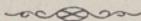


21629

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA
PUISSANCE PATERNELLE



THÈSE
POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

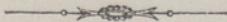
Le samedi 4 mai 1867, à 3 heures de l'après-midi

PAR

GUSTAVE LE MALLIER

AVOCAT

Né à Carentan (Manche), le 10 mars 1841



CAEN

F. LE BLANC-HARDEL, IMPRIMEUR-LIBRAIRE

RUE FROIDE, 2

—
1867

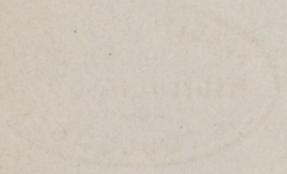
MISSING EVIDENCE

THESE

POOR DOCTORS

AND A NON-PROFIT

THEY ARE
A MA MURDER

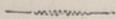


1917

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

1917

A MON PÈRE.



A MA MÈRE.

A. M. FARBER LIBRARY
A. M. FARBER

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

A M. L'ABBÉ LEBLOND.



A mon excellent ami Alfred Helie,

LICENCIÉ EN DROIT.

A. M. LARRETT LIBRARY

1875

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

CHICAGO, ILL.

A MES AMIS.

SUFFRAGANTS :

MM. BAYEUX, *Professeur*, *Président*.

FEUGUEROLLE, *Professeur*.

CAUVET, *Id.*

BERTAULD, *Id.*

CAREL, *Id.*

PRÉFACE.

Les lois qui dérivent du rapport du Créateur à la créature sont absolues, universelles, éternelles : aussi les devoirs qu'elles imposent sont-ils eux-mêmes universels et imprescriptibles. Tandis que les souverainetés chez les peuples barbares ou civilisés ont tour à tour été en honneur et méprisées, édifiées et abattues par l'ambition des hommes, l'*autorité paternelle*, marquée du sceau divin, est restée inviolable.

Elle est la seule autorité humaine vraiment et uniquement fondée en nature, la seule qui ne soit ni acquise, ni conquise, ni octroyée, ni convenue. Elle est native dans le père et innée à la paternité, et elle existe, que l'enfant la reconnaisse ou non, tant que la paternité existe elle-même. Son caractère est sacré, car les parents ne sont pas les auteurs de la vie qu'ils donnent ; ils l'ont reçue et la transmettent : en procréant, car ils ne créent point, ils tiennent la place du Créateur, dont ils sont les ministres. La puissance

inhérente à leurs fonctions n'est donc pas plus à eux que la vie, elle trouve sa sanction et sa règle dans la source supérieure d'où elle dérive.

Le droit naturel accorde au père une autorité très-étendue sur ses enfants, mais seulement en ce qui regarde leur éducation morale et physique : il doit corriger leurs défauts, développer leurs qualités naturelles, les habituer de bonne heure au travail et à l'accomplissement de tous les devoirs qui les rendront plus tard utiles à la société ; il doit exercer sur eux cette protection vigilante qui pourvoit à tous leurs besoins, et leur procurer le double bienfait de la nourriture du corps, en leur donnant le pain de chaque jour, et de la nourriture de l'âme, en les initiant, autant que sa position le permet, à la vie intellectuelle et morale par l'instruction.

Telle est la mission que la nature impose au père de famille ; et pour lui faciliter sa tâche, aussi bien que pour le récompenser de ses labeurs, elle lui reconnaît certains droits imprescriptibles et inviolables. Le père a droit au respect et à l'obéissance de son enfant ; comme son initiateur à la vie morale, il peut user de son autorité pour exiger une soumission absolue à ses ordres ; il peut encore disposer de sa liberté, non pour l'aliéner dans un intérêt égoïste, mais pour l'assujettir à la direction qu'il trouve la plus sage et la plus utile à son perfectionnement moral et physique.

Voilà les larges bases sur lesquelles le droit naturel a établi l'autorité paternelle ; mais quelle distance entre ce pouvoir si sage et si modéré et cette autorité arbitraire et despotique créée par le droit civil en faveur du père !

DE LA PUISSANCE PATERNELLE CHEZ LES HÉBREUX.

Dans les temps antérieurs à Moïse, le père jouissait d'une puissance absolue sur ses enfants. Le premier, le législateur hébreu posa des limites raisonnables à l'autorité paternelle : il lui ôta tout droit de vie et de mort. C'était au grand Conseil seul qu'il appartenait de juger le fils rebelle, et, pour le mettre en accusation, il ne suffisait pas que le père ou la mère l'eussent dénoncé, il fallait que tous deux se présentassent ensemble (1) ; or, cette garantie, sans parler des autres garanties ordinaires de la justice et des formalités minutieuses exigées pour ce cas particulier, était, sans contredit, exclusive de tout abus.

Le père ne pouvait dépouiller complètement son fils du patrimoine, car la propriété foncière qui formait l'héritage de la famille ne s'aliénait jamais d'une manière absolue. Il avait la faculté de disposer des biens meubles, ou des propriétés ache-

(1) Deuteron., XXI, 19. *De Synedriis*.)

tées à charge de restitution, et de les faire passer par donation sur la tête d'autrui, mais non pas sur la tête d'un de ses fils aux dépens des autres. S'il voulait favoriser un de ses enfants, il le pouvait faire en le rendant propriétaire de sa portion propre et en l'instituant curateur de celle de ses frères, qui plus tard rentraient dans leurs droits.

A tout âge, un fils hébreu aurait dû refuser à son père l'accomplissement d'un ordre contraire à la loi: que le fils qui voit son père commettre des fautes y prenne garde et ne fasse point de choses semblables, dit Ézéchiél.....; qu'il suive les commandements, qu'il reste dans la loi et il ne sera point coupable (1).

Le père ne devait pas faire peser durement son pouvoir sur ses enfants, mais les corriger avec zèle, en s'efforçant de leur rendre aussi doux que possible le chemin de la vie, attendu que les voies de la sagesse ne sont que prospérités (2).

La puissance paternelle cessait de droit à la majorité, qui était de deux espèces pour les garçons: l'une, à treize ans, donnait déjà un certain rôle au jeune homme dans la société, il pouvait contracter sous les yeux de son père, mais elle lui imposait l'observation scrupuleuse de tous les préceptes de la loi; l'autre, à vingt ans, donnait

(1) Ézéchl., XVIII, 44. — Talmud, Babylon., *De Sponsalib.*, cap. 1.

(2) Talmud, *loc. cit.* — Prov. III, 7.

le caractère de parfait citoyen. L'exemple le plus remarquable du droit qu'on leur reconnaissait est celui du jeune Tobie, qui contracta un mariage qui devait plaire à ses parents, mais sans avoir besoin de leur permission (1).

La nature du climat avait fait fixer la puberté des filles à douze ans et demi. « Alors ces jeunes citoyennes, dit M. Pastoret, appartenaient plus particulièrement à la société, qui réclamait d'elles l'exécution d'un devoir, auquel la puissance paternelle n'avait le droit ni la possibilité de les soustraire » (2). Elles devenaient propriétaires du fonds et de l'usufruit des biens qui leur arrivaient par hérédité ou par tout autre moyen légal. Le père administrait ces biens, mais il n'en consommait pas les fruits, afin qu'il ne fût poussé par aucune raison à mettre un retard illimité au choix de l'époux (3).

Le principal devoir national consistait à inspirer aux enfants l'amour des lois et de la patrie. Mais pour aimer ces lois, il faut les connaître, et pour donner aux enfants cette connaissance et cet amour, il y a un moyen sûr, c'est que les pères l'aient eux-mêmes. Au sortir du berceau, on apprenait à l'enfant à lire et à écrire, et c'était

(1) Tobie, VII.

(2) *Hist. de la législation*, t. III, p. 523).

(3) Mischna, t. III, *De dote litterisque matrimonial.*, cap. III, 4.—
Bartenora.

une obligation pour tout Hébreu d'écrire, au moins une fois dans sa vie, le livre de la loi (1).

Les lévites, entre autres, s'occupaient à enseigner la loi : cela formait une partie naturelle des fonctions conservatrices auxquelles on les avait voués. Mais, loin que ce devoir fût un privilège exclusif, on accordait le plus grand honneur aux hommes zélés qui s'appliquaient à instruire le peuple : « Veritatem eme, et ne vendas, » dit l'auteur des Proverbes : « Eme sapientiam, eruditionem, intelligentiam » (2).

Lorsque l'enfant avait dépassé sa cinquième année, le père le conduisait dans les assemblées pour qu'il entendît lire la loi et discuter sur les choses d'intérêt public. Après ses dix ans on devait le mettre aux réglemens de jurisprudence, aux développemens des choses qui n'étaient qu'indiquées dans les cinq livres. A quinze ans, il comparait les opinions diverses, il discutait et proposait lui-même son avis. Enfin, à dix-huit ans était l'époque ordinaire de son mariage (3). Toutes ces obligations n'excluaient pas les autres études, et indépendamment de ces études civiques, il

(1) « Præceptum affirmativum obligat universos Israëlitas, ut describat quilibet librum legis sibi ipse. » (Mæmonide, *Actor tephil.*, cap. vii.)

(2) Proverb., XXIII, 23.

(3) Mischna, t. IV, *Capita patrua*, cap. v, § 21. — Bartenora, Leusdenius, Fagius. — Pastoret, *Hist. de la législat.*, t. IV.

était ordonné de rendre les jeunes gens propres à la plupart des exercices utiles. Ils avaient des jeux guerriers, et quelle que fût la fortune des pères, ils devaient une profession à leurs fils, car le travail était d'obligation pour tout Israël; l'homme qui ne fait pas apprendre un état quelconque à ses enfants, agit, disent les Talmudistes, comme s'il les élevait au brigandage (1).

Les filles, instruites sous les yeux maternels, passaient dès l'âge nubile à l'état de femmes : que jamais, dit le Deutéronome, leurs pères ne les donnent pour épouses à des vieillards, ce serait les prostituer.

De même que l'on doit un culte à l'Éternel, on en doit un également à ses parents : aussi Moïse recommande-t-il le culte filial aux enfants dans les mêmes termes que celui que l'on rend à Dieu, et promet-il pour tous deux la même récompense : Honore ton père et ta mère, dit-il, afin que tes jours soient prolongés sur la terre. Or, pour honorer son père et sa mère, disent ces docteurs, il ne faut jamais prendre leur place, ne point contrarier leurs discours, ni les appuyer avec affectation ; il faut les conduire dans leur âge avancé et accomplir tout ce qui peut leur être utile ou leur plaire. Quand les parents manquent de biens

(1) *De Sponsalibus*, cap. 1.

et que les enfants en ont acquis, ils leur en doivent une part convenable (1).

Enfin, après avoir consolé leur vieillesse, ils reçoivent leur bénédiction, ferment leurs paupières et les accompagnent au champ du repos pour les réunir aux ossements de leurs aïeux.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE A ATHÈNES ET A SPARTE.

D'après les dispositions des lois anciennes, et alors que les peuples sont encore dans leur enfance, l'autorité paternelle n'était pas ce pouvoir vénéré dont nous avons parlé, mais une supériorité irresponsable qui fixait les rapports de la famille d'après le même principe qui gouvernait l'État : la dictature. Le caractère si sacré de la puissance paternelle était remplacé par un caractère odieux qui donnait le droit de propriété; et si la nature n'avait gravé dans le cœur des pères des sentiments de tendresse qu'aucun abus ne peut entièrement étouffer, on eût infailliblement vu se produire des crimes que la loi autorisait et qui, on doit le dire, ont été heureusement assez rares.

Cette puissance absolue du père sur ses enfants est admise par la législation de tous les peuples de l'antiquité, et il est vraisemblable que dans les

(1) Mischna, t. IV, *De dote litterisque matrimon.*, cap. iv, § 4. — *De Sponsalib.*, I.

premiers temps de la cité d'Athènes, alors que rien n'était encore venu adoucir la rudesse des mœurs, et que la civilisation n'avait mis aucun frein à la violence des passions, elle eut une extension aussi grande. Le père alors avait droit de vie et de mort sur ses enfants : il pouvait les vendre comme esclaves, et s'il avait des créanciers qu'il ne pût arriver à désintéresser, ces derniers, ayant un gage tacite sur la famille du débiteur, pouvaient réduire en esclavage le père et les fils. Le droit d'exposer les enfants qu'on ne pouvait élever était aussi permis, et la personne qui se chargeait ainsi de nourrir l'enfant abandonné à la charité douteuse du public, acquérait sur lui un droit incontestable. Sans doute, il ne devenait pas esclave; en prouvant sa qualité d'ingénu, à quelque époque que ce fût, il pouvait sortir de l'état de dépendance où il était; mais, afin de compenser autant que possible les dépenses qu'il avait occasionnées, il devait par son travail et son industrie, arriver à rembourser intégralement ce qu'il avait coûté.

A Athènes, le pouvoir du père était extrême sans doute, mais au moins il trouvait une garantie dans l'affection si naturelle du père pour ses enfants, et s'il avait la faculté de les élever ou de les exposer, du moins il était libre. A Sparte, au contraire, les sentiments les plus ordinaires et les plus respectables étaient méconnus, et

l'enfant, élevé plutôt pour l'État que pour sa famille, n'avait le droit de vivre que si sa constitution promettait assez, pour qu'il fût reconnu par un conseil de vieillards capable de former plus tard un défenseur de la patrie ; autrement, il était, à peine entré dans la vie, précipité dans un gouffre, sans que les plaintes du père pussent trouver quelque écho de compassion dans le cœur de ces vieillards. Avec de semblables idées, il n'est pas étonnant de voir que la manière dont on élevait les jeunes gens prenait un caractère tout guerrier.

Les jeunes filles elles-mêmes n'étaient pas à l'abri de ce genre d'éducation, qui du reste était en parfaite harmonie avec la rudesse des mœurs, et nous trouvons dans la *Vie de Lycurgue*, par Plutarque (1), de longs détails sur la manière dont elles étaient élevées.

Une fois que le droit de vivre était accordé à l'enfant, grâce à ce que la nature l'avait bien conformé et avait promis de faire de lui un citoyen vigoureux, le droit de faire son éducation n'appartenait pas exclusivement à son père : c'étaient encore les magistrats qui étaient chargés de la surveiller, et avaient le droit de correction.

A Athènes, le même droit de surveillance appartenait également aux magistrats, mais celui de

(1) *Vie de Lycurgue*, § 31.

direction était absolument et entièrement réservé au père, qui était parfaitement libre de faire embrasser telle ou telle carrière à son fils.

Il est étonnant que chez un peuple aussi lettré que l'était le peuple athénien, l'étude des belles-lettres ait tenu une place aussi restreinte dans l'éducation des jeunes gens. Les exercices corporels, la musique et la poésie, qu'ils confondaient jusqu'à un certain point, remplissaient à peu près complètement le programme à suivre ; et quand Socrate proposa d'y joindre la politique et la dialectique, cette mesure parut très-impopulaire, et ce ne fut que lors de la décadence d'Athènes que l'art oratoire s'y introduisit.

Le fils, à Athènes, pouvait avoir des biens distincts de ceux de son père : par exemple, la succession de sa mère qu'il pouvait recueillir seul, à l'exclusion de tous autres, et dont il avait la pleine et entière disposition à sa majorité, qui arrivait à vingt ans. Jusqu'à cette époque, le père conservait l'administration des biens de ses enfants, et intentait les actions qui s'y rattachaient en son propre nom ; pour établir une sorte de compensation pour les soins qu'il avait donnés à son fils, il avait la jouissance de ces mêmes biens. Il pouvait disposer des esclaves et des meubles, quitte à en rembourser plus tard le prix ; mais quant aux immeubles, il ne pouvait les aliéner qu'avec l'autorisation de l'archonte éponyme.

Une hypothèque légale frappait les biens des tuteurs. Ceux des pères qui administraient la fortune de leurs enfants demeuraient libres, parce qu'on supposait que l'amitié qu'ils devaient avoir pour eux les amènerait nécessairement à n'exercer qu'une bonne et sage administration.

Quand le fils mourait sans laisser de postérité, le père excluait ses autres enfants, frères du défunt, dans sa succession, qui lui arrivait de plein droit sans qu'il fût obligé de l'accepter.

Ce fut Solon le premier qui introduisit à Athènes le droit de tester ; mais, loin d'être général, ce droit fut restreint, et ne l'eurent complètement que ceux qui n'avaient pas d'enfants mâles. Ceux même qui avaient des filles devaient les léguer en même temps que leurs autres biens, de sorte que le père ne pouvait tester que sous la condition d'instituer son gendre héritier. Si, cependant, le père avait fait un testament tout en ayant des enfants mâles, et qu'ils vinssent à mourir avant lui, ou même qu'ils lui survécussent mais décédassent avant leur majorité, ce testament était valable.

Si le fils outrageait son père, ce dernier pouvait le déshériter, mais c'était l'archonte qui prononçait sur ce cas et décidait si l'injure était assez grave pour permettre au père d'user d'un moyen aussi rigoureux. Dans son testament, le père de famille pouvait disposer de la tutelle de ses enfants et léguer des dots à ses filles. Remarquons

que l'aîné des enfants, grâce à sa primogéniture, pouvait réclamer, comme devant faire partie de son lot, la maison paternelle.

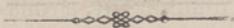
Les lois, à Athènes, refusaient aux femmes le droit de faire un testament.

Si le père ne pouvait pas toujours tester, il avait le pouvoir de faire des donations entre-vifs, et ainsi, s'il avait des motifs de mécontentement contre ses enfants, il trouvait le moyen de les punir en disposant, de son vivant, d'une partie ou même de la totalité de ses biens, car nous n'avons vu nulle part qu'on pût le forcer à restreindre ses libéralités.

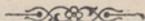
La majorité commençait, avons-nous dit, à vingt ans. A cette époque, le fils devenait indépendant et jouissait de la plénitude des droits politiques. Il pouvait se marier à son gré, sans consulter son père, l'appeler en justice sans la permission du magistrat et même intenter une action publique contre lui. Il n'y avait plus alors, entre le père et le fils, que les liens qui les rattachaient l'un à l'autre d'après le droit naturel et le culte des dieux, car le chef de famille continuait toujours à offrir les sacrifices.

L'enfant devait nourrir son père, sa mère et ses ascendants tombés dans le besoin, sous peine de la dégradation civique, châtement fort grave à Athènes, à moins que le père n'eût été cause du déshonneur de son fils, ou qu'il eût négligé de

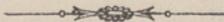
lui faire apprendre un état. Les filles, à défaut de frères, devaient pourvoir aux besoins de leurs parents, et toujours les enfants devaient leur faire rendre les honneurs funèbres.



DROIT ROMAIN.



DE LA PUISSANCE PATERNELLE.



Lors de sa fondation , Rome était entourée de peuples hostiles, parmi lesquels le vainqueur avait coutume de dépouiller le vaincu de ses dieux paternels , de ses biens , de sa liberté.

Les graves dangers auxquels se trouvait exposée cette cité naissante rendaient nécessaire l'union ferme et perpétuelle de tous ses membres, et exigeaient de leur part un dévouement absolu à la patrie.

C'est pour atteindre sûrement ce but que la puissance paternelle, fortifiée par la religion et par la politique, donna au père un pouvoir absolu sur la personne et sur les biens de ses enfants.

Devenue la base de l'organisation de la cité, elle a mérité de servir de modèle à la puissance du patron sur ses clients et à celle de Rome victorieuse sur les peuples vaincus. Lorsque ses conquêtes ont rejeté loin des murs de la cité romaine les périls de la guerre, on voit alors le sentiment de la personnalité humaine revendiquer ses droits et même franchir, à une certaine époque, surtout en ce qui concerne l'autorité du mari sur sa femme, toute espèce de limites. Mais la puissance paternelle, tout en s'affaiblissant avec les progrès de la civilisation, est toujours demeurée en harmonie parfaite avec les nécessités de l'ordre social.

Lorsque la dissolution des mœurs a, vers la fin de la République, envahi la cité romaine, la seule puissance qui reste debout et respectée est celle du père sur ses enfants, et cette puissance suffit encore, au milieu du désordre des divorces et des guerres civiles, pour maintenir les liens de la famille et la grandeur de Rome.

La puissance paternelle était donc le droit absolu que le père avait sur la personne et sur les biens de ses enfants. C'était un droit civil qui n'appartenait par conséquent qu'aux citoyens romains (1).

Quant à la mère, elle n'avait aucune puissance sur ses enfants (2) ; souvent elle leur reste civile-

(1) G. C. I, § 55.

(2) F. 196, *De verbor. significat.*, D. 50-16.

ment étrangère, ainsi qu'à son mari, et demeure soumise à la puissance de son père de famille, quand elle est *alieni juris* ; si elle est *sui juris*, sa famille commence et finit avec elle (1). Ce n'est que lorsqu'elle passe *in manum mariti* qu'elle entre dans la famille de son mari, où elle est considérée comme sœur de ses propres enfants.

Nous diviserons cette étude en trois chapitres :

CHAPITRE I^{er}. — Comment s'acquiert la puissance paternelle.

CHAPITRE II. — Comment elle s'exerce sur la personne et sur les biens de l'enfant.

CHAPITRE III. — Comment elle finit.

CHAPITRE I^{er}.

COMMENT S'ACQUIERT LA PUISSANCE PATERNELLE.

La puissance paternelle s'acquiert de trois manières :

I. JUSTES NOCES. — Pour qu'il y ait justes noces, *conjunctio maris et feminae*, *consortium omnis vite*, *divini et humani juris communi-*

(1) F. 195, § 5, *De verbor. significat.*, D. 50-16.

catio (1), trois conditions sont indispensables : la puberté, le consentement tant des conjoints que celui généralement des pères de famille sous la puissance desquels ils se trouvent, enfin le *connubium*. Le *connubium*, ou capacité de s'unir avec une personne déterminée (2), est un droit civil, par conséquent exclusivement propre aux citoyens romains ; parfois cependant on l'accordait à certains étrangers (3).

L'effet le plus important des justes noces pour le mari, c'est de donner la puissance paternelle sur les enfants issus du mariage : *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus*, dit Justinien aux Institutes (4).

