assurer à ses enfants une situation proportionnée à celle dont il jouit lui-même. De son vivant, le père leur doit des aliments; après sa mort, son patrimoine le remplace en quelque sorte pour payer cette dette alimentaire. Cette manière d'envisager la réserve n'est pas très-exacte.

(1) Ces doctrines sur la réserve se trouvent développées dans un ouvrage de notre savant maître, M. Huc, dont nous nous sommes aidé : *Le Code Civil italien et le Code Napoléon,* t, 1, p. 200 et suivantes.

La réserve des enfants légitimes n'est pas, comme celle des enfants adultérins ou incestueux, une dette d'aliments ; c'est une portion de la succession *ab intestat*.

Quoi qu'il en soit, réclamer le droit illimité de tester, ce n'est pas revendiquer une liberté, c'est vouloir l'oppression, le dépouillement de plusieurs membres de la famille au profit d'un seul ou même au profit d'un étranger. Quand on étudie l'histoire du Droit romain, on trouve la liberté complète de tester en vigueur à l'époque quasi-barbare de la loi des Douze Tables. C'était là une injustice d'autant plus criante que les fils de famille étaient incapables de rien acquérir. Mais au fur et à mesure que les idées de justice et d'humanité pénétrèrent dans le droit sous l'influence des préteurs et des prudents, le progrès consista précisément à battre en brèche cette liberté de tester. C'est ainsi qu'on exigea d'abord l'exhérédation nominative pour exclure les héritiers *siens,* puis qu'on institua la *quarte légitime,* avec la *querela inofficiosi testamenti*. Les Romains finirent par reconnaître que le droit de disposer de ses biens s'arrête devant le devoir de soutenir avant tout sa propre famille. — Mais alors, opposent les adversaires de notre doctrine, le prestige de l'autorité paternelle se trouve anéanti ; le partage forcé ne se justifie que par l'égale bonne conduite des enfants, leur égale reconnaissance envers leurs parents, leur égal dévouement ; or, rien

de plus faux que cette égalité. A cela nous répondons : si vous supprimez la réserve, il arrivera que les enfants, divisés par l'intérêt, se nuiront réciproquement dans l'esprit de leur père ; ils lutteront ensemble de fausse tendresse et d'hypocrisie, pour se faire attribuer la plus grande partie possible de l'héritage ; et ainsi disparaîtra tout ce qui reste des sentiments de famille.

Le Code d'ailleurs, en fixant une quotité disponible, permet au père de récompenser spécialement tel ou tel de ses enfants par une donation ou un legs préciputaire. Il est vrai que le législateur aurait pu aller plus loin, et à l'exemple des *Novelles* de Justinien énumérer des causes légitimes d'exhérédation. Mais remarquons que toute énumération, si longue soit-elle, est nécessairement incomplète. Si la puissance paternelle implique à tout prix le droit d'exhérédation, il faut en arriver à charger les tribunaux du soin d'apprécier le fondement ou le non fondement de l'exhérédation contenue dans le testament paternel. Cette solution est-elle bien pratique, offre-t-elle toutes les garanties désirables? Question délicate, qu'il ne nous appartient pas de résoudre, mais qui mérite d'être approfondie. En théorie pure, rien de plus légitime que l'exhérédation admise pour des motifs très-graves. Si le Code Civil a omis d'en parler, il a reculé, sans doute, devant les difficultés de l'organiser.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° L'obligation naturelle ne survit pas à l'autoritée de la chose jugée.

2° Le curateur général était-il imposé au mineur de vingt-cinq ans, ou, au contraire, n'était-il nommé que sur la demande du mineur? Les deux opinions sont vraies, mais se rapportent à des époques différentes.

3° Il est permis à un testateur de léguer des biens à un fils de famille, à la condition que ces biens seront compris dans le pécule *castrans*.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

1° Le système de l'effet *déclaratif* du partage, adopté par l'article 883 du Code Civil, ne vient pas du Droit romain. Ce n'est pas non plus une conquête des légistes du seizième siècle sur la fiscalité féodale. Cette doctrine, admise de très-bonne heure dans notre ancien Droit, a son origine dans le *condominium* germanique.

2° Le droit d'*ainesse* a une origine purement féodale.

3° Dans la Coutume de Bordeaux, la société d'acquêts ne s'est pas unie accessoirement au régime dotal au moyen de stipulations. C'est le régime dotal qui est venu se greffer sur

la société d'acquêts. — Conséquences qui doivent en résulter dans notre Droit actuel.

CODE CIVIL

1° La femme française séparée de corps a besoin de l'autorisation de son mari pour se faire naturaliser en pays étranger.
2° Un testateur peut léguer des biens à un enfant mineur, sous la condition que le père n'en aura pas l'administration.
3° La mère n'a jamais l'usufruit légal durant le mariage.