II. LÉGITIMATION. — Né hors des justes noces, l'enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle ; le faire passer sous cette puissance, tel est le but de la légitimation.

Ce fut seulement sous Constantin que les principes sur cette matière commencèrent à se former ; jusqu'à lui, aucun acte spécial n'avait eu pour but d'assimiler les enfants nés hors justes noces aux enfants légitimes, bien que les lois *Ælia Sentia* et *Junia* aient émis à cet égard

(1) Modestin : F. 4, *De ritu nuptiar.*, D. 23-2.

(2) Ulp. Reg., tit. V, § 3.

(3) Ulp. Reg., tit. V, §§ 4 et suiv.

(4) Instil., liv. I, tit. IX, pr.

quelques dispositions ; mais elles n'étaient faites que pour certains cas et se rattachaient aux droits de cité et à la législation sur les affranchis latins (1).

Les enfants issus du concubinat pouvaient seuls profiter du bénéfice de la légitimation. On entendait par *concubinat* le commerce licite d'un homme et d'une femme, sans qu'il y eût mariage entre eux (2). Toute autre union était illicite et qualifiée de *stuprum* ; les enfants qui en étaient issus n'avaient point de père aux yeux de la loi ; ils étaient *spurii, vulgò concepti*.

La légitimation par mariage subséquent est due à Constantin ; mais, jusqu'à Justinien, ce mode de légitimation ne fut qu'une mesure transitoire qui ne pouvait s'appliquer qu'aux enfants déjà nés dont les parents, au moment de la promulgation de la loi, transformeraient le concubinat en mariage. Ce fut Justinien qui généralisa l'institution : toute personne ayant des enfants nés hors mariage, d'une personne libre, put les légitimer par mariage subséquent ; nulle différence n'exista entre eux et les enfants qui naquirent après le mariage, sans examiner l'époque de la conception. Seulement, pour éviter toute difficulté sur l'inter-

(1) G., C. I., §§ 65 et 66 ; Ulp. Reg., tit. III, § 3.

(2) F. 3, § 1, *De concubinis*, D. 25-7 ; F. 34, pr., *Ad leg. Jul. de adult. coercend.*, D. 48-5 ; L. 5, in fine, *Cod., ad senatusc. Orfiti.*, 6-57.

prétation de la volonté des parents, il fallut dresser des actes dotaux (1).

Les obligations onéreuses auxquelles étaient assujettis les curiaux rendaient périlleux les honneurs de la curie, les privilèges attachés au titre de curial étaient loin de compenser les charges qu'il entraînait comme conséquence : aussi n'étaient-ils plus un appât suffisant pour engager les citoyens à entrer dans la curie. Dans le but d'y attirer de nouveaux membres, Théodose et Valentinien permirent au citoyen qui n'avait que des enfants naturels de les offrir à la curie de sa ville (2). Pour cela, il fallait donner à l'enfant la fortune exigée d'un décurion, vingt-cinq jugères de terrain.

Restreinte aux citoyens qui n'avaient que des enfants naturels, Justinien permit l'oblation à la curie, même quand on avait des enfants légitimes (3), *quoniam omni modo favendum est curiis civitatum.*

Pour légitimer les filles, on les mariait à un décurion, en leur donnant pour dot la quantité de terre exigée (4).

Vis-à-vis de son père, l'enfant naturel acquiert par la légitimation tous les droits d'un enfant lé-

(1) L. 40-44, Cod., *De natural. liberis*, 5-27.

(2) L. 3, Cod., *De natural. liberis*, 5-27.

(3) L. 9, § 3, Cod., *De natural. liberis*, 5-27.

(4) L. 3, in fine, Cod., *De natural. liberis*, 5-27.

gitime. Seulement, lorsqu'un homme meurt laissant des enfants légitimes et un enfant légitimé, celui-ci ne peut avoir dans les biens paternels qu'une part d'enfant légitime le moins prenant : *Minime patri licet, dit Justinien, per donationem vel ultimam voluntatem, amplius eidem filio naturali dare vel relinquere quam uni filio ex legitimo matrimonio procreato dederit vel reliquerit, cui minima portio data vel relicta sit* (1).

Dans la Nov. 89, chap. 2-7, Justinien a réglementé d'une manière complète la légitimation par oblation à la curie. Remarquons principalement la disposition d'après laquelle un enfant naturel peut, son père étant mort sans laisser de postérité légitime, s'offrir lui-même à la curie et devenir ainsi *legitimus et curialis*.

On peut encore s'adresser à l'Empereur pour lui demander un rescrit de légitimation, quand le mariage est impossible, soit à cause de la condition de la femme, soit parce qu'elle est mariée ou qu'elle refuse d'épouser le père de ses enfants (2). Un homme peut enfin en mourant demander à l'Empereur, dans son testament, de légitimer ses enfants naturels, quand il a été empêché de le faire autrement (3).

(1) L. 9, § 3, in fine, Cod., *De natural. liberis*, 5-27.

(2) Nov. LXXXIX, ch. ix.

(3) Nov. LXXXIX, ch. x.

III. ADOPTION. — Outre les justes noces et la légitimation, une troisième cause donne naissance à la puissance paternelle : c'est l'adoption.

Quand elle a pour effet de faire passer sous la puissance paternelle une personne *sui juris*, elle prend le nom d'*adrogation*. Une famille alors allait s'absorber dans une autre : aussi nécessitait-elle le consentement du peuple qui devait l'autoriser par une loi spéciale dans les assemblées par curies (1). Peu de temps après la loi des Douze-Tables, trente licteurs représentèrent fictivement les comices par curies, et sous l'Empire, au vote du peuple se substitua l'autorisation impériale.

Lorsqu'elle a simplement pour but de faire passer un fils de famille sous une puissance autre que celle de son père naturel, l'adoption conserve son nom générique.

Pour cela, on commençait par détruire la puissance paternelle du père naturel, en employant trois mancipations successives pour le fils, et une seule pour les autres descendants : *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*, disait la loi des Douze-Tables. Il y a donc ainsi sortie de l'ancienne famille. Pour faire entrer la personne qu'on veut adopter dans la nouvelle famille, on se rend devant le magistrat : l'adoptant

(1) G. C. I, § 99.

revendique l'enfant comme sien ; personne ne conteste, ni le père naturel . ni celui qui a passagèrement le *mancipium*, ni l'adopté lui-même ; il y a donc *cessio in jure*, le magistrat *addicit*, rend une décision conforme, et, par la force de la chose jugée, l'adopté se trouve sous la puissance paternelle de l'adoptant (1).

Sous Justinien, les formalités disparaissent : il suffit au père, au fils et à l'adoptant de déclarer sa volonté devant le magistrat compétent ; mais, comme l'adopté doit consentir ou du moins ne pas contredire, on ne pourra jamais adopter un absent (2).

L'adopté sortait de sa famille naturelle, à laquelle il devenait tout-à-fait étranger, pour acquérir dans sa nouvelle famille les droits de parenté civile et de succession ; l'émancipation, l'exhérédation pouvaient le priver des droits que l'adoption lui avait fait acquérir dans sa famille adoptive, et, dans ce cas, il n'avait plus aucun droit, ni dans son ancienne, ni dans sa nouvelle famille.

L'adoption, sous Justinien, ne présente plus ces inconvénients (3) ; elle ne transfère la puissance paternelle à l'adoptant que lorsqu'elle est faite par un ascendant ; dans toute autre hypo-

(1) Ulp. Reg., tit. VIII, § 5 ; G. C. I, § 134 ; F. 5-42, *De adopt.*, D. 1-7 ; l. 4, Cod., *De adopt.*, 8-48.

(2) L. 44, Cod., *De adopt.*, 8-48 ; F. 24, *De adopt.*, D. 1-7.

(3) *Instit.*, liv. I^r, tit. XI, § 2.

thèse, elle ne fait qu'acquérir à l'adopté des droits de succession *ab intestat* dans sa famille adoptive, tout en lui conservant les droits d'héritier sien dans sa famille naturelle.

CHAPITRE II.

COMMENT S'EXERCE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LA PERSONNE ET SUR LES BIENS DE L'ENFANT.

Après avoir examiné comment la puissance paternelle prenait naissance, il nous faut considérer maintenant quelle était son étendue sur la personne et sur les biens de l'enfant.

I. SUR LA PERSONNE. — Dans l'origine, les droits sur la personne sont des plus étendus; le père de famille est propriétaire de ses enfants: il en peut disposer comme bon lui semble, les mettre à mort, les vendre, en faire abandon noxal, les exposer (1).

L'histoire nous cite plus d'un exemple de l'exercice de ce droit exorbitant. Les mœurs vinrent peu à peu apporter des adoucissements à cette fé-

(1) F. 44, in fine. *De liber. et posthum. heredib. instituend. vel exheredand.*, D. 28-2; G. C. I., § 117; l. 10, Cod., *De patr. potest.*, 8-47.

roce prérogative, les lois la firent enfin disparaître. Ce fut la puissance impériale qui porta les premières atteintes au droit de vie et de mort qu'avait le père sur ses enfants. Un père avait traité inhumainement son fils ; Trajan le contraignit à l'émanciper (1). Adrien condamna à la déportation un père qui, à la chasse, avait tué son fils, qu'il soupçonnait d'adultère avec sa belle-mère (2). Du temps d'Ulpien, un fils ne peut être condamné à mort sans avoir été entendu par le magistrat devant lequel le père doit l'accuser (3). Sous Alexandre-Sévère, le père, lorsque la conduite de son fils mérite une répression sévère, doit le traduire devant le magistrat, qui prononcera (4).

Le droit de vie et de mort, primitivement sans autre contrôle entre les mains du père que celui d'un tribunal de famille, rencontra des palliatifs dans les mœurs et dans les lois, et Constantin vint lui porter un dernier coup, en punissant le père meurtrier de son fils comme le parricide lui-même, que l'on renfermait dans un sac avec un chien, un coq, une vipère et une chienne, et que l'on jetait ensuite à l'eau (5).

Le père conserva plus longtemps le droit de

(1) F. 5, *Si a parente quis manumissus sit*, D. 37-42.

(2) F. 5, *ad legem Pomp.*, D. 48-9.

(3) F. 2, *ad leg. Cornel., de sicar. et venefic.*, D. 48-8.

(4) L. 3, Cod., *De patr. potest.*, 8-47.

(5) L. unic., Cod., *De his qui parentes vel liberos*, 9-17.

vendre ses enfants. Il pouvait vendre ses fils trois fois, ses filles et ses petits-enfants une seule fois ; ceci avait été établi par la loi des Douze-Tables (1).

Du temps de Gaius, la vente des enfants fut le plus souvent fictive et n'eut d'autre but que de les libérer de la puissance paternelle (2). Paul nous dit que la vente réelle ne se faisait plus que dans le cas d'extrême misère (3) ; et, d'après une constitution de Dioclétien et de Maximien, le père ne put ni vendre, ni donner ses enfants, pas même en faire un gage (4). Enfin, Constantin ne toléra de pareilles ventes qu'en cas de dénûment absolu et au moment même de la naissance, *dum sanguinolentos vendiderit*. Toute personne pouvait alors rendre à l'enfant l'exercice de sa liberté en remboursant le prix qu'il avait coûté, ou en donnant un autre esclave à sa place (5).

L'abandon noxal tomba peu à peu en désuétude et les Institutes nous apprennent qu'il n'existe plus (6).

Quant à l'exposition des enfants, une constitution de Valentinien punit de mort le père qui agit ainsi (7).

(1) G. C. I., § 132.

(2) G. C. I., §§ 117 et 118.

(3) Paul, *Sent.*, liv. V, tit. I, § 1.

(4) L. 1, Cod., *De patr. qui fil. suos distrax.*, 4-43.

(5) L. 2, Cod., *De patr. qui fil. suos distrax.*, 4-43.

(6) *Instit.*, liv. IV, tit. VIII, § 7.

(7) L. 2, Cod., *De infant. exposit. liber. et serv.*, 8-52.

II. SUR LES BIENS. — Sur les biens, la puissance paternelle est tout aussi étendue, à l'origine, que sur les personnes; mais peu à peu aussi elle eut à subir de graves atteintes.

Le père de famille est seul propriétaire: seul il peut acquérir, il peut contracter; son fils, comme son esclave, n'a pour ainsi dire pas de personnalité propre: tout ce qu'il acquiert appartient au père sans aucune distinction. Capables d'acquérir pour le père de famille, le fils ni l'esclave ne peuvent l'obliger, même par leur délit; le père de famille poursuivi peut en faire l'abandon noxal et se libérer ainsi de l'obligation de réparer le préjudice causé.

Quoique tous deux soient également la chose du père de famille, il ne serait cependant pas exact d'assimiler en tous points le fils de famille à l'esclave. L'incapacité de l'esclave est complète; entre les mains du père de famille, il n'est qu'un instrument. Le fils de famille, au contraire, a une personnalité à lui propre: civilement il est capable: contracter de justes noces, être témoin dans un testament, stipuler, promettre, tout cela lui est permis. Il a stipulé, aux yeux de la loi, il est véritablement créancier; il a promis, on a le droit de le poursuivre (1).

(1) F. 44 et 45, *De pecul.*, D. 15-1; F. 8, § 4, *De acceptation.*, D., 46-4.

Ce qui lui manque, c'est un patrimoine qui réponde de ses obligations, qui serve de gage à ses créanciers et faute duquel le droit de le poursuivre est entre leurs mains une lettre-morte, un droit pour le moment purement illusoire, mais qui, plus tard, lorsqu'il sera devenu père de famille, leur permettra de réclamer avec fruit l'exécution des obligations qu'il a contractées à leur égard. Aussi en vient-on, pour le protéger contre les obligations qu'il avait contractées et dont plus tard on lui demandait l'exécution, à lui accorder en connaissance de cause, lorsqu'il était émancipé ou déshérité, ce que les commentateurs ont appelé *le bénéfice de compétence*, c'est-à-dire qu'il n'était condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in id quod facere potest* (1).

Le sénatus-consulte Macédonien, qui date de Claude ou de Vespasien, défendait de prêter aux fils de famille et déclarait qu'ils ne seraient pas tenus de rembourser les sommes d'argent qu'ils auraient empruntées, soit avec, soit sans intérêt (2). A proprement parler, comme on le voit, il n'établissait pas une incapacité d'emprunter, seulement il refusait toute action au créancier.

D'où vient le nom de ce sénatus-consulte ? Ulpien nous apprend que c'est du nom d'un fa-

(1) F. 2, *Quod cum eo, qui in alien. potest. est*, D. 14-5.

(2) *Instit.*, liv. IV, tit. VII, § 7.

meux usurier, Macedo, qui prêtait de l'argent aux fils de famille (1). Or, il eut pour but précisément d'empêcher les enfants, accablés par les dettes d'argent qu'ils dissipaient follement, d'attenter à la vie de leurs parents.

L'action en remboursement était donc refusée au prêteur et à ses héritiers, quand le *mutuum* avait été fait à un fils de famille. Sous cette dénomination, on comprenait toutes les personnes qui étaient immédiatement ou médiatement sous la puissance paternelle (2); mais le sénatus-consulte n'était pas applicable aux biens dont ils avaient la libre administration, comme les pécules castrans et quasi-castrans.

Ajoutons que la prohibition ne portait que sur le *mutuum* d'argent monnayé, parce que c'est le contrat usité avec les usuriers; et pour tous les autres emprunts faits par un fils de famille, on appliquait les règles ordinaires, à moins qu'on n'eût caché un prêt d'argent sous une autre forme (3).

Le père de famille pouvait ratifier l'emprunt fait par son fils expressément, ou bien tacitement, par une constitution de gage, par exemple, ou un paiement fait sans opposer le bénéfice du sénatus-

(1) F. 1, pr., *De sc. Macedoniano*, D. 14-6.

(2) F. 9, § 2, *De sc. Mac.*, D. 14-6; F. 14, *De sc. Mac.*, D. 14-6; L. 6, § 1, *Ad sc. Macedonianum*, 4-28.

(3) F. 7, § 3, *De sc. Mac.*, D. 14-6.

consulte. La ratification ne pouvait pas émaner du fils seul, tant qu'il était *in potestate*, et le chef de famille aurait pu reprendre, *condicere quasi indebitum*, les sommes payées sans son autorisation.

Dans quelques hypothèses, l'équité exigeait qu'on ne pût user du bénéfice du sénatus-consulte macédonien. Il en était ainsi quand le prêt avait eu lieu du consentement du père (1); quand l'argent avait été employé dans l'intérêt de ce dernier, l'action prenait alors le caractère de *in rem verso* jusqu'à concurrence de l'avantage retiré (2); quand le fils absent du domicile paternel « *studiorum vel legationis causa*, » empruntait en cas de nécessité, mais dans des limites raisonnables (3); enfin, quand le prêteur avait de justes raisons de penser qu'il traitait avec un chef de famille (4).

Que décider quand le fils de famille avait emprunté à un impubère? S'il n'y avait pas eu *auctoritas tutoris*, le prêteur reprenait son argent, le *mutuum* n'existait pas; si l'*auctoritas* avait eu lieu, le droit honoraire donnait cependant la *restitutio in integrum* à l'impubère créancier. La faveur de l'âge l'emportait alors sur les règles du sénatus-consulte; s'il y avait minorité des deux

(1) F. 12, *De sc. Mac.*, D. 14-6.

(2) F. 7, § 12, *De sc. Mac.*, D. 14-6.

(3) F. 7, § 13, *De sc. Mac.*, D. 14-6.

(4) F. 3, 19, *De sc. Mac.*, D. 14-6; L. 1, 2, 4, 7, *Cod.*, *Ad sc. Mac.*, 4-28.

parties, prêteur et emprunteur, on disait: « *Melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatæ tempore*, is qui accepit » (1); la position la plus avantageuse est celle de l'emprunteur qui a consommé l'argent, à moins qu'il ne se trouve être plus riche au moment de la *litis contestatio*. Enfin, si le prêt était fait par un fils de famille, bien qu'il eût la *libera peculii administratio*, le père pouvait revendiquer les pièces de monnaie remises à l'emprunteur; car, dit Ulpien, on ne confie pas le pécule au fils pour qu'il le perde (2).

Les actions d'injures (3), de dépôt (4), de commodat, étaient accordées au fils de famille par le prêteur, qui lui délivrait une formule *in factum* (5). Enfin l'action *furti* lui appartenait également dans le cas où on lui avait volé une chose dont il était locataire ou commodataire (6).

Quand le fils de famille avait traité avec un tiers, sur l'ordre de son père, il n'était pas équitable que le père de famille pût se soustraire à l'exécution d'obligations contractées par son fils,

(1) F. 3, § 2, *De sc. Mac.*, D. 14-6; F. 34, pr., *De minorib.*, D. 4-4.

(2) F. 3, § 2, *De sc. Mac.*, D. 14-6.

(3) F. 17, § 10, *De injur. et famos. libell.*, D. 47-10.

(4) F. 19, *Depositum vel contra*, D. 16-3.

(5) F. 9, *De obligationib. et actionib.*, D. 44-7.

(6) F. 14, § 16, *De furiis*, D. 47-2.

d'après son ordre formel : aussi était-il soumis, dans ce cas, à l'action *quod jussu* (1).

L'action *exercitoire* permettait de poursuivre l'exécution des obligations contractées dans l'exercice de ses fonctions et pour les besoins de son administration, par le fils auquel le père de famille a confié la direction d'un navire (2).

Les actes faits dans les limites de son pouvoir par le fils que le père a mis à la tête de son commerce, engageaient aussi sa responsabilité et le rendaient passible de l'action *institoire* (3).

Il n'eût pas été juste que le père de famille, qui tirait de grands avantages des spéculations heureuses de son fils, pût échapper aux conséquences qu'entraînait une administration malheureuse : aussi répondait-il entièrement de la gestion de son fils vis-à-vis des tiers dans les trois hypothèses qui donnaient naissance aux actions dont nous venons de parler.

Dans l'ancien Droit romain, le fils de famille ne pouvait rien avoir en propre, mais cette incapacité reçut peu à peu diverses modifications. Ainsi, souvent le père de famille confiait à son fils un petit patrimoine dont il lui abandonnait l'usage avec des pouvoirs plus ou moins étendus ; le *pécule*, tel est le nom donné à cette portion de biens confiée au

(1) F. 1, pr., *Quod jussu*, D. 15-4.

(2) F. 1, *De exercitor. action.*, D. 14-1.

(3) F. 3, *De institor. action.*, D. 14-3.

filis, a été comparé à un homme : il naît, il croît, il meurt, nous dit Marcien (1).

On appelait le pécule *profectice* parce qu'il venait du père, *quod proficiscitur a patre* ; et il pouvait comprendre toute espèce de biens. Concédé au fils, il lui donnait en quelque sorte une personnalité propre ; les dettes qu'il contractait diminuaient le pécule, comme les biens qu'il acquérait l'augmentaient.

Si le père pouvait donner un pécule à son fils, il était toujours maître de le reprendre ou de le diminuer quand bon lui semblait. Le fils ne devenait pas propriétaire, on le regardait simplement comme un gérant, représentant la personne de son père, qui toujours pouvait augmenter ou diminuer ses attributions (2).

Le fils pouvait-il aliéner le pécule ? Tout dépendait de la volonté du père de famille, car le droit d'aliéner n'était pas inhérent à la constitution du pécule : remarquons cependant qu'il y avait des circonstances dans lesquelles l'aliénation était nécessairement autorisée, comme quand le fils était mis à la tête d'un commerce, par exemple.

En donnant un pécule à son fils, le père, à moins d'une défense formelle, lui en accordait toujours la *libre administration*, tandis que pour que l'es-

(1) F. 40, pr., *De peculio*, D. 45-1.

(2) F. 4, pr., *De peculio*, D. 45-1.

clave l'eût, il fallait qu'elle fût expressément donnée (1). Mais ni l'un ni l'autre ne pouvaient faire une donation ou hypothéquer le pécule, pour la dette d'autrui, sans une autorisation spéciale et formelle (2).

Le fils de famille pouvait cautionner une tierce personne pour une dette quelconque (3), faire un compromis à l'égard du pécule, accepter des arbitres pour terminer une contestation, déférer le serment extrajudiciaire (4) et figurer en justice (5).

Quand il s'agit du pécule *profectice*, ces principes sont encore applicables au temps de Justinien ; mais les empereurs apportèrent de grandes modifications dans la position des fils de famille. Ils furent véritablement propriétaires, ayant des biens propres, désignés sous le nom de pécules, pour se servir du vocabulaire déjà adopté ; mais leur condition fut bien différente.

La loi Julia donna aux filles de famille une action pour forcer le père de famille à leur fournir une dot (6).

Aux fils de famille on accorda la propriété de

(1) F. 7, § 1, *De peculio*, D. 15-1 ; L. 10, Cod., *Quod cum eo qui*, 4-26.

(2) F. 7, pr., *De donat.*, D. 39-5 ; F. 4, *Quæ res pignori*, D. 20-3.

(3) F. 3, § 9, *De peculio*, D. 15-1 ; L. 5, Cod., *Quod cum eo qui*, 4-26.

(4) F. 5, § 2, *De peculio*, D. 15-1.

(5) F. 24, *De iurejurando*, D. 12-2.

(6) F. 19, *De rit. nupt.*, D. 23-2.

ce qu'ils avaient acquis à l'occasion du service militaire (1). La personnalité du fils de famille fut alors constituée ; pour tout ce qui concerna son pécule *castrans*, c'est le nom qu'on lui donna, il fut père de famille (2).

Cet important privilège, qui n'était que le prélude de ceux dont on devait plus tard combler les soldats, fut d'abord accordé par Auguste, Nerva, Trajan, aux militaires sous les drapeaux.

Quelle était la composition du pécule *castrans* ? Il comprenait tout ce qui était donné au soldat, soit par ses ascendants, ses agnats ou ses cognats, quand il partait pour une expédition (3), tout ce que le fils acquérait à la guerre comme butin, les hérités venant des compagnons d'armes, *commilitones*, pourvu que le testament ne fût pas antérieur à l'entrée au service (4), et enfin Adrien décida que si une femme instituait son mari héritier pendant qu'il était au service, la succession rentrerait dans le pécule *castrans* (5).

Le droit le plus absolu sur leur pécule *castrans* était accordé aux fils de famille, qui pouvaient en faire ce que bon leur semblait : le vendre, le donner, en disposer par testament.

(1) F. 11, *De castrens. pecul.*, D. 49-17.

(2) F. 2, *De sc. Maced.*, D. 14-6.

(3) F. 4, 6, 11, *De castrens. pecul.*, D. 49-17.

(4) F. 5, 19, pr., *De castrens. pecul.*, D. 49-17 ; L. 4, Cod., *De castrens. pecul.*, 12-37.

(5) F. 13, 16, *De castrens. pecul.*, D. 49-17.

Si le fils venait à mourir sans avoir disposé de ses biens castrans, le père les prenait alors par droit de pécule, car, par une sorte de *postliminium*, il était réputé avoir toujours été propriétaire du pécule qu'il reprenait, et non par droit d'hérédité (1).

Remarquons l'importance de cette disposition : si le père prend les biens de son fils à titre d'héritier, il sera, comme tout héritier, tenu civilement et perpétuellement ; si au contraire il les recueille à titre de pécule, il ne sera tenu que pendant l'an utile, et jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il y aura dans le pécule (2).

Sous Justinien, lorsque le fils décède *intestat*, ce n'est plus le chef de famille qui vient au premier rang prendre le pécule castrans : on lui préfère les enfants du défunt qui l'excluent complètement, et à leur défaut ses frères et sœurs, avec lesquels il est admis à concourir (3).

Le pécule castrans n'était que le premier pas dans la voie des réformes que devait subir la puissance paternelle ; le pécule *quasi-castrans* vint apporter une nouvelle restriction aux droits du père de famille. Constantin l'introduisit en faveur des officiers du palais. Les biens que ces fonctionnaires reçoivent de la munificence impé-

(1) F. 2, 49, § 3, in fine, *De castrens. pecul.*, D. 49-17.

(2) F. 17, pr., *De castrens. pecul.*, D. 49-17.

(3) *Instit.*, liv. II, tit. XII, pr. ; Nov. 118, C. 2.

riale ou qu'ils acquièrent de leurs économies pendant l'exercice de leurs fonctions, leur appartiennent comme les biens castrans aux militaires (1).

Cette faveur fut successivement étendue par les successeurs de Constantin. Arcadius et Honorius, puis Léon et Anthénius, y firent rentrer les sommes gagnées dans les fonctions d'avocat ou d'assesseur des magistrats (2). Il en fut de même des biens des évêques, des clercs, *presbyteri aut diaconi* (3); seulement, pour eux, on ne regardait pas l'origine des biens acquis.

Justinien alla plus loin encore, et tout ce qui provient des libéralités impériales en faveur des fils de famille tombe dans le pécule quasi-castrans. Le fils de famille pouvait disposer entre-vifs de son pécule quasi-castrans; il n'en était pas de même par testament: pour en disposer ainsi, une disposition spéciale devait l'accorder. Justinien assimila complètement, sous ce rapport, le pécule quasi-castrans au pécule castrans; pour tous, la faculté de tester est la règle, et le testament par lequel on en dispose ne peut être attaqué par la plainte d'inofficio (4).

(1) L. unic., Cod., *De castrensi omnium palatinorum*, 12-31.

(2) L. 4, 14, Cod., *De advocatis*, 2-7.

(3) L. 34, 50, Cod., *De episcopis*, 1-3.

(4) L. 37, Cod., *De inofficios. testament.*, 3-28; L. 12, Cod., *Qui testament. facer. poss. vel non*, 6-22.

Le fils de famille qui avait embrassé la carrière des armes, ou celle des fonctions publiques, voyait seul sa position s'améliorer ; celle du fils qui était resté dans la vie privée était toujours à peu près la même ; il continuait à être l'instrument de la fortune paternelle. Cette anomalie ne pouvait durer longtemps ; la même pensée d'équité qui avait donné naissance au pécule quasi-castrans fit créer le pécule *adventice*. C'est encore à Constantin qu'il est dû : le fils de famille recueille les biens que laisse sa mère dans sa succession , il en est propriétaire, le père n'en a plus que l'usufruit (1).

Sous Honorius, le pécule *adventice* comprit encore les biens que laissaient au fils de famille les ascendants maternels (2), à quelque titre que ce fût ; Théodose II et Valentinien III y ajoutèrent les donations entre les fiancés, les donations *propter nuptias* et enfin les donations faites par un époux à l'autre (3) ; enfin, sous Justinien, tout ce que le fils de famille acquiert, à l'exception de ce qui provient de la chose du père, rentre dans le pécule *adventice* (4).

L'administration et la jouissance de ce pécule appartiennent au père de famille ; le fils n'en a

(1) L. 1, Cod., *De bonis maternis*, 6-60.

(2) L. 2, Cod., *De bon. matern.*, 6-60.

(3) L. 1 ; 2, 5, in fine, Cod., *De bonis, quæ liberis*, 6-61.

(4) L. 6, Cod., *De bon., quæ liber.*, 6-61.

que la nue-propriété ; il n'est pas partagé entre tous les héritiers du père et n'est pas confondu avec ses biens ; à sa mort, le fils les reprend en toute propriété, les prélevant avant tout partage.

Si le père, en sa qualité d'usufruitier, a la jouissance du pécule, il doit aussi en supporter les charges. C'est à lui à soutenir les procès, mais il lui faut le consentement de son fils, s'il est en état de le donner (1). C'est également à lui à payer les dettes dont sont grevés les biens du pécule ; il peut même, dans ce but, vendre une partie des biens qui le composent ; cette aliénation doit être motivée par des besoins pressants, et, en outre, se faire au nom du fils. Il lui faut encore acquitter les legs d'annuité sur les revenus ; quant aux autres legs et fidécourmis, si les revenus ne sont pas suffisants pour les acquitter, il faut faire vendre les meubles et les immeubles improductifs ; cette vente se fait également au nom du fils. Obligatoire pour le père, sous peine pour lui d'être tenu sur ses propres biens des intérêts des dettes qu'il aurait laissés s'accumuler, la vente lui était interdite ainsi que l'hypothèque, à laquelle il devait recourir s'il ne trouvait à vendre, dans tout autre cas que les deux que nous venons de citer (2).

(1) L. 8, § 3, Cod., *De bon., quæ liber.*, 6-61.

(2) L. 8, §§ 4 et 5, Cod., *De bon., quæ liber.*, 6-61.

Le respect dû au père, que le fils doit considérer comme une personne sacrée, lui procure un privilège : il est dispensé de l'obligation de fournir les cautions qui sont imposées aux usufruitiers ordinaires et de rendre des comptes (1).

En émancipant le fils propriétaire d'un pécule *adventice*, le père perdait la jouissance de ce pécule ; on lui donnait en ce cas, et comme récompense, le droit de retenir en pleine propriété le tiers des biens qui le composaient (2) ; cette disposition fut modifiée par Justinien, qui décida qu'au lieu du tiers en propriété, le père aurait l'usufruit de la moitié (3).

Une dernière classe de biens, que les commentateurs appellent *pécule extraordinaire*, peuvent, sous Justinien, appartenir aux enfants en puissance.

Le père n'a pas l'usufruit de ce pécule, qui comprend diverses classes de biens : ainsi, le legs d'une fonction publique, *legatum militiæ*, fait au fils en puissance. Déjà, dans l'Empire romain, on avait reconnu à certains fonctionnaires le droit de vendre ou de donner par testament les charges dont ils étaient investis (4), les biens dont le tes-

(1) L. 8, § 4, Cod., *De bon., quæ liber.*, 6-61.

(2) L. 6, § 3, Cod., *De bon., quæ liber.*, 6-61.

(3) *Instit.*, liv. II, tit. IX, § 2.

(4) F. 52, § 2, *De act. empt.*, D. 49-1 ; F. 22, *De legatis*, D. 34-2 ; Nov. XXXV, LIII, ch. v ; L. 30, Cod., *De inoff. testament.*, 3-28.

tateur refusait positivement l'usufruit au père (1), les successions que le fils acceptait à ses risques et périls, malgré le refus d'autorisation du père (2), enfin les biens attribués aux enfants quand il y a divorce des parents sans motifs légitimes (3).

Nous le voyons donc, sous Justinien, le père n'est plus seul propriétaire dans la famille : le fils n'est plus seulement un instrument, il a une personnalité propre qui ne se confond pas avec celle de son père.

Avant de terminer ce chapitre, parlons rapidement de la première limitation apportée au pouvoir du testateur, la nécessité où il fut d'exhérer ses enfants.

La loi des Douze-Tables donnait au père de famille le pouvoir de disposer de ses biens comme bon lui semblait; aucune restriction ne lui était imposée à cet égard (4). Cette liberté illimitée du père pouvait être funeste à ses enfants, qui peut-être avaient contribué à l'édification de sa fortune, et au préjudice desquels il pouvait disposer de ces biens, même en faveur d'étrangers. La jurisprudence vint remédier à cet inconvénient : elle supposa une espèce de copropriété entre le père de famille et les personnes placées sous sa puissance.

(1) Nov. CXVII, ch. I.

(2) L. 8, pr., Cod., *De bonis, quæ liberis*, 6-64.

(3) Nov. CXXXIV, ch. XI.

(4) F. 120, *De verbor. significat.*, D. 50-16.

A la mort du père, elles n'acquièrent rien, elles se succèdent pour ainsi dire à elles-mêmes : aussi les appelle-t-on héritiers siens, *heredes sui*. Cette fiction de copropriété servit à imposer au père la nécessité d'instituer ou d'exhérer ces personnes. Ce droit, dont on ne connaît pas l'origine, était déjà en usage du temps de Cicéron.

Pour les enfants mâles au premier degré et qui sont en puissance, l'exhérédation devait être nominale ; leur omission entraînait la nullité du testament, alors même que le père survivait à son enfant (1).

Quant aux filles et aux petits-fils, l'exhérédation n'est pas nominale, une exhérédation collective suffit : leur omission ne rend pas le testament nul ; elle leur donne seulement le droit de venir prendre une part dans le patrimoine, en vertu d'un principe appelé dans la jurisprudence *jus adcrescendi*. Si l'héritier était un étranger, les descendants omis prenaient la moitié du patrimoine ; si le défunt avait institué un de ses enfants, le *jus adcrescendi* faisait avoir aux filles omises une part virile, et aux petits-enfants la part virile à laquelle leur père aurait eu droit (2).

Cette nécessité d'une institution ou d'une exhé-

(1) Ulp., Reg., tit. XXII, § 16 ; G. C., II, § 123 ; F. 7, *De liber. et posthum.*, D. 28-2.

(2) *Instit.*, liv. II, tit. XIII, pr.

rédation s'étendit aux posthumes et aux enfants émancipés (1).

Enfin, Justinien ne fait plus de différence entre les fils et les filles ou petits-fils : toujours, en prenant pour base unique les liens du sang et ce qu'on appelait le devoir d'affection, *officium pietatis*, tous les descendants qui sont immédiatement appelés à succéder au testateur doivent être institués ou exhéredés, sans distinguer ceux qui sont émancipés de ceux qui ne le sont pas ; sans établir de différence entre les sexes, l'omission de ces descendants entraîne la nullité du testament, mais seulement quant aux institutions (2).

On avait pensé que cette nécessité d'exhéredier formellement l'enfant qu'il voulait écarter de sa succession, empêcherait souvent le père de famille d'en venir à cette mesure de rigueur s'il n'avait de graves motifs. Il n'en fut pas ainsi : les exhérations sans justes causes se renouvelaient fréquemment, le remède n'était pas assez énergique. L'usage et les prudents introduisirent alors la plainte d'inofficiosité, *querela inofficiosi testamenti*, au moyen de laquelle l'enfant qui se prétend injustement exhérédeé peut attaquer le testament de son père et en faire prononcer la nullité (3).

Ce testament est appelé *inofficieux*, c'est-à-dire

(1) *Instit.*, liv. II, tit. XIII, §§ 1, 2 et 3.

(2) *Instit.*, liv. II, tit. XIII, § 5 ; Nov. CXV, ch. III, § 14, in fine.

(3) *Instit.*, liv. II, tit. XVIII, pr.

contraire aux devoirs de la piété entre parents (1).

La *querela inofficiosi testamenti* faisait tomber le testament avec toutes ses dispositions : la jurisprudence avait cependant maintenu les legs quand l'omission du fils venait de ce qu'on le croyait mort (2).

C'était une dernière ressource accordée à l'enfant, il ne devait l'invoquer qu'en désespoir de cause. Aussi la refusait-on au fils passé sous silence, parce qu'il pouvait agir par la possession de biens *contra tabulas*. Il en était de même pour l'adrogé qui pouvait demander la quarte Antonine, et pour les filles qui avaient le *jus aderescendi* (3).

Pour qu'il n'y eût pas lieu à intenter la plainte d'inofficiosité, il suffisait que le testateur eût donné à son enfant le quart de sa portion *ab intestat*, qui fut appelée *legitime*, ou qu'il eût exprimé qu'en cas d'insuffisance on complétât ce quart.

Justinien alla plus loin et décida qu'il suffisait d'avoir laissé quelque chose aux enfants, pour qu'ils ne puissent pas intenter la plainte d'inofficiosité, peu importe à quel titre, soit héréditaire, de legs ou de fidéicommiss, tout en leur laissant le droit de faire compléter le quart, s'ils se croyaient lésés. Plus tard on fut obligé de laisser la *legitime* à titre d'héritier aux enfants sans pouvoir

(1) Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. V, § 1.

(2) F. 28, *De inoff. testam.*, D. 5-2.

(3) F. 8, §§ 15, 25, *De inoff. testam.*, D. 5-2.

faire figurer les legs, les fidéicommiss ou les donations (1). De plus, Justinien détermina quelles seraient les justes causes d'exhérédation et exigea qu'elles fussent mentionnées dans le testament (2).

CHAPITRE III.

COMMENT FINIT LA PUISSANCE PATERNELLE.

Sous Justinien, la puissance paternelle n'est plus ce droit si absolu, quelquefois si terrible entre les mains du père de famille; l'adoucissement des mœurs et l'influence du christianisme en ont affaibli la rigueur; mais ce n'est pas encore le pouvoir protecteur que nous trouvons dans nos lois.

La mort du père ou du fils de famille, l'émanicipation, la captivité, la perte de la qualité de citoyen, l'élévation à certaines dignités, tels sont les différents événements qui mettent fin à la puissance paternelle, ainsi que lorsqu'on l'enlève au père.

I. MORT DU CHEF DE FAMILLE. — La mort du fils ne met fin à la puissance paternelle que sur

(1) Nov. CXV, ch. III.

(2) *Ibid.*

sa personne ; celle du père rend toujours *sui juris* ses fils et ses filles ; mais, par celle de l'aïeul, les petits-fils et les petites-filles ne deviennent pas toujours *sui juris*, mais seulement dans le cas où ils ne doivent pas retomber sous la puissance de leur père, c'est-à-dire quand il est déjà mort ou sorti de la famille (1).

II. ÉMANCIPATION. — La puissance paternelle pouvait encore se dissoudre par l'*émancipation*.

La loi des Douze-Tables ne reconnaissait pas au père le droit de faire sortir ses enfants de sa puissance, mais elle lui donnait le droit de les vendre et déclarait que le fils vendu trois fois ne retomberait plus sous la puissance paternelle. On se servit de cette disposition pour arriver, par des moyens indirects et fictifs, à permettre au père de rendre ses enfants *sui juris*. Au moyen de mancipations simulées et d'affranchissements intermédiaires, on atteignit ce but ; cet acte fut nommé *émancipation*. La présence de l'enfant était nécessaire ; trois ventes pour les fils étaient indispensables, une seule était exigée pour les filles et les petits-fils (2).

Sous Anastase, ces formalités furent simplifiées : l'*émancipation* ne consista plus alors qu'à obtenir

(1) *Instit.*, liv. I, tit. XII, pr.

(2) *Ulp. Reg.*, tit. X, § 1 ; *G. C.* 1, §§ 132-134.

de l'Empereur un rescrit l'autorisant, et à le faire insinuer par un magistrat entre les mains duquel il restait déposé (1).

Justinien rendit l'émancipation beaucoup plus simple encore : le père qui veut émanciper se présente devant le magistrat compétent et lui déclare sa volonté (2) ; mais, comme toujours, il faut que l'enfant consente ou tout au moins qu'il ne conteste pas (3).

L'enfant qui se rendait coupable envers son père de mauvais traitements ou d'injures pouvait être privé du bénéfice de l'émancipation ; il retombait alors sous la puissance paternelle. Dans certains cas, le père pouvait être contraint à émanciper l'enfant qu'il avait en sa puissance. Trajan força à émanciper son fils un père qui l'avait maltraité (4) ; le père qui reçoit un legs à la condition d'émanciper son enfant peut être contraint à le faire (5). L'adrogé impubère, parvenu à la puberté, peut faire dissoudre par l'émancipation l'adoption qu'il prouve lui être désavantageuse (6). Enfin, si le père prostitue ses filles (7), s'il contracte un mariage incestueux, il voit s'éva-

(1) L. 5, Cod., *De emancipat.*, 8-49.

(2) L. 6, Cod., *De emancipat.*, 8-49.

(3) Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXV, § 5 ; Nov. LXXXIX, ch. II.

(4) F. 5, *Si a parente quis*, D. 37-12.

(5) F. 92, *De conditionib. et demonstrationib.*, D. 35-1.

(6) F. 32-33, *De adopt.*, D. 1-7.

(7) L. 6, Cod., *De spectacul., et scænicis et lenonib.*, 11-40.

nourir la puissance paternelle dont il s'est montré indigne.

III. CAPTIVITÉ. — La perte de la liberté entraînait comme conséquence celle de la puissance paternelle : celui qui devient esclave perd non-seulement les droits de citoyen, mais encore les droits des gens. Le prisonnier de guerre devient esclave de l'ennemi, mais la perte de la liberté n'était pas considérée ici comme définitive : si le prisonnier de guerre parvenait à rentrer dans sa patrie, on le regardait comme n'ayant jamais été esclave ; il rentrait dans tous ses droits. Cette fiction, qui lui faisait recouvrer ses droits, se nommait *jus postliminii*. Tant que le père était captif, l'état des enfants était en suspens ; ils pouvaient cependant se marier, quoiqu'ils ne pussent obtenir son consentement (1). Si le père mourait chez l'ennemi, la puissance paternelle était réputée dissoute du jour de sa captivité (2) ; s'il revenait, la puissance paternelle n'avait jamais cessé d'exister.

Le retour du fils de chez l'ennemi produisait un double résultat : le père recouvrait la puissance paternelle, le fils rentrait dans ses droits (3).

(1) F. 9, § 1, 10, *De rit. nupt.*, D. 23-2; F. 12, § 3, *De captivis et de postlimin.*, D. 49-15.

(2) F. 12, § 1, *De captiv. et de postlimin.*, D. 49-15.

(3) F. 14, pr., *De captiv. et de postlimin.*, D. 49-15.

IV. PERTE DE LA QUALITÉ DE CITOYEN. — La puissance paternelle n'existait qu'entre citoyens romains : aussi le père qui perdait ses droits de cité la voyait-il s'évanouir ; le fils qui cessait d'être citoyen n'était plus soumis à la puissance paternelle (1). L'interdiction de l'eau et du feu, remplacée plus tard par la déportation, amenait également la dissolution de la puissance paternelle. Le déporté était enfermé dans un lieu déterminé, d'où il ne pouvait sortir sous peine de mort (2). L'empereur avait le droit de faire grâce ; mais, pour que le condamné recouvrât la puissance paternelle, il fallait une faveur spéciale, ce que l'on appelait une *restitution entière* ; le gracié qui avait obtenu cette faveur rentrait dans ses dignités, dans son rang, dans tous les droits qu'il avait autrefois, mais pour l'avenir seulement (3).