PROCÉDURE CIVILE

1° Le mineur émancipé est dispensé du préliminaire de la conciliation.
2° Lorsque deux étrangers plaident devant un tribunal français, le demandeur n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*.
3° Les parties peuvent, avant l'obtention d'un jugement qu'elles poursuivent en première instance, renoncer au droit d'appeler de ce jugement.

DROIT COMMERCIAL

1° Il n'entre dans les comptes-courants que les valeurs que l'intention probable des parties était d'y faire entrer.
2° En matière d'assurances terrestres, pour qu'un risque soit à la charge de la compagnie, il faut que l'on puisse conjecturer que la compagnie a entendu prendre ce risque à sa charge.
3° L'article 438 du Code de Commerce, aux termes duquel le failli *est tenu* de déclarer lui-même sa faillite et de déposer son bilan dans les trois jours de la cessation des paiements, est contraire à la fois aux intérêts du failli lui-même et aux intérêts de ses créanciers.

DROIT CRIMINEL

1° Lorsque l'amende qui punit une contravention est *indéterminée*, par exemple lorsqu'elle est égale au montant du dommage causé, le tribunal de simple police n'est pas compétent pour statuer sur cette contravention, à moins pourtant qu'il ne soit *évident* que le dommage causé ne dépasse pas 15 francs. — La partie lésée ne saurait rendre le tribunal de simple police compétenten restreignant arbitrairement la fixation des dommages à 15 fr.

2° Quand un prévenu est accusé de vol *avec escalade*, le jury doit être interrogé, non pas sur les faits constitutifs de l'escalade, mais sur l'existence même de cette circonstance aggravante.

3° Pour que le crime d'avortement soit punissable, il n'est pas nécessaire qu'il ait été *consommé*.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

1° Le principe de la *non-rétroactivité* des lois n'est pas un principe d'ordre constitutionnel.

2° Le maire peut, par un arrêté légal, imposer aux marchands d'une commune l'obligation de porter au marché leurs grains ou comestibles.

3° En matière de *contentieux* administratif, le tribunal de droit commun, jugeant en premier ressort, est le ministre, chacun dans son département.

DROIT DES GENS

1° Un État n'est pas responsable des pertes ou dommages éprouvés par les étrangers à la suite de troubles civils.

2° Un État, par l'organe de son gouvernement, n'a pas le droit d'aliéner une portion de son territoire, sans consulter les populations habitant cette partie du territoire.

3° Les belligérants doivent respecter le principe de l'inviolabilité de la propriété privée *sur terre;* mais *sur mer* il est permis de se départir de l'observation de ce principe.

ÉCONOMIE POLITIQUE

1° La *valeur* n'a pas son origine exclusive dans le *travail,* ni dans la *rareté,* ni dans l'*utilité;* mais elle dérive de la combinaison de ces trois éléments.

2° C'est à tort que les partisans de la liberté du taux de l'intérêt assimilent complétement l'argent à toute autre marchandise.

3° L'économie politique, comme les autres sciences, proteste contre cette idée que la dépopulation peut être un bien.

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le août 1876, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

Vu par le Président de la Thèse,

Th. HUC.

VU PAR LE DOYEN :

Toulouse, le 23 juillet 1876.

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse, le 26 juillet 1876.

Le Recteur,

Ch. DREYSS.

TABLE DES MATIERES

DROIT ROMAIN

GÉNÉRALITÉS 5

I. — Sources de la puissance paternelle 18
1° Mariage 18
2° Légitimation 25
3° Adoption 29

II. — Principaux effets de la *patria potestas* 32
1° Droit de vie et de mort; droit de correction 32
2° Droit de garde; sanction de ce droit 47
3° Droit au respect 52
4° Droit de consentir au mariage 57
5° Droit de choisir un tuteur testamentaire 65
6° Droit d'exhérédation 70
7° Droit du père sur les acquisitions des enfants 82

III. — Modes d'extinction de la puissance paternelle 90
1° Indépendants de la volonté du *paterfamilias* 90
2° Dérivant de sa volonté 98

DROIT FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES 102

DROIT ANCIEN 104

CODE CIVIL. — Division du sujet 111

I. — A qui appartient la puissance paternelle 112

II. — Principaux attributs de la puissance paternelle par rapport a la personne de l'enfant 117
1° Droit au respect 117

2° Obligation de nourrir, entretenir et élever 120
3° Droit de garde..... 124
4° Droit de correction..... 126
5° Obligation alimentaire..... 133
6° Droit de choisir un tuteur testamentaire..... 137
7° Droit d'émancipation 139
8° Droit de consentir à l'adoption..... 145
9° Droit de consentir au mariage et d'y former opposition .. 148

III. — Participation de la mère a la puissance paternelle..... 154
1° Ses pouvoirs pendant que le père exerce la puissance paternelle 154
2° Ses pouvoirs quand que le père vient à manquer..... 159

CONCLUSION..... 172

POSITIONS 182

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

Toulouse, imprimerie Paul Privat, rue Tripière, 9. — 463