V. DIGNITÉS. — Aucune dignité, si ce n'est celle de vestale ou de flamine, ne pouvait autrefois soustraire les enfants à la puissance paternelle (4). Justinien établit une exception en faveur des patrices (5) ; plus tard, ce privilège fut par lui étendu aux évêques, aux consuls, et en général

(1) Ulp., Reg., tit. X, § 3 ; G. C. I., § 128.

(2) F. 4, *De pœnis*, D. 48-49.

(3) L. 2, Cod., *De sententiam passis*, 9-51.

(4) Ulp. Reg., tit. X, § 5 ; G. C. I., § 130.

(5) L. 5, Cod., *De consulib.*, 12-3.

à toutes les dignités qui libéraient des honneurs si redoutables et si dangereux de la curie (1). Le fils de famille qui devenait ainsi *sui juris* ne perdait aucun de ses droits de famille; à la mort du père, il lui succédait comme héritier sien; et s'il avait des enfants, ils retombaient sous sa puissance, comme s'il n'était point sorti de la famille avant la mort de son père.

Comme on le voit par cet exposé sommaire, la puissance paternelle reçut de grandes modifications. A l'origine elle était absolue, et dans la loi des Douze-Tables elle apparaît avec cette étendue illimitée. Aussi cette puissante organisation, qui fit sans doute la force du patriciat, diminua considérablement la piété filiale. Si nous en croyons Velleius Paterculus, les fils de famille usaient des moyens les plus sacrilèges pour sortir d'un pouvoir aussi despotique. Cet historien nous dit, en effet, qu'on vit à l'époque des proscriptions beaucoup de fidélité dans les femmes, assez dans les affranchis, un peu dans les esclaves et point dans les fils: tant les mortels supportent difficilement l'ajournement de leurs espérances! Ce n'était pas seulement pour obtenir la fortune de leurs pères que les fils les livraient sans regret aux limiers des triumvirs, mais bien plutôt, comme le fait remarquer M. J. Denis, professeur à la

(1) Nov. LXXXI, Préf., ch. I et III.

Faculté des lettres de Caen , dans son *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité* , pour succéder à leurs pères dans l'exercice de cette puissance paternelle , qui les rendait eux-mêmes si puissants en les constituant à leur tour chefs de famille.

Mais , peu à peu développé par les divers systèmes de philosophie , le principe de la personnalité des membres de la famille s'accrut considérablement sous l'influence de la religion chrétienne. Elle fit disparaître ce que l'autorité du père de famille avait de trop rigoureux et de perpétuel , pour lui conférer un simple caractère de protection temporaire.

Vu :

Le Président de la thèse ,

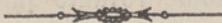
BAYEUX.

ANNÉE DROIT FRANÇAIS

Et l'on se croit au sein de l'État, et l'on se croit au sein de la famille gauloise, et l'on se croit au sein de la famille romaine; comme à Rome, le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants. Une église de saint Paul aux Galates, colonie gauloise établie en Asie, et un passage de saint (1) viennent confirmer cette assertion.

On ne fut donc pas une tâche difficile pour les Romains que de substituer leur droit national aux traditions gauloises, et lorsque les Francs franchirent le Rhin pour venir se fixer dans les Gaules, le droit romain, mélangé par eux à leur domination, résista à la Gaule. Les Francs foudroyés par les Germains, apportèrent sur la puissance nationale des idées tout opposées aux principes romains. Au lieu d'être comme à Rome, on

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.



Si l'on en croit un texte de César, la constitution de la famille gauloise était établie sur des bases rigoureuses ; son organisation était, en certains points, semblable à celle de la famille romaine ; comme à Rome, le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants. Une épître de saint Paul aux Galates, colonie gauloise établie en Asie, et un passage de Gaïus (1) viennent confirmer cette assertion.

Ce ne fut donc pas une tâche difficile pour les Romains que de substituer leur droit national aux traditions gauloises, et lorsque les Francs franchirent le Rhin pour venir se fixer dans les Gaules, le droit romain, acclimaté par une longue domination, régissait la Gaule. Les Francs, peuplade germane, apportaient sur la puissance paternelle des idées tout opposées aux principes romains. Au lieu d'être, comme à Rome, un

(1) G. C. I, § 55.

droit de vie et de mort sur la personne des enfants, le pouvoir domestique n'est qu'un droit de garde et de protection.

Les tribus germanes que connut César n'avaient pas de rois ; on nommait des chefs pour faire la guerre. Tacite, cependant, constate l'existence d'une certaine royauté qui n'est ni héréditaire ; ni despotique. Le chef était choisi par la nation dans certaines familles ; en cas de guerre, elle le nommait comme elle l'entendait : *reges ex nobilitate, duces ex virtute sumunt*. En temps de paix, les Germains avaient des assemblées délibérantes qui souvent repoussaient les propositions de la royauté.

Les Germains vivaient dans des habitations isolées ; des troupeaux et des armes composaient chez eux la propriété mobilière ; les terres étaient la propriété collective de la tribu, qui chaque année réglait le droit de possession des individus ; leurs constructions étaient grossières, nous dit Tacite : des bois et des marais, voilà la sauvage Germanie.

L'individu y est presque indépendant, et le droit du plus fort prédomine. La répression des crimes et délits est laissée à la vengeance individuelle ; trouvant peu de protection auprès de l'État, le Germain en cherche une auprès des siens : aussi, les membres d'une même famille sont-ils étroitement unis. Défendre l'enfant, le

mettre en état de prendre lui-même soin de sa vengeance, telle est la mission du père.

Le pouvoir du père sur l'enfant s'appelle le *mundium* ; jusqu'à ce qu'il soit en état de porter les armes, si c'est un garçon, l'enfant y est soumis. C'est ordinairement à quatorze ans qu'il compte au nombre des guerriers.

Le *mundium* appartient donc au père ; à sa mort, il passe aux parents paternels de l'enfant.

La femme est soumise à un *mundium* perpétuel : jusqu'au mariage, c'est au père qu'il appartient ; par le mariage, il passe au mari qui en fait un achat symbolique ; à la mort de celui-ci, il revient aux parents mâles du mari, non à ceux de la femme.

A la mort du mari, le *mundium* ne passait pas à la femme : elle n'aurait pu remplir efficacement le rôle protecteur qu'il imposait ; plus tard, quand le *mundium* n'est plus qu'une protection pacifique, c'est-à-dire sous l'empire de nos coutumes, il est confié à la mère. « Les Germains, nous dit Tacite, respectent la femme, ils lui demandent ses conseils, ils ne méprisent pas ses avis » ; si à la mort du père le *mundium* ne passe pas à la mère, c'est donc à cause du caractère tout guerrier qu'il avait dans le principe. On le voit, le caractère du pouvoir domestique était plus libéral qu'à Rome.

Pour faciliter la conquête, les Francs, après

s'être emparés de la Gaule, lui laissèrent ses lois : aussi les différentes législations étaient-elles innombrables sous la monarchie franque. Tout individu suivait les lois de la nationalité qu'il avait à sa naissance, l'esclave prenait celle de celui qui l'affranchissait : affranchi par un Gallo-Romain, il était Gallo-Romain ; par l'Église, il était Romain comme elle ; par un Franc, il était Franc. La nationalité prise, on n'en pouvait changer à son gré, mais elle subissait l'influence de certains changements : la femme suivait la condition de son mari ; on ne sait si, veuve, elle reprenait sa nationalité originaire ; le clergé suivait la loi romaine ; en entrant dans les ordres, on devenait Romain.

La pratique vint changer cet état de choses, qui engendrait des difficultés sans nombre et qui ne pouvaient que croître. Des usages locaux s'introduisirent, qui variaient avec chaque localité. Une diversité plus grande encore qu'auparavant se fit jour, et le droit, de personnel qu'il était, devint territorial.

Cette révolution commença avec la monarchie franque ; des capitulaires cherchèrent à l'arrêter en restreignant la coutume locale au cas où la loi personnelle serait muette. Charlemagne poursuivit ce but en faisant rédiger les coutumes nationales, mais après lui la révolution continua.

Dans le nord de la Gaule, l'élément germa-

nique, beaucoup plus considérable que dans le midi, absorba presque entièrement l'élément romain ; le droit romain n'existait presque qu'à la surface : aussi fit-il presque entièrement place aux coutumes germaniques. Au midi, l'élément gallo-romain prédominait : les Francs ne s'y étaient établis qu'en petit nombre ; la domination romaine, établie depuis plus longtemps dans cette partie de la Gaule, y avait laissé des traces plus profondes ; le droit romain, les idées romaines étaient entrés plus avant dans les mœurs. Les Visigoths, qui l'avaient ensuite occupée, avaient adopté la loi romaine, et Alaric, dans ses *Compilations*, lui avait donné une forme arrêtée. Tout en se laissant effleurer par les coutumes, le midi de la Gaule resta donc fidèle au droit romain ; au nord, il n'obtint qu'une place secondaire : l'élément germanique prévalut.

C'est ainsi qu'eut lieu cette distinction entre les pays du droit écrit où la législation romaine, quelque peu modifiée par des usages locaux, continua à être suivie, et les pays de droit coutumier où, sans faire disparaître entièrement le droit romain, les coutumes germaniques furent en vigueur.

Ces différentes phases de la législation, la puissance paternelle eut à les parcourir. A l'origine de la conquête franque, les Gallo-Romains restèrent fidèles à la puissance paternelle romaine, et le *mundinum* germanique fut toujours en usage chez

les Francs. Lorsque de personnel le droit devint territorial, le droit romain se perpétua dans les pays de droit écrit, les usages germains régirent les pays de coutume.

La puissance paternelle fut, dans les pays de droit écrit, l'image presque fidèle de la puissance paternelle romaine; le père en jouit exclusivement; elle s'étend même sur tous les descendants par mâles dans les pays où le mariage n'émancipe pas. Tant que son père vit, le fils, s'il n'est pas émancipé, n'a aucun pouvoir sur ses enfants; et même lorsqu'il est émancipé, les enfants qui étaient nés antérieurement à son émancipation restent sous la puissance de leur aïeul jusqu'à sa mort, ou jusqu'à ce qu'il les émancipe; ceux-là seuls qui naissent après son émancipation sont soumis à sa puissance.

L'adoption n'était pas, chez les Germains, un mode d'acquisition du *mundium*: la chose n'y était pas connue, le nom seul l'était, et les formules qui en parlent en ont emprunté le nom à Rome pour désigner des actes tout différents.

Dans les pays de droit écrit, l'adoption n'est plus un mode d'acquisition de la puissance paternelle; en cela les coutumes germaniques, qui ne la connaissaient pas, ont influé sur le droit romain; l'Église y avait vu en outre une concurrence au mariage, et s'y était opposée.

Le concubinat était ancré dans les mœurs;

L'Église dut d'abord transiger avec la loi romaine sur ce point ; elle parvint ensuite à le détruire et mit les enfants naturels dans une position inférieure.

La légitimation par mariage subséquent était la seule possible ; la faveur due au mariage la fit conserver ; le consentement des enfants n'était pas nécessaire : en se mariant, les parents ne faisaient que s'acquitter d'un devoir qu'ils avaient méconnu. Le mariage subséquent des père et mère mettait donc les enfants naturels sous la puissance paternelle en les légitimant.

Comme à Rome, la principale source de la puissance paternelle fut le mariage. Il se formait par l'intention des parties et n'exigeait aucune solennité : il était consensuel. L'Église y introduisit des solennités : le mariage devint un sacrement ; il exigeait la présence du prêtre : de là une publicité, de là l'intervention du ministre du culte pour sanctionner les unions légitimes. L'Église se tint d'abord dans les limites du droit romain ; mais bientôt elle les dépassa et multiplia les empêchements au mariage produits par la parenté. Elle en supputa les degrés entre les descendants seuls ; en ligne collatérale, elle les compta par individus et non pas en remontant jusqu'à l'auteur commun ; elle varia ses prohibitions : aussi sa discipline est-elle difficile à suivre sur ce point ; toutefois elle alla jusqu'à défendre

le mariage entre tous parents ; elle sembla , du reste , fixer la famille au huitième degré. L'autorité de l'Église lui permit d'appuyer son influence du bras séculier. Ces innovations eurent pour avantage de mêler les races , mais pour inconvénient de jeter l'incertitude sur les unions , de motiver la dissolution du mariage pour cause de parenté , d'arrêter même parfois les unions légitimes. Elle sanctionna , en outre , la prohibition personnelle résultant du vœu de chasteté , et c'est là l'origine du célibat ecclésiastique. L'empêchement résultant des ordres avait été maintenu par Justinien , il se conserva en Occident. Par crainte du concubinage , elle ne regardait pas comme nécessaire le consentement des parents au mariage de leurs enfants ; la crainte des mésalliances le fit exiger , et l'ordonnance de Blois enjoignit aux prêtres de ne célébrer aucun mariage si les futurs conjoints n'apportaient la preuve du consentement des parents.

Le père a droit de correction sur les enfants soumis à sa puissance ; il peut de sa propre autorité les faire enfermer. Si l'enfant coupable mérite un châtiment plus sévère , c'est à la justice à prononcer ; elle n'est nullement tenue d'admettre les prétentions du père , elle peut infliger un châtiment plus rigoureux que celui qu'il réclame , elle peut aussi , moins sévère que lui , frapper le coupable d'une peine plus douce ; mais , une fois

saisie, il lui est loisible, malgré la volonté du père qui retire sa plainte, de punir l'enfant.

Si le père abuse de sa puissance, s'il se montre trop rigoureux, la justice, protectrice des faibles, vient au secours de l'enfant, elle admet sa plainte.

Quant aux biens, la puissance paternelle des pays de droit écrit n'est autre chose que la puissance paternelle romaine dans le dernier état du droit ; le père confie à son fils l'administration d'un pécule *profectice*, il a la jouissance d'un pécule *adventice*, le fils en a la nue-propriété ; les pécules *castrans* et *quasi-castrans* existent encore, le fils en est seul propriétaire, il en dispose à son gré.

Le mariage, nous l'avons déjà dit, ne faisait pas toujours sortir les enfants de la puissance paternelle. L'émancipation expresse y mettait fin ; il en était de même de l'élévation à certaines dignités, telles que l'épiscopat, et de la nomination à certaines fonctions publiques du consentement du père. Enfin, dans certains cas, le fils qui avait tenu un ménage à part, tenu feu et lieu de son chef, ici pendant dix ans, là pendant l'an et jour, échappait à la puissance paternelle (1).

La puissance paternelle romaine était inconnue dans les pays coutumiers ; mais il est difficile de se faire une idée précise de ce que le droit coutu-

(1) Ancien Denisart, t. IV, v° PUISSANCE PATERNELLE, n° 36.

mier avait mis à sa place ; la variété infinie des coutumes y met un obstacle presque insurmontable.

On a mis autrefois en question, nous dit Pothier, si, dans les pays de droit coutumier, il y avait réellement une puissance paternelle. Loysel, ne faisant en cela que répéter ce qu'avait dit Dumoulin sur la coutume de Paris, pose en principe qu'en pays de coutume aucun droit de puissance paternelle n'a lieu. C'était même une disposition expresse de la coutume de Senlis, rédigée en 1539. D'autres coutumes, et en grand nombre, parlent de la puissance paternelle. On ne peut, du reste, concevoir l'absence complète de toute puissance paternelle ; prendre à la lettre les expressions de Loysel et de Dumoulin, ce serait aboutir à un non-sens ; elles signifient tout simplement que l'institution toute romaine de la puissance paternelle n'avait pas lieu en pays de coutume ; il serait également inexact de croire que les coutumes qui mentionnaient la puissance paternelle entendaient parler de la puissance paternelle romaine. « Cette puissance, telle qu'elle a lieu dans les pays coutumiers, est tout-à-fait différente de celle que le Droit romain accordait aux pères sur leurs enfants, dont le terme et la durée étaient sans bornes, et qui étaient, *quasi quoddam jus domini*, semblables à celles que les

maîtres avaient sur leurs esclaves (1). » Gouverner la personne et les biens des enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes, exiger d'eux certains devoirs de respect et de reconnaissance, dit encore Pothier, tels sont les attributs de la puissance paternelle en pays de coutume. Les père et mère, car la puissance paternelle établie dans l'intérêt des enfants est commune au père et à la mère, qui toutefois ne l'exerce qu'à défaut du père, ont le droit d'élever leurs enfants comme ils le jugent à propos.

Cette puissance dans les pays de coutume s'était donc dépouillée de tout caractère égoïste et oppresseur. M. Demolombe l'a bien définie en disant « qu'elle était pour les parents une conséquence et un moyen d'accomplissement de l'obligation qui leur était imposée d'élever leurs enfants. »

L'enfant ne peut embrasser aucune carrière sans le consentement paternel ; dans un seul cas, ce consentement ne lui est pas nécessaire, c'est quand il veut entrer dans l'état militaire : l'intérêt public l'emporte alors sur l'intérêt particulier des père et mère ; ils ont aussi le droit de correction sur la personne de leurs enfants ; le père peut, de sa seule autorité, faire enfermer l'enfant qu'il veut punir. Si le père est remarié, son droit de correction est restreint, on craint pour l'en-

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. VI, sect. 2.

fant l'influence d'une belle-mère, souvent mal disposée à son égard ; s'il veut alors faire détenir son fils, il lui faut une ordonnance du juge, qui ne la lui accordera qu'après avoir apprécié la justice et la vérité des motifs par lui allégués. Quand la puissance paternelle est exercée par la mère, l'intervention de la justice est toujours nécessaire.

Quel que soit l'âge de l'enfant, il lui faut, pour se marier, requérir le consentement de ses père et mère ; toutefois, il n'est pas toujours obligé de l'obtenir : parvenu à un certain âge, trente ans pour les fils, vingt-cinq ans pour les filles, il peut passer outre après avoir inutilement requis ce consentement au moyen d'actes respectueux. Contracté sans ces réquisitions, le mariage n'en est pas moins valable, mais les père et mère peuvent alors exhérer l'enfant (1) et même révoquer, pour cause d'ingratitude, les donations qu'il lui auraient faites.

Le mariage de l'enfant qui, mineur de vingt-cinq ans, s'est marié sans le consentement paternel, est présumé entaché du vice de séduction ; le père et la mère peuvent interjeter appel comme d'abus de la célébration de ce mariage, qui est le plus souvent déclaré nul et abusif. L'édit de 1639, dans son art. 11, déclare en outre le mi-

(1) Décl. de 1639, art. 27.

neur de vingt-cinq ans et les enfants qui naissent de son mariage, indignes de toutes successions directes et collatérales et même du droit de légitime (1). L'approbation postérieure des père et mère, expresse ou tacite, leur enlève le droit d'attaquer le mariage comme celui d'exhérer pour ce motif les enfants et de révoquer les donations qu'ils leur ont faites. L'enfant doit fournir des aliments à ses père et mère lorsqu'ils sont dans le besoin, et la justice peut le contraindre à exécuter cette obligation.

Le mariage et la légitimation par mariage subséquent donnaient seuls naissance à la puissance paternelle. Comme nous l'avons déjà dit, elle appartenait au père et à la mère qui l'exerçait à son défaut. Certaines coutumes cependant ne l'accordaient pas à la mère, d'autres allaient jusqu'à la transférer au mari de la mère remariée; les enfants du premier degré y étaient seuls soumis. La légitimation par mariage subséquent donnait aux enfants légitimes tous les avantages et tous les droits accordés aux enfants nés en légitime mariage; elle se faisait sans le consentement de l'enfant, il fallait que les père et mère eussent pu se marier au moment de la conception. La légitimation par lettre du prince ne produisait pas la puissance paternelle, elle ne donnait à l'enfant

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. VI, sect. 2.

aucun droit de succession ; il pouvait cependant venir à l'exclusion du fisc. Son but était de donner à l'enfant le droit de porter le nom de son père, et de lui permettre ainsi d'obtenir des charges du royaume dont l'accès était interdit aux bâtards.

L'émancipation est expresse ou tacite : expresse, elle se fait par un acte devant le magistrat ; tacite, elle résulte du mariage fait avec le consentement des père et mère, de l'élévation à une fonction, de l'acquisition d'un office public avec le consentement paternel, de l'habitation séparée pendant un certain temps. Quelques coutumes, fidèles au Droit romain, ne reconnaissaient, pour mettre fin à la puissance paternelle pendant la vie du père, d'autre moyen que l'émancipation. Il était cependant juste de faire cesser ce pouvoir de surveillance et de protection, lorsque ceux en faveur desquels il était établi n'en avaient plus besoin. C'est ce qu'avaient compris le plus grand nombre des coutumes : aussi décidaient-elles que l'enfant parvenu à l'âge de vingt-cinq ans n'était plus soumis à la puissance paternelle. Quelques-unes, celles de Châlons (1), de Reims (2), de Metz (3) entre autres, la faisaient cesser plus tôt ; dès qu'il avait vingt ans, l'enfant en était affranchi.

(1) Cout. de Châlons, art. 7, *De puissance de père.*

(2) Cout. de Reims, art. 6, *De la qualité et différence des personnes.*

(3) Cout. de Metz, art. 4, tit. I.

En ce qui concerne les biens des enfants, la puissance paternelle consistait à peu près uniquement à les administrer en rendant compte des revenus : aussi disait-on que la puissance paternelle n'était que superficière en France et que les pères et mères n'avaient guère plus de pouvoirs sur leurs enfants que les tuteurs sur leurs pupilles (1). Certaines coutumes reconnaissaient cependant l'usufruit paternel, mais elles se montraient fort exigeantes sur les obligations de l'usufruitier et très-soigneuses du droit du nu-propriétaire.

Un autre droit, qui a donné naissance à l'usufruit paternel de notre Code, existait dans presque toutes les coutumes où il était connu sous le nom de *garde* ou de *bail*.

La *garde noble*, c'est-à-dire celle qui était exercée sur une personne noble, conférait au gardien l'usufruit des biens de l'enfant ; la garde était appelée *garde bourgeoise* quand elle était dévolue à des roturiers ; la garde bourgeoise n'était pas entendue de même dans toutes les coutumes : dans celle de Paris (2), elle ne différait guère de la garde noble que par la durée ; dans celle d'Orléans (3), au contraire, elle était sans

(1) Coquille.—Denisart, tit. VI, v° PUISSANCE PATERNELLE, n° 4.

(2) Cout. de Paris, art. 285, tit. XII (1580).

(3) Cout. d'Orléans, art. 178, chap. IX (1583).

émoluments et ne constituait qu'une tutelle légitime.

La garde noble est le droit de jouissance accordé au survivant des conjoints nobles sur les biens que ses enfants mineurs recueillent dans la succession du prédécédé. Cette définition, Pothier (1) prend soin de nous le dire, ne convient pas à toutes les coutumes. Quelques-unes étendent ce droit non-seulement au survivant des époux, mais aussi, à son défaut ou à son refus, aux aïeuls et aïeules des mineurs, aux autres ascendants et même aux collatéraux. Quelques autres donnent au gardien le revenu des immeubles et, en outre, la propriété des meubles ; d'autres ne lui accordent que l'usufruit des seuls immeubles.

C'est à l'organisation féodale que se rattache le principe du droit de garde ; il ne doit pas son origine à la puissance paternelle. L'hérédité des fiefs donna naissance au droit de garde, il fallut concilier les droits du seigneur et ceux de son vassal. Parmi les conditions imposées au vassal était la charge du service militaire : s'il laissait à sa mort des héritiers mineurs, il était impossible pour ceux-ci de remplir cette obligation vis-à-vis de leur seigneur dont les intérêts en souffraient. Dans cette situation, le seigneur se mettait en

(1) *Traité de la garde noble et bourgeoise.*

possession du fief, dont il percevait les fruits en dédommagement du service militaire dont il était impossible à son vassal de s'acquitter; dans certains cas, à la garde du fief le seigneur ajoutait celle de la personne. Quand le mineur était en état de porter les armes et de seconder son seigneur, ou s'il s'agissait d'une femme quand elle était en âge de devenir la compagne d'un homme de guerre, la garde seigneuriale cessait. En Normandie (1), si le seigneur était vassal immédiat du duc, la garde embrassait non-seulement le fief immédiat, mais encore les autres biens et fiefs médiats du mineur. A la garde du duc succéda celle du roi, quand la Normandie fut réunie à la couronne.

La garde noble, nous allons le voir, n'était que la transformation de la garde seigneuriale. Les seigneurs se déchargèrent du soin que leur imposait la garde sur quelqu'un des plus proches parents du mineur. Il devait acquitter à sa place le service militaire et se charger de son éducation; il recevait comme dédommagement la jouissance du fief. Peu à peu la garde devint un droit de famille; le plus souvent c'était au père, s'il vivait encore, qu'on accordait la garde de la personne et des biens des enfants. S'il n'existait que des collatéraux, la garde de la personne était

(1) Cout. de Normandie, ch. de gardes.

séparée de la garde des biens : on donnait la garde du fief à l'héritier présomptif ; celle de la personne était confiée au plus proche des parents de la ligne qui n'était pas appelée à succéder au fief. En confiant la garde de la personne comme celle du fief à l'héritier présomptif, c'eût été confier l'enfant à la personne dont les intérêts étaient le plus contraires aux siens, et il eût été à craindre qu'au lieu de protéger le mineur, il ne vît qu'en lui un obstacle à ses désirs et ne cherchât à s'en débarrasser. L'abolition des guerres privées et l'établissement des armées permanentes rendirent inutile l'obligation du service militaire imposée aux vassaux ; il ne fut plus possible de s'attacher à la nature des biens pour décider s'il y avait lieu à garde : on considéra alors la qualité des personnes, non celle des terres.

Les coutumes, dans leur dernier état, varient beaucoup sur les personnes auxquelles elles déferent la garde noble. Selon celles du Maine (1) et d'Anjou (2), le père et la mère y ont seuls droit ; celle de Paris (3) y ajoutait l'aïeul et l'aïeule, sans parler des autres ascendants. Si le survivant des conjoints était incapable de la garde ou la refusait, on la donnait à l'aïeul ou à l'aïeule

(1) Cout. du Maine, art. 98, III^e part.

(2) Cout. d'Anjou, art. 85, III^e part.

(3) Cout. de Paris, art. 205, tit. XII.

noble qui se trouvait, qu'il appartint à la famille du survivant ou à celle du prédécédé.

D'après la coutume d'Orléans (1), la garde était, à défaut d'ascendants, confiée aux collatéraux ; elle prenait alors le nom de *bail* et n'était accompagnée d'aucun émolument ; celle du Berry (2) la leur accordait aussi, mais avec émolument ; toutefois, cet émolument n'était pas aussi considérable que si le gardien était un ascendant ; on ne donnait pas au gardien collatéral la propriété des meubles, on ne lui accordait que la jouissance des immeubles ; d'autres coutumes n'appelaient que les collatéraux de la ligne d'où provenaient les biens.

Pour être capable de la garde noble, il fallait évidemment être noble : la mort civile, l'interdiction en rendaient incapable ; quant au mineur, il pouvait avoir la garde noble de ses enfants ; quelques coutumes cependant la lui refusaient. L'époux dont la mort donnait ouverture à la garde noble ne pouvait, par son testament, défendre qu'elle fût déférée au survivant ou à quelqu'un de ceux qui y étaient appelés par la coutume ; mais la clause d'un contrat de mariage, par laquelle on déclarait que le survivant n'aurait pas la garde noble, était considérée comme valable.

La garde, dans certaines coutumes, était acquise

(1) Cout. d'Orléans, art. 179, ch. ix.

(2) Cout. de Berry, tit. I.

sans acceptation , mais alors on avait le droit de la répudier ; cette renonciation devait se faire au greffe dans un certain délai. Dans d'autres , la garde devait être acceptée. Les coutumes variaient encore sur le mode d'acceptation, comme sur le délai dans lequel cette acceptation devait avoir lieu. La coutume de Paris (1) exigeait que l'acceptation se fit en jugement, mais ne fixait aucun délai dans lequel on dût accepter.

Les auteurs n'étaient point d'accord sur la question de savoir si la personne appelée à la garde de plusieurs mineurs pouvait accepter celle des uns et refuser celle des autres. Pothier pensait que rien ne s'y opposait ; il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants , disait-il ; la garde de l'un n'est pas celle de l'autre , et rien ne paraît empêcher que l'on accepte l'une et que l'on répudie les autres. La plupart des auteurs condamnaient cependant cette division , qui ne pouvait , selon eux, se baser que sur une injuste prédilection ou n'être inspirée que par l'avarice.

Les biens de la succession du prédécédé du père ou de la mère du mineur sont les seuls sujets à garde noble. Ceux qu'il recueillait par la suite , à quelque titre que ce fût, n'y étaient pas sujets ; il en était ainsi même pour ceux dont il héritait de ses frères ou sœurs, mineurs comme lui.

(1) Art. 269.

Certaines coutumes, fidèles aux anciens principes, ne faisaient tomber en garde noble que les biens féodaux, mais le plus grand nombre accordaient au gardien noble non-seulement la jouissance des biens féodaux, mais encore celle de tous les immeubles du prédécédé ; quelques-unes lui donnaient la propriété des meubles, d'autres ne lui en laissaient que la jouissance ; dans ce cas, il en devait faire inventaire et estimation. Meubles ne tombent en garde, disaient d'autres coutumes ; le gardien noble ne pouvait alors se charger de l'administration des meubles qu'autant qu'il était tuteur. Le gardien noble, propriétaire des meubles, acquérait ainsi la libération de ce qu'il pouvait devoir à la succession du prédécédé ; car les coutumes entendaient par meubles, non-seulement les meubles corporels, mais encore les créances mobilières qui se trouvaient dans la succession ; on en exceptait cependant les créances de la succession du prédécédé pour la reprise de ses deniers dotaux stipulés propres et pour le remploi de ses propres aliénés.

Dans les coutumes qui ne donnaient pas au gardien la propriété des meubles, mais seulement l'administration, le gardien devait, avant d'entrer en jouissance, faire l'inventaire. Cet inventaire devait être fait dans les trois mois ; le défaut d'inventaire, dans ce délai, privait, selon quelques auteurs, le gardien de l'émolument de la garde ;

tant qu'il n'avait pas satisfait à cette obligation, la jouissance des meubles lui était interdite.

Cette opinion était combattue par Dumoulin. Cette omission, disait-il, n'empêche pas le gardien de faire les fruits siens, car l'inventaire n'a rien de commun avec les fruits. Pothier faisait remarquer qu'on ne doit pas établir des peines que la loi n'a pas prononcées.

L'omission de l'inventaire donnait aux enfants le droit de demander contre le gardien noble la continuation de la communauté, et le juge pouvait, à l'expiration de la garde et lorsque le gardien rendait ses comptes, estimer les meubles par commune renommée.

Le gardien n'était pas tenu de donner caution.

Le gardien, dit la coutume de Paris (1), doit « payer les dettes et arrérages de rentes que doivent les mineurs, les nourrir, alimenter et entretenir, selon leur état et qualité, payer et acquitter les charges annuelles que doivent les héritages et iceux entretenir de toutes réparations viagères, et, en fin des dites gardes rendre les dits héritages en bon état. »

Si le gardien ne donne pas à l'enfant une éducation selon son rang, s'il ne le met pas en état de suivre la carrière à laquelle il se destine, on peut le contraindre à exécuter ses obligations

(1) Cout. de Paris, art. 267.

en saisissant les revenus du mineur ; on peut même aller jusqu'à le priver de la garde.

L'obligation la plus onéreuse imposée au gardien est celle d'acquitter les dettes de la succession ; c'est cette obligation qui avait donné naissance à cette maxime : « Qui bail ou garde prend , quitte le rend. » On comprend cette disposition dans les coutumes qui donnent au gardien la propriété des meubles ; là où va l'actif mobilier , là aussi va le passif mobilier ; mais il en était de même dans les coutumes qui n'accordaient au gardien aucun droit sur les meubles. Les dettes mobilières n'étaient pas si nombreuses ni si lourdes qu'elles le seraient aujourd'hui ; le prêt à intérêt était défendu , et l'on classait parmi les immeubles les rentes soit foncières, soit constituées. On exceptait des dettes mobilières ce que le mineur pouvait devoir au gardien pour la reprise de ses deniers dotaux et le emploi de ses propres ; ces créances passaient pour immobilières entre les conjoints , c'étaient donc surtout les arrérages de rentes déjà échues du vivant de l'époux prédécédé qui composaient les dettes mobilières de la succession.

Bien que les frais funéraires de celui dont la mort avait donné lieu à l'ouverture de la garde ne fussent pas une dette héréditaire , mais plutôt une charge de la succession , on décidait qu'ils devaient être acquittés par le gardien , même dans les coutumes qui ne s'étaient pas exprimées à cet

égard. La question avait surtout fait doute dans les coutumes qui, comme celle de Paris, n'attribuaient pas au gardien la propriété des meubles ; on l'avait cependant résolue contre lui. « La coutume imposait au gardien l'obligation d'acquiescer les dettes, et par ce mot général de dettes on n'a pas seulement compris les dettes laissées par le prédécédé dans sa succession, mais aussi les frais funéraires qui ne sont pas, à la vérité, dette du défunt, mais sont en un sens dettes de la succession, puisque la succession en est tenue par rapport au défunt (1). »

Le deuil de la veuve était compris parmi les frais funéraires. On mettait également à la charge du gardien les legs de sommes d'argent, dans les coutumes qui lui donnaient la propriété des meubles.

L'acceptation de la garde noble était presque partout considérée comme une espèce de forfait qui obligeait le gardien à payer les dettes de la succession du prédécédé même *ultra vires* ; quelques coutumes cependant ne le déclaraient tenu que jusqu'à concurrence de l'émolument que lui procurait la garde.

« La garde noble dure aux enfants mâles jusqu'à vingt ans, et aux femelles jusqu'à quinze ans accomplis » ; ainsi s'exprimait l'art. 268 de la cou-

(1) Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, sect. 3, § 6.

tume de Paris ; mais l'âge auquel le mineur était hors de garde n'était pas de même dans toutes les coutumes : vingt ans et un jour pour les fils , quatorze ans et un jour pour les filles , était celui fixé par la coutume d'Orléans (1).

Le mariage de l'enfant , son émancipation , sa mort naturelle ou civile , mettaient fin à la garde. La mort naturelle ou civile du gardien , et dans certaines coutumes , comme celle de Paris , le convol du gardien à de secondes noces , produisaient le même effet. La coutume d'Orléans n'enlevait pas la garde noble (2) au gardien qui se remariait , non plus qu'à la gardienne , si elle épousait un noble ; dans ce cas , la garde passait à son mari , mais il lui fallait donner caution ; la garde changeait alors de nom , elle s'appelait *bail* : le second mari n'était pas gardien , il était *baillistre*.

Le gardien qui ne remplissait pas les obligations , la gardienne qui vivait dans la débauche , pouvaient être privés de la garde.

L'institution de la garde noble a donné naissance à la *garde bourgeoise* , ainsi appelée parce qu'elle était dévolue aux roturiers. Jalouse de la noblesse , la bourgeoisie cherchait à jouir de ses privilèges. Des lettres-patentes de Charles V ,

(1) Cont. d'Orléans , art. 182 , ch. ix.

(2) Cont. d'Orléans , art 180 , ch. ix.

le 9 août 1371, et de Charles VI, le 5 août 1390, vinrent ratifier, au profit des bourgeois de Paris, le privilège d'une garde presque semblable à la garde noble, et qu'ils s'étaient déjà arrogé.

Il était une autre garde bourgeoise sans aucune ressemblance que le nom avec la garde noble. Cette garde, admise dans la coutume d'Orléans, n'était qu'une tutelle légitime; elle ne donnait au gardien aucun droit sur les biens du mineur, il devait, comme tout autre tuteur, rendre compte du revenu.

A la différence de la garde noble, la garde bourgeoise de la coutume de Paris n'était déférée qu'au survivant des père et mère. Comme la garde noble, elle devait être acceptée; les droits, les obligations du gardien sont les mêmes; l'obligation de donner caution, à laquelle n'est pas assujetti le gardien noble, est imposée au gardien bourgeois.

La durée de la garde bourgeoise était moindre que celle de la garde noble: « elle dure aux enfants mâles jusqu'à quatorze ans, et aux femelles jusqu'à douze ans finis et accomplis (1). »

La garde comptable de la coutume d'Orléans était beaucoup plus avantageuse aux mineurs, puisqu'elle n'attribuait aucun émolument au gardien; elle ne devait être déférée que par la mort

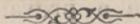
(1) Cout. de Paris, art. 268.

du premier mourant des père ou mère de l'enfant ; mais comme « il est de l'intérêt des mineurs que leurs personnes et leurs biens soient plutôt gouvernés par leurs ascendants que par leurs collatéraux, à cause de l'affection et de la tendresse qu'inspire la nature aux ascendants pour leurs descendants, l'usage a prévalu que cette garde fût déférée, non-seulement par la mort du prédécédé du père ou de la mère, mais encore toutes les fois que le gardien des mineurs, venant à mourir ou à se démettre de la garde, ou à la perdre, pendant la minorité des mineurs, il se trouve quelque autre ascendant des mineurs pour le substituer (1). »

Comme en réalité, cette garde bourgeoise n'était qu'une tutelle, elle finissait comme elle lorsque le mineur arrivait à l'âge de vingt-cinq ans accomplis ; son mariage, son émancipation, sa mort naturelle ou civile, celle du gardien y mettaient également fin. Le second mariage de la mère la lui faisait perdre, elle conservait néanmoins la surveillance et l'éducation de ses enfants.

(1) Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, sect. 2, § 2.

DROIT INTERMÉDIAIRE.



Tel était donc en 1789 le droit de la France en cette matière. Dans les pays de droit écrit, la perpétuité des attributs et l'exclusion de la mère étaient restées, comme à Rome, les traits caractéristiques de la puissance paternelle ; les pays de coutume avaient des principes tout opposés, la puissance paternelle y était fondée sur l'intérêt de l'enfant ; elle prenait fin quand il n'avait plus besoin de cette protection, et la mère était appelée à y participer.

Déjà fortement ébranlée par le relâchement des mœurs au XVIII^e siècle, la puissance paternelle fut presque annihilée par la législation intermédiaire. Si elle se fût contentée d'enlever à la puissance paternelle des pays de droit écrit le caractère d'exagération que lui avait légué le droit romain, elle n'eût fait en cela qu'accomplir une réforme juste et désirable ; mais énerver encore les liens déjà si faibles de la puissance paternelle dans les pays de coutume, c'était aller trop loin.

La loi des 16-24 août 1790 soumit le droit de correction des père et mère au jugement d'un tribunal de famille qui pouvait rejeter aussi bien qu'admettre la demande du père ; c'était créer entre le père et le fils un procès que le premier ne pouvait perdre sans compromettre son autorité.

En abolissant les privilèges féodaux , la loi du 4 août 1789 avait renversé la garde noble ; la loi du 17 nivôse an II , en faisant disparaître l'ancien régime successoral , détruisit la garde bourgeoise.

La loi du 28 août 1792 rendit applicable à toute la France la disposition de la plupart des coutumes qui mettait fin à la puissance paternelle , à la majorité ; elle la fixa à vingt-un ans.

Un décret du 13 mars 1793 abolit le droit de tester en ligne directe ; l'égalité doit régner entre les enfants comme entre les citoyens , et , pour atteindre ce résultat , on défend au père d'avantager l'enfant vertueux en punissant l'enfant ingrat.

On ne fait plus de distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes , leurs droits sont les mêmes dans la succession de leurs parents (1). et la facilité du divorce met presque sur la même ligne la femme légitime et la concubine.

Enfin , le décret du 24 brumaire an II vient

(1) Loi du 6 janv. 1794.

rompre le dernier lien qui pouvait encore rattacher le père à son fils, en permettant à chacun de quitter le nom de ses ancêtres et de se nommer comme il le voudrait.

On peut donc dire que la puissance paternelle n'existait plus lorsque les rédacteurs du Code eurent à s'en occuper. S'inspirant des coutumes qui en avaient posé les vrais principes, consultant surtout la nature et la raison, ils ont donné à la puissance paternelle son véritable caractère et en ont fait, comme nous allons le voir tout à l'heure, « une autorité de défense et de protection dans le premier âge, et qui acquiert ensuite une consistance, une intensité proportionnée aux besoins de l'adolescence, environnée de tous les écueils et des passions qui l'assiègent (1). »

(1) M. Vesin, Rapport au Tribunal.

CODE NAPOLÉON.

(Tit. IX, art. 374-387.)

« La puissance paternelle est le meilleur
auxiliaire de la puissance publique. »

(DEMOLOMBE, *Cours de Cod. Nap.*)

Nous avons vu ce qu'était dans l'antiquité, ainsi que dans notre ancien Droit, la puissance paternelle, nous avons maintenant à examiner les règles qui gouvernent la matière dans le titre IX du Code Napoléon.

Remarquons tout d'abord qu'il appartient aux rédacteurs de notre Code d'avoir eu le mérite de rétablir la puissance paternelle telle qu'elle doit exister. Il est effectivement impossible de nier qu'ils aient eu de la chose, en soi, des idées très-justes : aussi lui ont-ils restitué son caractère naturel et son caractère de bienfaisante protection, en évitant le double écueil d'une trop grande sévérité, comme dans les lois romaines, ou d'une

trop grande faiblesse comme dans notre législation intermédiaire.

Les premiers motifs de la loi nouvelle ont été exposés en ces termes , par M. Albisson , tribun : L'autorité des pères et des mères sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à proprement parler un droit, mais un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir une fois rempli donne aux pères et aux mères un véritable droit, le droit légal d'exiger de leurs enfants, pendant tout le temps de leur vie, du respect et des secours (1).

Prise dans le sens spécial du mot et telle que l'entend le titre IX du Code Napoléon, la puissance paternelle est « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants (2).

Cette acception restreinte n'est pas la seule que présentent les mots de puissance paternelle. Dans un sens plus étendu, la puissance paternelle comprend l'ensemble des droits et des devoirs qui

(1) Corps législatif, dans la séance du 3 germinal an XI.

(2) M. Réal, Exposé des motifs au Corps législatif, séance du 23 ventôse an XI.

dérivent entre les ascendants et les descendants, de leurs qualités réciproques; ainsi entendue, la puissance paternelle n'appartient pas seulement aux pères et aux mères, mais encore aux ascendants; sa durée est sans limites, et au lieu de se terminer par la majorité de l'enfant ou son émancipation, elle n'a, à beaucoup d'égards, d'autre terme que la mort de ceux qui y sont soumis.

Envisagés à ce point de vue, les effets de la puissance paternelle sont contenus dans différents textes du Code, qui attribuent certains droits, tantôt aux pères et mères seulement, tantôt aux ascendants en général. L'enfant doit requérir leur consentement ou leur conseil pour son mariage, à la célébration duquel ils peuvent former opposition (1), et dont ils peuvent même, en certains cas, demander la nullité (2); ce consentement est également nécessaire pour l'adoption (3) et pour la tutelle officieuse (4). Les ascendants dans le besoin peuvent demander des aliments à leurs descendants (5); ils peuvent accepter, au nom de l'enfant mineur, les donations qui lui sont faites (6), la loi (7) leur donne

(1) Art. 173.

(2) Art. 182, 184, 191.

(3) Art. 346.

(4) Art. 361.

(5) Art. 205.

(6) Art. 935.

(7) Art. 1075.

encore le droit de faire à leurs enfants le partage anticipé de leurs biens. La fille mineure de vingt-un ans, le fils qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans, doivent rapporter le consentement de leurs père et mère s'ils veulent entrer dans une congrégation religieuse ou être admis dans les ordres (1).

Dans le titre IX il ne s'agit que de la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire du droit qui n'appartient qu'aux père et mère d'élever leurs enfants et de diriger leur éducation.

Même sous ce rapport, notre titre n'est pas complet. Plusieurs dispositions sont écrites ailleurs qui ne découlent que de la puissance paternelle : telles sont celles contenues au titre de la Tutelle (2).

Pour plus de clarté, nous diviserons l'étude de nos lois actuelles en deux parties : dans la première nous verrons quels sont les effets de la puissance paternelle en ce qui concerne les enfants légitimes ; dans la seconde, quels effets cette même puissance produit à l'égard des enfants naturels légalement reconnus.

(1) Décrets du 18 février 1809 et du 28 février 1810.

(2) Art. 389, 477.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN CE QUI CONCERNE
LA PERSONNE DES ENFANTS LÉGITIMES.

Honora patrem tuum et matrem, ut sis longævus super terram, dit l'Exode (1), et l'art. 371 : L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

C'est de ce principe de morale que découlent, pour la plupart, les effets de la puissance paternelle, entendue dans son sens le plus large. En étendant à la vie entière la durée de cette obligation, le législateur a obéi à la nature et à la morale, et ce précepte devait précéder des dispositions toutes relatives à une autorité temporaire, pour rappeler sans cesse aux enfants que si la loi les affranchit, à des époques fixes de leur âge, de l'autorité de leurs parents, il n'est point de moment de leur vie, point de circonstance, point de situation où ils ne leur doivent honneur et respect.

(1) Exod., cap. xx, vers. 12.

De plus, cet article contenant des principes dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences, devient un point d'appui pour les juges. Ainsi, par exemple, si dans des contestations d'intérêt entre des enfants et leurs parents, ceux-là passaient, dans leurs moyens d'attaque ou de défense, les bornes que le respect doit leur prescrire, le juge devrait leur rappeler l'art. 371 et les y ramener par des admonitions plus ou moins sévères, selon la nature de leurs offenses.

On s'est fondé sur cet article pour prétendre que l'enfant ne pouvait intenter contre ses père et mère une action déshonorante, et que les magistrats pourraient interdire à l'enfant, dans ses rapports avec ses ascendants, l'exercice des droits qui leur paraîtraient inconciliables avec la puissance paternelle. Il nous semble que cette opinion ne doit pas être admise, car ce serait donner à l'art. 371 une portée beaucoup plus grande que ne l'a voulu le législateur.

Selon nous cet article, avant la loi du 17 avril 1832, qui en interdit l'exercice, n'aurait pas suffi pour autoriser à refuser à un descendant la contrainte par corps qu'il aurait réclamée contre son ascendant.

Enfin l'art. 380 du C. pén. donne à l'enfant, victime du délit de ses père et mère, le droit de demander des réparations civiles : il est bien évi-

dent que cette action, formellement autorisée par la loi, aura pour résultat de déshonorer les parents, bien qu'elle soit purement civile; et ne serait-il pas bien injuste, en effet, et bien contraire à la pensée du législateur de ne pas permettre de se plaindre à la justice et de réclamer sa protection à l'enfant que ses ascendants auraient excité à la débauche (1), parce que ce serait intenter contre eux une action déshonorante ?

SECTION I^{re}.

A QUI APPARTIENT LA PUISSANCE PATERNELLE ET QUI L'EXERCE.

L'art. 372 est ainsi conçu : « il (l'enfant) restera sous leur autorité (des père et mère) jusqu'à sa majorité ou son émancipation. »

En principe donc, la puissance paternelle appartient au père et à la mère, et c'est ainsi que, par cette équitable disposition, le législateur répare l'injustice de plusieurs siècles, en faisant, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille et en la rétablissant dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature, droits sacrés et trop méprisés par les législations anciennes.

(1) Art. 334 et 335 C. pén.

Mais, pour éviter tout conflit de pouvoir, c'est le mari déjà investi de la puissance maritale, qui en a seul l'exercice durant le mariage (1).

Telle est la règle, et pour que la mère puisse concourir avec le père à exercer cette puissance, il faut un texte positif qui permette de déroger à ce principe. Il en sera ainsi, par exemple, quand il s'agira d'appliquer les art. 148 et 346 du Code Nap., qui obligent l'enfant, dans le cas de mariage ou d'adoption, à demander le consentement ou le conseil de son père et de sa mère, selon qu'il a atteint ou non sa majorité.

Ici se présente une objection tirée de l'usage suivi par quelques personnes de religion différente, et qui, avant de contracter mariage, admettent une certaine clause, suivant laquelle chacun des deux époux élèvera, savoir : les garçons dans la religion de leur père, et les filles dans celle de leur mère. Qu'arriverait-il donc, s'il y avait dissidence au sujet de cette convention, et si la mère portait plainte contre son mari faute d'observer un pareil traité ?

Quel que soit le mérite de cette concession, faite surtout en vue des convenances, nous ne lui reconnaissons aucune obligation légale, et nous en concluons, en nous référant à l'art. 373, que, en cas de dissidence entre les époux, c'est au

(1) Art. 375.

père seul qu'il appartient de diriger l'éducation de ses enfants et de les élever dans la religion qui lui paraît être la meilleure et la plus vraie.

Si l'on s'en tenait à la lettre de l'art. 373, la mère ne pourrait exercer la puissance paternelle qu'au décès du père, mais cette interprétation judaïque ne saurait évidemment être admise. Aussi est-on généralement d'accord que lorsque, pendant le mariage, le père est dans l'impossibilité physique ou légale d'exercer la puissance paternelle : si, par exemple, il est interdit, absent ou privé de son pouvoir, aux termes de l'art. 335 du C. pén., c'est à la mère que revient l'exercice de la puissance paternelle. En principe, elle est commune au père et à la mère; c'est la crainte des conflits qu'aurait pu faire naître l'exercice simultané de ce pouvoir par le père et par la mère, qui l'a fait confier au père seul; ici, ce motif n'existe plus : et à qui d'ailleurs confierait-on cette autorité avec plus de justice qu'à la mère, comme une conséquence logique des soins affectueux qu'elle prodigue à ses enfants? Aussi les textes de nos Codes supposent-ils toujours que c'est à la mère que passe cette puissance, si le père est dans l'impossibilité de l'exercer (1).

C'était, du reste, la décision de l'ancien Droit; la mère exerçait la puissance paternelle non-

(1) Art. 141, 149 C. Nap.— 2 C. de com.

seulement après la mort du mari, mais aussi « dans le cas auquel pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer (1). »

Il faut encore décider ainsi au cas où le père, même non interdit, est placé dans un établissement public ou privé d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838. Alors le certificat d'admission est une preuve légale de l'empêchement du mari. Mais si, le père n'étant ni interdit ni placé dans un établissement d'aliénés, la mère prétendait s'emparer de la puissance paternelle, sous prétexte d'affaiblissement des facultés intellectuelles de son mari, ou de son simple éloignement, elle outrepasserait la prescription de la loi, et ouvrirait ainsi la voie à une foule d'abus, qu'on ne pourrait tolérer : aussi ne serait-elle pas recevable dans sa demande.

SECTION II.

EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT.

Si la loi a entouré la puissance paternelle d'un prestige aussi grand, on doit se demander quel en est le but et quelle sera la sanction dont elle pourra faire usage.

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. III, tit. VI, sect. 2.

Le but qu'elle se propose, c'est l'éducation des enfants, soit morale, soit physique ; éducation qui, si elle est bien dirigée, en fera plus tard des hommes utiles à la société.

C'est donc aux parents, ou à celui d'entre eux qui a le gouvernement de la famille et qui exerce la puissance paternelle, qu'il appartient de former leurs mœurs, de cultiver leur esprit, de les préparer à une profession particulière, assortie à leur fortune, à leurs goûts, à leurs facultés et de la leur faire embrasser. Il est donc nécessaire que cette puissance trouve en elle-même des moyens assez énergiques pour plier sous son joug certaines natures rebelles aux observations ou aux remontrances qu'on leur adresse, ou bien insensibles aux nobles sentiments qu'on cherche à leur suggérer. La loi a donc prévu ces différents cas : aussi accorde-t-elle aux parents les droits de surveillance et de correction.

Nous allons les exposer successivement.

§ 1^{er}. De la garde et de la résidence de l'enfant.

L'art. 374 nous apprend que « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire et après l'âge de dix-huit ans révolus. » Il est presque inutile de dire que cette disposition imposée à l'enfant, le suit dans tous les lieux

où le père croit devoir le placer, et, par exemple, dans les pensions ou maisons d'apprentissage.

Ce qui nous frappe, au premier abord, dans cet article, c'est l'exception unique qui vient enlever au père l'autorité qui lui est confiée par la loi. Cette exception, du reste, est basée sur un intérêt si important, la défense de la patrie, que tout homme raisonnable en approuve l'application, à cause de l'utilité générale qui lui sert de but. La jurisprudence du temps de Pothier était fixée en ce sens: « il faut, dit-il, excepter de notre règle le service du roi, auquel les enfants de famille peuvent valablement s'engager contre le consentement de leurs père et mère. *L'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle* (1).

Cet article a reçu diverses modifications, suivant les besoins de la société ou les vues judiciaires du législateur. Ainsi, sous le premier empire, l'âge nécessaire pour l'enrôlement, fixé alors à dix-huit ans révolus, fut modifié en 1832, et porté à vingt ans, pour ensuite être réduit à dix-sept par la loi du 13 juillet 1848.

Le père a aussi le droit de réclamer le concours de la force publique pour faire ramener son enfant dans la maison paternelle, ou dans

(1) *Traité des personnes et des choses*, part. I, tit. VI, sect. 2.

toute autre résidence dans laquelle il aurait été placé et qu'il aurait désertée. « Le fils, disait le premier consul, ne peut, sans le consentement de son père, quitter la maison paternelle, ni voyager : *s'il se le permet, le père a le droit de le faire ramener* (1).

Également, il pourrait le revendiquer contre un tiers qui le retiendrait de gré ou de force (art. 354, C. pén.), alors même que ce tiers prétendrait être créancier du père à propos de l'enfant, comme pour sa pension ou son apprentissage, par exemple, car la personne de l'enfant ne pourrait lui servir de gage.

S'agit-il, dans ce cas, d'une contrainte par corps, dans le genre de celle que le créancier peut quelquefois employer contre son débiteur ? Non ; mais on a voulu seulement donner raison à un des droits du père, que la loi reconnaît et qui doit s'arrêter au moment où l'enfant est rentré sous le toit paternel ; car, s'il en était autrement, si cette rentrée devait se changer en séquestration arbitraire, non-seulement le but de la loi serait dépassé, mais encore la conduite du père l'exposerait à des poursuites judiciaires.

Pour mettre en mouvement la force publique, il est nécessaire d'obtenir un ordre du président du tribunal pour faire ramener l'enfant dans la

(1) Loqué, *Législ. civ. t. VII*, p. 20.

maison paternelle, soit qu'il se trouve en état de vagabondage, soit qu'il ait été recueilli par des tiers. Il en serait encore ainsi s'il était retenu plus ou moins volontairement dans une maison religieuse. Alors, dans ce dernier cas, le ministère public pourrait venir en aide à la puissance paternelle, car des tiers, une communauté religieuse, par exemple, qui retiendraient un enfant mineur, pourraient être considérés comme coupables de détention arbitraire (art. 615 et suiv., C. d'instr. crim.).

Avant de passer à notre second paragraphe, faisons remarquer que si la loi ne parle dans l'art. 374 que du père, c'est qu'elle ne prévoit que les cas ordinaires, qu'elle suppose qu'il y a mariage et que la puissance paternelle est exercée par le père; mais si cet exercice appartenait à la mère, par l'une des circonstances exceptionnelles dont nous avons parlé, ou parce que le père serait mort, la règle serait évidemment la même. Il en serait encore ainsi, alors même que, le père étant mort, la mère n'exercerait pas la tutelle, mais un tiers; car si l'enfant a sa demeure *juridique*, son domicile chez son tuteur, sa *résidence* est toujours chez le survivant de ses père et mère, auquel l'attribution à un tiers du pouvoir tutélaire ne saurait enlever la puissance paternelle.

§ 2. Du droit de correction.

Toute puissance directrice ou régulatrice suppose l'attribution d'une force coercitive quelconque, disait M. Albisson, orateur du Tribunal : aussi du pouvoir des parents sur leurs enfants, doivent sortir tous les moyens de correction nécessaires pour le rendre utile et profitable aux enfants eux-mêmes.

La loi qui se confie aux parents pour la mesure et le mode de l'éducation, devait aussi se fier à eux pour le jugement et la punition des fautes qui ne sortent pas du cercle de la discipline usitée dans l'intérieur des familles. Aussi ne voulons-nous pas parler ici de ces punitions qui, infligées *in domo*, n'ont aucun rapport avec la loi, et pour lesquelles le Code s'en remet à la prudence des parents, mais bien de ces cas où les moyens ordinaires ne suffiront pas pour soumettre la nature rebelle de l'enfant, quand le père ou la mère a contre lui de très-graves sujets de mécontentement. La loi vient alors au secours de l'autorité paternelle, en l'armant du droit de correction, qui reçoit certaines restrictions suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

Exposons-le d'abord dans la personne du père.

I. DROIT DE CORRECTION EXERCÉ PAR LE PÈRE. —

Le droit de faire détenir l'enfant est exercé par le père, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition seulement.

Par voie d'autorité. — « Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation (1). »

Dans ce cas, comme on le voit, c'est l'autorité seule du père qui agit, car son titre est écrit dans la loi, et si le président est appelé à intervenir, c'est plutôt pour légaliser l'emploi de la force publique que pour en demander la réquisition.

L'ordre d'arrestation doit être délivré sans examen des griefs qui ont amené la détermination du père, et alors même que ceux allégués seraient faux ou n'existeraient pas, car le père peut avoir des raisons très-justes de les taire. Le président ne peut faire qu'une seule chose, c'est que, s'il entrevoit que le père use d'une trop grande sévérité, il lui est permis de lui donner un bon conseil, mais non d'arrêter son action.

Remarquons toutefois que si le père demandait la détention d'un enfant en très-bas-âge, ce serait

(1) Art. 376.

un véritable acte de folie : alors, loin de s'y associer, le président du tribunal devrait refuser absolument l'ordre d'arrestation, sans tenir compte d'une demande aussi extravagante.

Nous savons que pour que le père puisse exercer ce mode de correction, *par voie d'autorité*, l'enfant doit être âgé de moins de seize ans commencés, c'est-à-dire n'avoir pas encore accompli sa quinzième année. Il faut, de plus : 1° que le père ne soit pas remarié (1) ; 2° que l'enfant n'ait pas de biens personnels (2) ; 3° qu'il n'exerce pas un état (3).

Dans ces cas seulement la voie d'autorité n'offre aucun danger, parce que avec les garanties prises par la loi, on doit supposer qu'en présence d'un enfant en si bas-âge et sans subir aucune influence, le père n'obéira à aucun sentiment de vengeance ou d'intérêt.

Par voie de réquisition. — L'art. 377 est ainsi conçu : « Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus ; il s'adressera au président du tribunal de son arrondissement qui, après en avoir conféré avec le procureur

(1) Art 380.

(2) Art. 382.

(3) *Ibid.*

impérial, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père. »

Quand le père agissait par voie d'autorité, le président du tribunal ne faisait qu'imprimer à la sentence paternelle le sceau de la force publique ; ici, au contraire, le pouvoir de juger, comme celui d'ordonner l'exécution du jugement n'appartient qu'à ce magistrat. Pour qu'il puisse prononcer en connaissance de cause, les motifs de la demande d'arrestation doivent lui être soumis, afin qu'il puisse les peser et voir si, après en avoir conféré avec le procureur impérial, il accordera ou refusera l'ordre d'arrestation. La loi lui permet encore, s'il satisfait à la demande du père, d'abréger la durée du temps de détention requis, mais toutefois sans pouvoir l'augmenter, car c'est un principe généralement admis que le juge ne peut pas prononcer *ultra petita*.

Le père ne peut agir que par voie de réquisition, dans les quatre hypothèses suivantes :

1° Lorsqu'il est remarié (1). M. Toullier a parfaitement expliqué les motifs de cette restriction : « Si le père est remarié, dit-il, de nouvelles amours et les artifices d'une marâtre n'altèrent que trop souvent la tendresse et les sentiments du père pour ses enfants. » C'est donc

(1) Art. 380.

avec raison que la loi a craint l'influence d'une belle-mère, qui pourrait faire partager à son mari ses dispositions peu bienveillantes et souvent même hostiles.

Remarquons que cet article, comme le texte l'indique du reste, s'applique même aux enfants âgés de moins de seize ans.

En perdant sa nouvelle femme, le mari recouvrerait-il le droit de faire détenir par voie d'autorité ses enfants du premier lit, âgés de moins de seize ans commencés ?

Parmi les commentateurs, un grand nombre adoptent l'affirmative, en se fondant sur cette considération : que la crainte inspirée au législateur par l'influence de la nouvelle femme du père, souvent hostile aux enfants du premier lit, cesse d'exister du moment qu'elle est décédée, et qu'en conséquence le père, redevenu veuf, recouvre les droits de correction avec une étendue aussi grande qu'avant son mariage.

Une question identique se présente à l'égard de la mère remariée et redevenue veuve. L'art. 381 n'accorde le droit de faire détenir l'enfant, même par voie de réquisition, qu'à la mère survivante et *non remariée* ; or, les motifs indiqués plus haut devraient lui faire recouvrer, après son veuvage, les droits de correction qui lui sont accordés par cet article.

Pour nous, malgré l'autorité acquise aux nom-

breux commentateurs qui se sont rangés du côté de l'affirmative, sur ces deux questions, nous pensons, avec notre savant Doyen, qu'on ne peut adopter un pareil système. Si l'on se reporte, en effet, à l'art. 380, on voit que le père qui s'est remarié perd le droit de détenir son enfant du premier lit par voie d'autorité, et que de même, d'après les termes de l'art. 381, la mère remariée perd également ses droits de correction sur les enfants de son précédent mariage. Or, si la loi enlève ce droit au père remarié, ainsi qu'à la mère remariée, comment donc pourront-ils, l'un et l'autre, recouvrer ce droit qu'ils auront perdu? Il faudrait pour cela un nouveau texte de loi; or, ce texte n'existe nulle part. On doit donc en conclure que ce serait faire preuve d'une trop grande présomption que de vouloir donner à cet article du Code une interprétation que rien ne justifie. Remarquons encore les termes de notre art. 380 : *si le père est remarié*, dit-il, c'est-à-dire s'il a contracté une nouvelle union, s'il n'est pas resté veuf, car on a essayé d'objecter contre ce système que les art. 380 et 381 supposaient que le père (ou la mère) est *actuellement remarié*; manière d'interpréter beaucoup trop large et que le texte n'autorise en aucune façon.

Allons plus loin et admettons même, pour un moment, que les termes des art. 380 et 381 peuvent donner lieu à certaines équivoques : on peut

cependant arriver à la vérité en songeant aux motifs qui les ont suggérés. Dans son Exposé des motifs, en effet, M. Réal, en parlant du père et de la mère remariés, *ne leur suppose plus la même tendresse ni la même impartialité* ; et, suivant nous, c'est avec raison qu'il a fait valoir de pareilles réflexions, car généralement on ne trouve ni dans le père qui se remarie, ni dans la mère qui convole à de secondes noces, cette affection première qui offre aux enfants du premier lit toutes les mêmes garanties que par le passé.

Si la mort du nouvel époux diminue le danger, elle ne le fait pas disparaître complètement, car il survit toujours dans l'esprit de son conjoint, qui subit fatalement peut-être, mais néanmoins qui subit une sorte d'influence morale de la part de celui qui n'est plus. Ajoutons, et il faut bien le reconnaître, que ces mêmes enfants qui se sont vus privés d'une partie de l'affection qu'on leur témoignait, se montreront peut-être moins respectueux, moins dociles aux remontrances quand ils s'apercevront qu'ils sont l'objet de moins de sollicitudes. Ainsi la situation n'est pas redevenue ce qu'elle était avant le nouveau mariage, pour le père ou pour la mère ; tout danger n'a donc pas disparu et alors la loi a bien fait de ne pas accorder aux parents leur ancien droit d'autorité, puisque les conditions propres à en accomplir l'exercice ne sont plus les mêmes, ni pour le père ni pour la mère, ni pour les enfants du premier lit.

Et surtout s'il s'agit de la mère, devenue veuve une seconde fois, n'est-il pas à craindre que l'ascendant de son dernier époux, quoique décédé, ne conserve encore trop d'empire sur son cœur, pour lui permettre d'accorder aux enfants de son premier mariage, ce dévouement complet, cette abnégation affectueuse qu'ils sont en droit d'attendre d'elle ? Et, qu'arriverait-il, en outre, si elle avait des enfants de sa nouvelle union ?

2° Lorsque l'enfant a plus de seize ans commencés (1). A cet âge, en effet, il peut tomber dans des écarts plus graves qui nécessiteront une répression plus vive : aussi le père a-t-il, jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le droit de réquérir la détention de son enfant pendant six mois au plus. Mais, comme il est à craindre que la susceptibilité des parents, blessée par les mauvais procédés de l'enfant, ne les porte à des ressentiments irréfléchis, le législateur a voulu qu'il eût droit alors à plus de ménagements et de garanties, par cela même qu'il est plus âgé et qu'il peut encourir une détention plus longue. C'est pour cela qu'on a placé l'autorité du président, comme un pouvoir modérateur, à côté des prétentions du père.

Dans ce cas, le père est obligé de produire l'acte de naissance de l'enfant, par cette consi-

(1) Art. 377.

dération sans doute de M. Vesin (1), que : « quelque confiance que méritent les pères, la loi ne doit pas être basée sur la fausse supposition que tous sont également bons et vertueux. »

3° Lorsqu'il a des biens personnels, et alors même qu'il est âgé de moins de seize ans commencés (2). « Si l'enfant a pour père un dissipateur, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du refus de l'enfant et que peut-être il lui fera acheter la liberté (3). »

Cette explication fut donnée au Conseil d'État par le consul Cambacérès, mais bien qu'elle ait été aussi produite par M. Réal, dans son *Exposé des motifs*, elle manque de fondement. Si l'on vient à consulter effectivement les art. 386, 387 et 389, on est forcé de reconnaître que l'enfant, soumis à la puissance paternelle, ne peut pas administrer ses biens, pas même ceux dont ses père et mère n'ont pas la jouissance légale; qu'en outre, d'après les art. 1124 et 1305, il ne peut consentir aucune aliénation, ni aucune obligation personnelle, et que même (toujours en le supposant âgé de moins de seize ans) il est pareillement incapable de disposer par testament (4).

(1) Dans son Rapport au Tribunal.

(2) Art. 382.

(3) Loqué, *Lég. civ.*, t. VII, p. 36.

(4) Art. 904.

Sur quoi donc le législateur a-t-il pu fonder un pareil motif ? Sur la crainte que le père ne fit incarcérer son enfant, afin de pouvoir, à l'abri de son contrôle, dilapider ses biens, ou bien, dans le cas où il serait obligé de lui rendre des comptes, d'obtenir de sa faiblesse ou de son ignorance une renonciation, nulle sans doute aux yeux de la loi, mais que la conscience de l'enfant croirait devoir lui accorder. On doit aussi songer que l'enfant, devenu propriétaire, a droit à plus d'égard à cause du rôle qu'il est appelé à jouer dans la société.

4° Quand l'enfant exerce un état. Cette disposition s'explique d'elle-même : l'enfant effectivement se rend utile à la société, il mérite donc intérêt et encouragement. En lui permettant d'embrasser une profession, son père l'a en quelque sorte émancipé, et parvenu à se créer une existence, il doit être traité avec plus de ménagement que celui qu'on ne peut considérer encore que comme un enfant. Il importe surtout qu'on ne puisse pas arrêter légèrement, et quelquefois sans retard, l'affermissement de son état et les progrès de sa fortune.

Remarquons que, quoique le texte de l'art. 382 parle de l'enfant qui *exerce un état*, il ne faut pas absolument prendre ses mots à la lettre ; car alors ils ne recevraient jamais leur application, le bas-âge dans lequel se trouve l'enfant ne lui permettant pas d'être à la tête d'un établissement

à son compte, mais avec un certain tempérament et en ce sens que l'enfant exerce lucrativement un travail, comme le dit l'art. 387, et une industrie séparée.

Lorsque l'enfant a moins de seize ans, et que d'après les art. 380, 381 et 382, on ne peut agir que par voie de réquisition, la durée de la détention est-elle de six mois, ou bien ne peut-elle excéder un mois ?

Précisons bien nettement d'abord la règle : l'enfant a-t-il moins de seize ans, le père ne peut pas requérir contre lui une détention de plus d'un mois ; a-t-il plus de seize ans, le maximum de cette détention ne peut dépasser six mois.

Malgré cela, quelques auteurs soutiennent que dans toutes les hypothèses d'âge, alors que le père agit par voie de réquisition, la détention peut être de six mois. Ils se fondent principalement sur ce que les art. 380, 381 et 382 se réfèrent uniquement à l'art. 377, qui prononce la correction de six mois et en organise le mode, et de plus sur ce qu'ici le père n'est plus le juge de la détention, mais bien le magistrat, la loi s'en référant à sa sagesse. Or, il ne peut être lié par l'art 376, qui ne lui est en aucune manière applicable et ne le concerne pas. C'est donc un pouvoir souverain qu'il possède, et telle en est la puissance, que l'art. 377 lui confère le droit d'abrégé comme il le veut la durée de la déten-

tion requise par le père. L'autorité réside alors dans la personne du président du tribunal et non dans celle du père. Ce dernier requiert l'emprisonnement, et le magistrat le prononce pour la durée qui lui semble convenable, quel que soit l'âge de l'enfant, mais sans pouvoir excéder le maximum de six mois.

Nous ne pouvons admettre cette opinion, et nous pensons qu'en présence de la règle formulée par les art. 376 et 377, d'une façon si nette et si précise, il est impossible de réfuter celle que nous adoptons. Quand, en effet, les art. 380, 381 et 382 renvoient à l'art. 377, est-ce qu'ils s'y réfèrent entièrement pour le tout? Pas le moins du monde: ils ne lui empruntent qu'une seule chose, *la forme*, le mode de procéder et non *la durée* de la détention. Les trois articles ci-dessus cités le prouvent clairement, et surtout l'art. 382 qui commence ainsi: « Lorsque l'enfant aura des biens personnels ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra même, au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, *en la forme* prescrite par l'art. 377. » En la forme, dit-il! quoi de plus formel?

De plus, ajoutons que le motif qui a donné lieu à ces trois exceptions a pour but de favoriser l'enfant au lieu d'aggraver sa position; et s'il y a une différence marquée entre le maximum de la détention dans le cas de l'art. 376, et son maximum,

dans le cas de l'art. 377, on peut soutenir que cette différence n'est pas fondée sur ce que la détention est ordonnée dans le premier cas par voie d'autorité, et dans le second par voie de réquisition, mais qu'elle repose avant tout sur une autre considération, sur la différence même de l'âge de l'enfant. N'est-il pas souverainement juste, en effet, de proportionner sa détention aux écarts qu'on peut redouter de sa part, de manière à la diminuer ou à l'augmenter, suivant la possibilité des fautes plus ou moins répréhensibles qu'il pourra commettre ?

Telle est, selon nous, la raison principale, absolue, qui restera toujours la même, dès que l'enfant a moins de seize ans, quelle que soit la position de son père ou de sa mère, ou sa position personnelle.

Lorsque le président a statué en vertu de l'art. 377, l'enfant ne peut-il pas se pourvoir contre sa décision ?

L'art. 382 est ainsi conçu dans son second alinéa : « *L'enfant détenu* pourra adresser un mémoire au procureur général près la Cour impériale. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur impérial près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la Cour impériale, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre

délivré par le président du tribunal de première instance. »

Ce recours, comme on le voit, n'est pas suspensif, car notre article dit : *L'enfant détenu*. Cette opinion est celle du rapporteur au Tribunal, M. Vesin, au nom de la section de législation, dans la séance du 1^{er} germinal an XI (4). Ici, effectivement, il ne s'agit pas d'un procès ordinaire; en cas de pourvoi, comme devant le président et le procureur impérial du tribunal de première instance, tout doit être traité secrètement. C'est donc officieusement que les magistrats entendent le père (ou la mère) et se procurent les renseignements nécessaires pour s'éclairer.

Ce recours de l'enfant peut-il être exercé dans tous les cas, ou seulement dans ceux prévus par le premier alinéa de l'art. 382? Remarquons, en effet, que le recours accordé à l'enfant est renfermé dans l'article même qui suppose qu'il a des biens personnels ou qu'il exerce un état.

Cette disposition de la loi, il est vrai, est bien contenue dans le texte de l'art. 382, mais aussi elle y forme un alinéa distinct; ne pourrait-on pas dire alors qu'elle y est à titre de disposition générale et indépendante? Pour nous, nous pensons que ce recours doit avoir lieu, dans tous

(4) 22 mars 1803.

les cas où la détention a été ordonnée par voie de réquisition, et, en outre, de la raison matérielle de texte que nous donnons, est-ce que ce ne serait pas une anomalie que d'accorder un droit de recours à l'enfant ayant des biens personnels ou exerçant un état, et de le refuser à celui dont le père s'est remarié ? Où trouver un motif de différence entre les deux, car, il n'y en a aucun certainement ; et puis, pourquoi l'enfant qui a des biens personnels et qui jouit déjà d'une faveur qui peut-être n'est pas très-rationnelle, pourquoi serait-il plus protégé que celui dont le père a convolé en secondes noces ? Ce dernier, assurément, mérite toute la sollicitude de la loi, car son père subit peut-être l'influence hostile d'une marâtre, et on voudrait lui refuser ce secours !

Ce recours d'ailleurs est tout-à-fait conforme aux principes du droit commun, et si, dans cette question, il ne s'agit pas précisément de la contrainte par corps, dans l'acception ordinaire du mot, il s'agit au moins d'une question de liberté individuelle, et il importe qu'elle ne soit pas jugée définitivement en premier ressort. L'appel forme le droit commun, et dans le doute l'interprétation qui favorise l'appel étant la plus rationnelle et la plus prudente, on doit l'admettre ici, alors qu'il s'agit de sauvegarder les droits d'un enfant. M. Vesin, du reste, présente la

déposition comme générale, en déclarant qu'elle a pour but « de prévenir et de paralyser toutes les surprises, toutes les intrigues des localités, et empêcher qu'elle ne puisse jamais être un moyen de despotisme entre les mains des pères ou mères contre leurs enfants. »

Le père a-t-il un droit de recours aussi bien que l'enfant ?

Nous distinguons : si le père entend élever des réclamations contre la détention qui a été prononcée, contre sa durée, notre opinion est qu'il n'a aucun moyen de se pourvoir ; car le magistrat est souverain par rapport à la détention et à sa durée, dans le cas des art. 377, 380, 381, 382, si aucune contestation ne s'engage sur le fond du droit ; et d'ailleurs l'art. 382 est formel, car il n'accorde un recours qu'à l'enfant détenu.

Mais voici, par exemple, ce qui peut arriver : le père prétend avoir le droit d'agir par voie d'autorité ; le président du tribunal soutient qu'il ne peut employer que le mode de détention par voie de réquisition ; ou bien encore, il y a contestation sur l'âge de l'enfant, etc....., et il refuse l'ordre d'arrestation. Qu'arrivera-t-il alors ? Le droit du père est écrit dans la loi : donc, il existe, et puisqu'on le méconnaît, il faut bien qu'il ait un moyen de s'exercer et qu'il soit garanti, car ce n'est pas de la seule volonté du président qu'il doit dépendre.

Comment alors le père agira-t-il ? En quelle forme ? L'art. 382 est-il applicable ? Malgré les avantages qu'une procédure secrète pourrait avoir, laquelle en même temps serait prompte et ne rendrait pas nécessaire l'intervention de l'enfant lui-même, nous pensons que cet article n'est pas applicable, car il constitue un mode de procéder exceptionnel et non applicable à la question litigieuse qui s'élève. Il faudra suivre alors les formes ordinaires, mais, ainsi que le dit le savant doyen de la Faculté de Droit de Caen, comme le président ne saurait être l'adversaire du père, il faudra nommer à l'enfant un tuteur *ad hoc* chargé de soutenir la prétention élevée dans son intérêt par ce magistrat. »

Dans l'un et l'autre cas, c'est-à-dire que le père agisse par voie d'autorité ou par voie de réquisition, il ne doit y avoir aucune écriture, aucune formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs ne seront pas énoncés (1). Ainsi, une seule chose doit être écrite, c'est l'ordre même d'arrestation, et cet ordre doit être délivré par le magistrat sans qu'il indique les motifs qui l'ont décidé à accéder à la demande du père. Ce dernier même peut faire sa réquisition verbalement au président, sans employer le ministère d'aucun officier

(1) Art. 378.

public ni aucune écriture. Cette disposition de la loi est infiniment sage : à quoi bon, en effet, donner de la publicité à des écarts de jeunesse qui, exposés au grand jour, ne feraient que rendre plus difficiles les rapports du père avec l'enfant et ne serviraient qu'à présenter sous un jour trop défavorable des fautes qui, après tout, ne sont souvent que le résultat de la légèreté et dont le souvenir doit s'effacer ?

Cependant, en présence de la généralité des termes de l'art. 609 du C. d'instr. crim. (ajout. 789 et 790 C. proc. civ.), on s'est demandé si l'agent de la force publique, chargé d'exécuter l'ordre du président, ne devait pas dresser un procès-verbal de l'arrestation et surtout le gardien de la maison de détention un acte d'écrou, et transcrire sur un registre l'ordre du président ?

Nous sommes bien forcé de reconnaître, sans doute, toute la généralité des termes de l'article ci-dessus cité, mais aussi on ne peut non plus nous refuser d'admettre que le texte de l'art. 378 est également très-formel : *Il n'y aura, dit-il, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation.*

Ici il ne s'agit pas d'un emprisonnement ordinaire ; or, si l'on dresse un procès-verbal d'emprisonnement et un acte d'écrou, quelle différence y aura-t-il avec ce qui se passe ordinairement et que deviendra l'art. 378 ?

J'irai plus loin et je dirai même qu'il n'y a pas d'emprisonnement du tout. Et cela est si vrai que, dans le projet de loi qui indiquait d'abord que l'enfant serait *détenu dans une maison de correction*, on supprima ces derniers mots, afin que la détention ne fût pas regardée comme un emprisonnement proprement dit, mais plutôt comme une mesure de discipline paternelle et temporaire, et pour laquelle le Gouvernement a dû créer des maisons spéciales où les enfants sont mis à l'abri des mauvais exemples si communs dans les maisons de correction (1).

La loi n'indique pas le lieu de détention ; à Paris, une maison spéciale est affectée à la correction paternelle : pour les garçons, la maison de la Roquette, et pour les filles, le couvent de la Magdeleine. Le nom de l'enfant et l'ordre d'arrestation sont inscrits sur le registre d'ordre tenu par ces maisons ; mais il n'y a pas de procès-verbal d'arrestation et d'écrou. Les Dames charitables du Refuge Saint-Michel sont également autorisées, par un décret du 30 septembre 1807 « à recevoir dans leur maison les personnes qui y sont envoyées par le père ou le conseil de famille, dans les formes établies par le Code Napoléon. »

(1) Que les enfants ne soient pas envoyés dans les maisons de correction, disait Lebrun, ce serait les envoyer au crime. — Fenet, t. X, p. 509.

Quand il n'y a pas de maison spéciale, il faut bien alors avoir recours à la prison ordinaire; mais, afin de pouvoir appliquer l'art. 378 et aussi de mettre à couvert la responsabilité de l'huissier et du geôlier, pourquoi ne tiendrait-on pas dans ces maisons un registre spécial, absolument réservé pour le cas dont nous nous occupons et sur lequel le nom de l'enfant serait inscrit?

Aux termes de l'art. 378, deuxième alinéa, le père est tenu de souscrire une soumission de payer les frais et de fournir les aliments convenables. Faut-il induire de ce paragraphe que si le père, vu son état de pauvreté, ne peut s'engager à payer les frais ni à fournir les aliments convenables, le droit de correction ne pourra lui être accordé et que, par conséquent, la puissance paternelle sera un vain pouvoir entre ses mains, puisqu'il ne pourra réclamer la détention contre son fils rebelle? Non; telle n'est certes pas l'intention du législateur, car « lorsqu'il résulte de l'attestation du juge de paix et du maire que le père est dans l'impossibilité de payer les aliments (1) », l'administration le dispense de faire la soumission prescrite par l'art. 378.

Nous pensons qu'il n'est pas utile que le père soit obligé de verser d'avance une somme suffisante pour fournir pendant un mois à l'enfant les

(1) De Belleyme, *Ordon. sur réf.*, t. I, p. 12 et suiv.

aliments nécessaires, conformément aux art. 789 et 800, C. proc. civ., et à l'art. 28 de la loi du 17 avril 1832, parce que la correction paternelle ne ressemble pas à l'incarcération d'un débiteur par un créancier, mais qu'elle a été instituée d'abord dans l'intérêt de l'enfant, puis dans celui des familles et de l'État, et que dès lors on ne doit pas imposer au père des conditions telles qu'elles lui rendraient souvent impossible l'exercice de son autorité (1).

L'art. 379 laisse une belle prérogative au père, car si la loi lui a donné le pouvoir d'user contre son enfant de moyens coercitifs, elle lui permet aussi de pardonner et ainsi d'user du droit de grâce. Le père, en effet, d'après cet article, est toujours maître d'abrèger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise.

Seul, il est juge du repentir de l'enfant ou de toute autre cause qui lui semblerait de nature à devoir faire abrèger la durée de la détention par lui requise. Bien plus même, l'ordre d'arrestation délivré par le président, pourrait, s'il le jugeait convenable, ne recevoir aucune exécution.

Rien de plus sage que cette disposition ! Le fils devra son pardon à son père, et pour lui témoigner sa reconnaissance il s'efforcera de revenir à de meilleurs sentiments, et tâchera d'entrer dans une voie de réparation et d'honnêteté.

(1) Taulier, t. I, p. 480.

Dans ce pardon, il n'est pas à craindre que l'enfant y voie une faiblesse de la tendresse paternelle, puisque s'il tombe dans de nouveaux écarts, le deuxième alinéa de l'art. 379, autorise le père à requérir une nouvelle détention. Cet article porte : « si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être ordonnée une seconde fois, de la manière prescrite aux articles précédents.

Remarquons que le droit du père n'est pas limité, comme pourrait le faire croire ce paragraphe, qui, entendu dans son sens absolu, signifierait que le père ne pourrait réclamer une nouvelle correction contre son fils, de plus en plus insoumis, qu'autant qu'il aurait abrégé sa première détention en lui pardonnant. Prêter cette intention au législateur serait peu raisonnable, car l'enfant qui a subi en entier le châtimeut qui lui était infligé peut parfaitement bien se montrer encore rebelle, et mériter par de nouveaux écarts une nouvelle peine.

Nous pensons donc que le père peut user de nouveau du droit que la loi lui accorde, et en user soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, suivant les cas, sans que la récidive puisse porter aucune atteinte au pouvoir paternel.

II. DROIT DE CORRECTION EXERCÉ PAR LA MÈRE.

— Entre les mains de la mère, le droit de cor-

rection subit certaines modifications : l'art. 381 porte en effet que « la mère *survivante* et *non remariée* ne pourra faire détenir son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition conformément à l'art. 377. »

Notre article ne parle que de la mère survivante, mais il doit s'appliquer aussi bien quand le père existe encore que quand la mère est veuve ; car cette dernière peut exercer la puissance paternelle pendant le mariage quand son mari est dans l'impossibilité de le faire, soit parce qu'il est interdit, absent ou dépouillé par sentence judiciaire du pouvoir paternel. Dans l'un comme dans l'autre cas, en effet, c'est-à-dire soit qu'elle use de l'autorité paternelle pendant le mariage ou après sa dissolution, la mère ne peut jamais faire détenir l'enfant que *par voie de réquisition*, quel que soit l'âge de celui-ci, parce que douée d'une nature plus impressionnable, ayant un caractère plus faible, elle est plus prompte à s'alarmer, et pouvant subir l'influence de conseils téméraires, elle pourrait employer des mesures trop rigoureuses.

Elle perd même ce droit quand elle est remariée, parce qu'alors on a craint que, se trouvant elle-même soumise à l'autorité de son second mari, ce ne fût ce dernier qui véritablement exerçât la puissance paternelle, et que ce pouvoir, entre

ses mains, ne devint une arme dangereuse contre des enfants qu'il ne connaît pas et auxquels il pourrait même être hostile.

Est-ce à dire que la mère ne pourra jamais exercer un pareil droit ? Que la puissance paternelle entre ses mains sera dépourvue de tout moyen de sanction ? Non ; car si la mère remariée est maintenue dans la tutelle, elle aura le moyen, d'après l'art. 468, ayant des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite de son enfant mineur, et en se plaignant au Conseil de famille, d'obtenir l'autorisation de provoquer sa détention.

Quand la mère n'est pas remariée et qu'elle veut faire détenir son enfant, elle ne peut exercer son droit que suivant certaines modifications ; précautions fort sages prises par le législateur dans le but de la défendre contre elle-même, si elle était prête à céder à des résolutions irréflechies, et de la protéger aussi dans le cœur de son enfant, contre toute apparence de précipitation et d'injustice.

Nous savons déjà qu'elle ne peut jamais agir par *voie d'autorité*, dans aucuns cas, et que seule la détention par *voie de réquisition* lui est permise. De plus, quand elle veut faire subir ce châtement à son enfant insoumis ; elle doit obtenir le concours des deux plus proches parents paternels.

Ce n'est pas seulement l'*avis*, c'est le consentement des parents paternels qui est nécessaire : le refus de l'un d'eux ferait rejeter la demande. « Le législateur a dû prévoir que la mère, trop faible ou trop légèrement alarmée, pourrait peut-être recourir trop facilement aux moyens extrêmes. D'un autre côté, il a dû penser qu'une veuve sans défense, dont toutes les actions sont exposées aux critiques de la malignité, devait se ménager, dans le concours des deux plus proches parents paternels, des témoins impartiaux qui pussent toujours attester la nécessité de cette mesure de rigueur, et qui fussent les garants de sa bonne administration (1).

Que devrait-on décider si les deux plus proches parents paternels demeuraient à une très-grande distance ? Le concours de deux parents plus éloignés en degré, mais demeurant sur les lieux mêmes ou aux environs, suffirait-il ? Nous le pensons, car la loi doit être appliquée d'une façon intelligente et facile : or, n'est-il pas plus naturel de consulter ceux-là même qui habitent la même commune et qui sont bien mieux à même de connaître les faits et de les apprécier, que ceux qui demeurent fort loin ?

En cas d'urgence, le concours de deux amis pourrait même suffire pour remplacer les parents

(1) M. Réal, *Exposé des motifs*.

paternels, quoique domiciliés à peu de distance (1).

Et s'il n'y a pas du tout de parents paternels ?

Les uns pensent qu'alors la mère ne peut pas exercer le droit de correction, parce qu'une des conditions absolument nécessaires pour en user est le concours des deux plus proches parents paternels : or, il n'y en a pas, donc.....

D'autres soutiennent que la mère recouvre alors toute la plénitude de ses droits et admettent qu'elle peut agir seule, de sa propre autorité.

Quant à nous, nous pensons que la mère doit remplacer les parents paternels manquants par des alliés et ceux-ci par des amis. Ainsi sera appliqué l'art. 381, qui n'a fait que poser la règle et s'en est remis pour l'intelligente application, aux analogies du Droit commun, conformément aux art. 407 et 409.

La mère a-t-elle le droit de grâce ?

Trois opinions sont en présence :

La première enseigne que, l'art. 379 ne concernant que *le père* et précédant l'art. 381 qui ne s'y réfère aucunement, la mère ne peut pas pardonner à son enfant, et que d'ailleurs, étant plus faible de caractère, elle pourrait par des pardons trop prompts compromettre son autorité.

La seconde professe que la mère a besoin, pour faire sortir son enfant avant le temps marqué, du

(1) De Belleyme, *Ordon. sur réf.*, t. 1, p. 14, note 3.

consentement de deux parents ou amis, comme elle en a eu besoin pour le faire détenir; ce qui, dit-elle, est logique, car alors on n'aura plus à craindre de pardons irréflechis ni de faiblesses.

La troisième, à laquelle nous nous rangeons, admet que la mère seule peut aussi bien que le père abrégér la durée de la détention. Il n'y a pas de texte, dit-on, qui donne positivement à la mère le droit de grâce. C'est vrai, mais il n'y en a pas non plus sur lequel on puisse se baser pour le lui enlever ou pour en entraver l'exercice entre ses mains. Ajoutons à cela qu'en présence du repentir sincère de l'enfant, il y aurait de l'injustice à ne pas permettre à une mère d'abrégér la punition qu'elle a requise, surtout quand les deux dispositions de l'art. 378 sont évidemment écrites aussi bien pour la mère que pour le père. Et pourquoi donc alors, quand personne ne conteste cette vérité, n'en serait-il pas de même de l'art. 379, qui concerne le droit de grâce? Le père alors même qu'il agit par voie de réquisition et que c'est le président qui prononce, peut seul pardonner à son enfant; pourquoi enlever cette prérogative à la mère?

De plus, n'est-elle pas libre de requérir ou de ne pas requérir la détention? Et, une fois prononcée, ne pourrait-elle pas en empêcher l'exécution? Certainement. Comment donc alors pourrait-on lui refuser le droit de faire sortir seule son enfant déjà détenu?

Enfin, comme le dit M. Demolombe, le droit de grâce est de l'essence de la puissance paternelle, et s'il est à craindre que la mère montre quelque faiblesse, il faut espérer aussi que l'enfant, touché de sa bonté, n'en deviendra pas plus insoumis, mais au contraire fera voir, par une conduite sage et réglée, qu'il était digne du droit de grâce que sa mère a exercé envers lui.

SECTION III.

COMMENT LA PUISSANCE PATERNELLE PREND FIN ET DANS QUELS CAS L'EXERCICE PEUT EN ÊTRE ENLEVÉ, SOIT AU PÈRE, SOIT A LA MÈRE, OU DU MOINS SUSPENDU OU MODIFIÉ DANS LEURS MAINS.

D'après l'art. 372, la puissance paternelle prend fin par la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

« Le législateur a écouté la voix de la nature et de la raison lorsqu'il a prononcé que l'enfant ne resterait sous l'autorité paternelle que jusqu'à ces époques », disait M. Réal au Corps législatif (1). Un âge doit arriver effectivement où l'homme soit déclaré par la loi, ou reconnu par son père, en état de marcher seul dans la route de la vie. A cette époque, ordinairement, il entre

(1) *Exposé des motifs*, séance du 23 ventôse an XI.

dans la grande famille, devient lui-même le chef d'une famille nouvelle et va rendre à d'autres les soins qui lui ont été prodigués. Telles sont les raisons qui ont fait édicter l'art. 372.

Ce texte n'est pas le seul qui mette fin à cette puissance: les père et mère peuvent en être déchus conformément à l'art. 335 du Code pén., qui nous apprend que quand ils se sont rendus coupables du délit d'attentat aux mœurs sur la personne de leurs enfants, ils doivent être privés des droits et avantages à eux accordés sur la personne et sur les biens desdits enfants, par le Code civil, liv. I, t. IX, *De la puiss. pat.*

Cette déchéance résulte alors, de *plein droit*, du jugement qui condamne le père ou la mère comme coupable du délit puni par l'art. 334 Code pén.: il n'est donc pas nécessaire qu'il la prononce.

L'art. 335 est le seul qui parle de la déchéance de la puissance paternelle. Lorsque, cependant, les père et mère abusent de cette autorité, quels moyens la loi offre-t-elle pour remédier à ces abus?

Dans notre ancien Droit, la magistrature intervenait comme pouvoir modérateur et de haute surveillance pour maintenir la puissance paternelle dans les bornes de justice et de moralité d'où elle ne doit jamais s'écarter, ainsi que l'attestent un grand nombre de monuments de notre ancienne jurisprudence; mais sous l'empire de notre

Code, sauf la seule exception que nous connaissons, le législateur garde le silence le plus absolu.

Faut-il conclure de là que les tribunaux ne peuvent jamais restreindre ou modifier l'exercice de cette puissance qui dégénère en abus ? Ainsi, le père et la mère se livrent envers leurs enfants à des actes de brutalité intolérables et qui exposent leur vie, ou bien, sans constituer un délit qualifié, c'est une suite de mauvais traitements qui rendent la vie insupportable à l'enfant dans la maison paternelle ; ou bien encore cette maison n'est qu'un lieu de débauche, d'ivrognerie, une école d'immoralité.

Si le père ou la mère se rend coupable envers son enfant d'actes qu'on puisse qualifier crimes ou délits, alors le C. pén. vient à son secours, et le malheureux qui n'a pas craint d'abuser d'un pouvoir essentiellement protecteur et tutélaire pour le convertir en un moyen de démoralisation et de tyrannie, devra encourir la peine de son méfait.

Mais après, se demande M. Demolombe ? Le père pourra-t-il, une fois sa peine achevée, rentrer dans la maison paternelle avec tous les attributs de sa puissance, et n'est-il pas à craindre qu'il ne cherche à exercer à nouveau sur sa victime des mauvais traitements qui lui seront inspirés par sa haine et le désir de la vengeance ? Il est très-regrettable que le législateur n'ait rien décidé à cet

égard, mais aucun texte ne vient au secours de l'enfant.

Malgré le silence de la loi, M. Demolombe professe que néanmoins les tribunaux doivent agir, et l'éminent auteur se fonde d'abord sur le caractère même de la puissance paternelle qui est tout de protection, et sur le devoir des magistrats qui sont chargés de faire exécuter les lois *suivant les vues du législateur* (1); ensuite sur l'ancien Droit, qui permettait au ministère public d'agir directement contre le père ou la mère (2). Ne s'agit-il pas ici, en effet, d'une matière d'ordre public? Évidemment; le ministère public doit donc intervenir, car il est de son devoir de poursuivre d'office l'exécution des lois dans toutes les dispositions qui l'intéressent (3).

Les travaux préparatoires du Code fournissent encore à M. Demolombe un nouvel argument. Au Conseil d'État, en effet, il avait été question d'accorder, par un texte spécial, aux tribunaux, le pouvoir de réglementer, dans certains cas, l'exercice de la puissance paternelle, question qui fut ajournée, il est vrai, pour ne pas s'occuper d'abord des détails ni des questions isolées (4), puis oubliée; mais il n'en est pas moins vrai que cette surveillance avait été proposée.

(1) Art. 4, C. Nap.

(2) Pothier, *Traité du mariage*.

(3) Art. 5, tit. VIII, loi des 16-24 août 1790.

(4) Loqué, *Législ. civ.*, t. VII, p. 11.

Enfin, un texte même du C. Nap., l'art. 444, qui exclut et destitue même de la tutelle, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une conduite notoire; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité, et qui s'applique au père (ou à la mère) tuteur, après la dissolution du mariage, vu ses termes absolus, doit aussi être étendu par une sorte d'application utile au père, même pendant le mariage, car il serait inouï que le père conservât la garde de ses enfants dans les cas prévus par l'art. 444, alors qu'un tuteur étranger ne conserverait pas la garde du mineur.

Lorsque le père a perdu la puissance paternelle sur l'un de ses enfants, en vertu de l'art. 335, C. pén., la conserve-t-il sur les autres? Quelques commentateurs pensent que la déchéance prononcée à cause de l'un des enfants entraîne la perte sur les autres; nous croyons, en consultant le texte même de notre article, qu'il ne doit pas en être ainsi. Que dit-il, en effet? Il ne parle que de la personne et des biens *de l'enfant*, c'est-à-dire *de celui-là seul* envers lequel le père a commis le délit.

La dégradation civique n'entraîne pas non plus la perte de la puissance paternelle, puisqu'il n'en est pas question dans l'énumération des incapacités qu'elle entraîne.

Après avoir ainsi posé ces principes, faisons-en l'application aux différents droits de la puissance

paternelle, et d'abord à la garde et à l'éducation de l'enfant.

Trois cas peuvent se présenter :

1^o Les père et mère existent et ne sont pas séparés de corps. Quand il en est ainsi, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'éducation des enfants : c'est aux parents qu'elle appartient par le droit de la nature, et il est sans exemple qu'on ait entrepris de les en priver (1).

Ceci est trop absolu et ne peut recevoir son application qu'autant que la maison paternelle sera pour les enfants un asile de protection et non un lieu de dépravation et d'immoralité, car alors nous n'hésiterions pas à déclarer, avec de savants jurisconsultes, que les tribunaux devraient dans ce cas intervenir et enlever à des parents qui méconnaîtraient ainsi la sainteté de l'autorité qui leur est confiée, la garde et l'éducation de l'enfant dont ils compromettraient ainsi l'existence.

Où placer alors l'enfant ? Chez un parent, chez un ascendant, par exemple, ou bien dans une pension, dans un couvent, avec interdiction même, si elle était nécessaire, pour le père ou pour la mère de voir leur enfant, si cette visite était dangereuse pour ses mœurs (2).

2^o Les père et mère sont séparés de corps.

(1) Merlin, *Répertoire*, t. IV, v^o ÉDUCATION, § 1.

(2) Caen, 27 août 1827 ; Sirey, 1830, II, 245.

Nous pensons qu'alors les art. 302 et 303, qui traitent des effets du divorce, doivent être appliqués dans cette circonstance. L'art. 302 est ainsi conçu : « 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 de ces enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux soient confiés aux soins de l'autre époux ou d'une tierce-personne » ; et l'art. 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants soient confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Ces articles doivent être appliqués dans le cas qui nous occupe, disons-nous ; car si le législateur a pensé que près de l'époux qui a succombé dans l'instance en divorce et qui l'a vu prononcer contre lui, il était peu probable que l'enfant trouvât de bons exemples, on peut facilement en déduire qu'il en sera nécessairement de même quand il y aura séparation de corps et que, pour soustraire l'enfant au danger qui le menace, il est juste que le magistrat s'occupe du soin de pourvoir à ce cas, non prévu par la loi.

3^o L'un des conjoints est décédé et la puissance paternelle est exercée par le survivant.

D'après l'art. 390 C. Nap., après la dissolution

du mariage, arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.

Quoique la puissance paternelle et la tutelle soient deux pouvoirs qui aient à peu près la même mission, ils peuvent cependant exister simultanément sur la même tête ou séparés, car ils sont parfaitement distincts l'un de l'autre. Remarquons toutefois que la puissance paternelle a des attributs bien plus grands que la tutelle : ainsi, les droits d'éducation, de correction et d'émancipation appartiennent d'une façon beaucoup plus souveraine au père qu'au tuteur. Le consentement au mariage est réservé aux père et mère ou au survivant (1), tandis qu'il est refusé au tuteur (2).

Dans le cas où le survivant est tuteur, rien n'est plus simple : quoiqu'il réunisse dans ses mains deux pouvoirs, la puissance paternelle et la tutelle, il n'agit qu'en vertu de la première, car nous savons que la dissolution du mariage ne détruit pas la puissance paternelle, qui reste au survivant.

Toutefois il y aura alors plus de moyens de contrôle et de facilité pour réprimer les abus qui pourraient se produire, car la tutelle existe et le

(1) Art. 148 et suiv.

(2) Art. 160 C. Nap.

subrogé-tuteur et les membres du conseil de famille doivent dénoncer les abus et réclamer du tribunal les mesures de protection nécessaires en faveur de l'enfant.

Supposons maintenant que le survivant n'est pas tuteur et que c'est un tiers, parent ou étranger, qui est revêtu de cette qualité. Qui alors exercera la puissance paternelle ? Le survivant des père et mère ; c'est lui qui conservera la garde de l'enfant, lui encore qui aura le soin de diriger son éducation. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence : « Lorsque le gardien et le tuteur, dit le nouveau Denisart, sont deux personnes différentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur est *éclipsée* pendant la garde par celle du gardien (1). »

Qui peut d'ailleurs mieux que le père ou la mère donner à l'enfant une sage direction, et mieux apprécier l'aptitude de ses facultés et la tendresse plus ou moins vive de ses sentiments ?

Le survivant qui se remarie ne perd pas la puissance paternelle, pas même la mère ; car aucun des textes qui règlent sa position dans le cas d'un second mariage, ne lui enlève, par le fait seul de son convol, la garde et l'éducation de ses enfants du premier lit. Mais alors, comme la tutelle existe, le tuteur pourra veiller sur la personne de l'en-

(1) T. IX, de la *Garde noble*, § 12, n° 4.

fant, signaler les abus de la puissance paternelle dans le cas où ils viendraient à se produire et demander aux magistrats de statuer sur la réclamation qu'il aurait le droit de faire, pour garder lui-même l'enfant. On aura à examiner alors la conduite du survivant, et surtout la cause pour laquelle il n'exerce pas la tutelle.

Ajoutons même que dans le cas où la mère aurait perdu la tutelle de plein droit, pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, avant de se remarier, ou bien parce que les membres de ce même conseil n'auraient pas jugé convenable de la laisser tutrice, elle ne serait pas pour cela privée de la garde et de l'éducation de son enfant, et c'est le cas de dire ici : *Aliud est tutela, aliud educatio.*

S'il arrivait que le survivant fût destitué de la tutelle, dans le cas où l'art. 444 lui serait applicable, nous devons dire que cette destitution ne permettrait guère de lui laisser la puissance paternelle; car l'éducation morale et physique de ses enfants serait gravement compromise, et le but de la destitution de la tutelle ne serait pas atteint.

Parcillemeut, le convol du survivant qui n'entraîne pas nécessairement pour lui la perte de la garde des enfants de son premier mariage, peut cependant amener ce résultat. Que faut-il pour cela? Que les enfants soient exposés à devenir les victimes des mauvais traitements du nouvel époux,

ou bien à être privés des soins réclamés par leur âge et leur éducation.

Le magistrat devra examiner alors jusqu'à quel point sont fondés de tels griefs, et prendre toutes les mesures qui lui paraîtront les plus convenables pour faire cesser un pareil état de choses. C'est donc à ce pouvoir discrétionnaire que sont confiées les solutions de toutes ces questions délicates, qui ont rapport à l'exercice de la puissance paternelle.

Comme il peut se faire que les tribunaux ne soient pas toujours à même de savoir ce qui se passe dans les familles, la loi a accordé à certaines personnes le droit d'exercer sur les soins et sur l'éducation qu'on doit donner aux enfants, un contrôle assez étendu pour pouvoir dénoncer aux magistrats les abus qui se produiraient. Ainsi, par exemple, cette surveillance peut être exercée par le tuteur qui n'a plus la garde de l'enfant, ou bien encore par le subrogé-tuteur et par les membres du conseil de famille.

Enfin, si les père et mère existent encore, le cas devient plus difficile, sans doute, mais on a pensé, avec raison, que la mère avait alors qualité pour signaler à la justice ces mêmes abus de la part du père, et que, en cas de silence ou de complicité de la mère, la famille pouvait intervenir et s'adresser aux tribunaux.

A quoi bon, pourrait-on objecter ? Est-ce que le ministère public n'a pas le droit d'agir directement

contre le père ou la mère? Quoique Pothier, comme nous avons eu déjà occasion de le dire, lui reconnaisse ce pouvoir, on doit cependant avouer que cette intervention offre aujourd'hui quelques doutes, en présence des textes qui déclarent que ce ministère ne peut agir, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi. Cependant, nous pensons qu'ici on ne devrait pas lui contester le droit d'agir; car, si l'on veut bien y songer, la matière qui nous occupe rentre dans le domaine de l'ordre public, et devient ainsi, par sa nature même, une question en quelque sorte de haute police. L'enfant lui-même, d'ailleurs, peut par ses plaintes avertir le juge de paix, afin qu'il assemble le conseil de famille et provoque sa délibération.

Nous savons donc maintenant en quoi consiste le pouvoir protecteur des magistrats, relativement à la garde de la personne de l'enfant et à la direction de son éducation.

Il nous reste à savoir si les tribunaux ont le même pouvoir, relativement au droit de correction.

Est-il possible d'empêcher, de la part du père ou de la mère, l'abus du droit de correction? Si le père a la garde de l'enfant et qu'il agisse par voie d'autorité, non; mais si la garde de l'enfant lui est enlevée, comme le droit de correction est une conséquence du droit de garde, que c'est un moyen d'éducation, il serait très-illogique que les

magistrats qui ont pu priver le père de la garde et de l'éducation de son enfant, ne pussent pas ensuite l'empêcher d'abuser contre lui du droit de correction. Qui empêcherait alors le père de continuer ses mauvais traitements et de satisfaire ainsi une basse et odieuse vengeance ? Il faut donc que les magistrats puissent garantir l'efficacité des mesures de protection qu'ils ordonnent.

Est-ce à dire qu'au père qui n'aura plus la garde de l'enfant, on enlèvera le droit de correction ? Non ; car c'est un des attributs de la puissance paternelle. Or, aucun texte n'autorise à le faire : s'il agit par voie de réquisition, il n'y aura rien à craindre, puisque le pouvoir modérateur du président pourra intervenir ; s'il agit par voie d'autorité, alors le magistrat pourra refuser l'ordre d'arrestation, sauf au père à se pourvoir contre ce refus, comme nous l'avons dit plus haut.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN CE QUI CONCERNE LA PERSONNE DES ENFANTS NATURELS LÉGALEMENT RECONNUS.

Nous allons maintenant examiner quelle est la position des enfants naturels vis-à-vis de leur père ou de leur mère ; mais, avant d'entrer dans aucun détail, disons de suite qu'il ne peut être question ici que des enfants naturels qui peuvent être légalement reconnus. Les père et mère adultérins ou incestueux n'ont pas droit de puissance paternelle sur leurs enfants, alors même que leur filiation est certaine.

Ici les mots *puissance paternelle* peuvent recevoir encore une double acception : l'une, qui dure toute la vie des père et mère naturels seuls et de leurs enfants, et l'autre, qui finit à leur majorité ou à leur émancipation.

Dans cette deuxième partie, comme dans la première, nous ne nous occuperons que de la puissance paternelle dans son sens restreint.

L'art. 371 est applicable aux enfants naturels

comme aux enfants légitimes. A tout âge, ils doivent honneur et respect à leurs père et mère ; c'est une conséquence des devoirs que la nature leur impose. A leur naissance, recevant les soins de leurs père et mère, il est juste qu'ils reconnaissent ces bienfaits par leur conduite respectueuse envers eux.

Il résulte de ces principes incontestés que les père et mère naturels ont le droit, soit de former opposition au mariage de leur enfant, soit même de demander la nullité de son mariage déjà célébré. L'art. 346 Code Nap., relatif à l'adoption, leur est également applicable.

Nous diviserons l'étude de cette matière en trois sections.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ÉDUCATION DES ENFANTS NATURELS.

L'art. 383 est ainsi conçu : « Les art. 376, 377, 378 et 379, seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. »

On a reproché au Code civil de ne pas s'être occupé suffisamment des enfants naturels ; ce reproche est mérité, et ici la règle qu'il porte sur la puissance paternelle est loin d'être assez explicite.

Faut-il d'abord s'en tenir strictement aux quatre articles énoncés dans l'art. 383? Non, évidemment; car comment pourrait-on accorder aux pères et mères naturels le droit de correction s'ils n'avaient pas l'autorité dont ce droit n'est que le moyen, s'ils n'étaient pas chargés de la direction et de l'éducation de leurs enfants? Un article du projet (art. 6) était ainsi conçu: « Les articles du présent titre seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus »; cet article fut abandonné, parce qu'on ne voulait pas que ceux qui instituent l'usufruit légal fussent applicables aux enfants naturels. On modifia l'art. 383 qu'on restreignit outre mesure, il est certain, mais ce qui n'empêche pas que certains articles, qu'il n'énumère pas, soient applicables, sans contestation, aux enfants naturels légalement reconnus.

Tels sont les art. 371, 372, 373 et 374.

Il résulte donc de cette théorie, comme une conséquence évidente, que l'enfant naturel est placé sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, et qu'il ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, à moins que ce ne soit pour enrôlement volontaire, après dix-sept ans révolus.

Nous ne devons pas oublier de mentionner que, quand il s'agit de la puissance paternelle, par rapport aux enfants naturels, les magistrats

ont un pouvoir discrétionnaire plus étendu que quand il est question des enfants légitimes, ce qui résulte de l'insuffisance du Code Napoléon sur cette matière, et de ce que la raison, l'équité, l'intérêt de l'enfant naturel et de la société entière exigent qu'il en soit ainsi.

Aussi ce pouvoir accordé aux magistrats a-t-il un double objet, en s'exerçant de deux manières : soit entre le père et la mère, quand l'un et l'autre ont reconnu l'enfant, afin de décider, en cas de conflit, auquel appartiendra le soin de son éducation, la garde et le droit de correction, soit à l'égard de l'enfant lui-même, pour décider ou contre son père, ou contre sa mère, ou contre tous les deux ensemble, de quelle manière il sera élevé.

SECTION DEUXIÈME.

DE LA GARDE DE L'ENFANT NATUREL.

Nous venons de voir que l'enfant naturel est placé sous l'autorité de ses père et mère, quant à son éducation (1). De même, par l'application de l'art. 374, l'enfant naturel, mineur et non émancipé, est tenu de résider chez son père ou chez sa mère, et il ne peut quitter la maison pa-

(1) Art. 372.

ternelle sans leur consentement, sauf un seul cas.

Qu'arrivera-t-il si l'enfant naturel n'a été reconnu que par son père seulement, ou par sa mère? A qui appartiendra le droit de garde?

D'abord à celui qui l'a reconnu; et s'ils l'ont fait tous les deux, et que l'un meure, ce droit passe naturellement au survivant.

Mais, chose plus délicate: que décider lorsque le père et la mère ont reconnu l'enfant, qu'ils existent encore tous les deux et qu'ils sont aussi tous les deux capables?

Le Code Nap. a gardé le silence sur ce point, sans doute, à cause de la rencontre possible de certaines circonstances, propres à avoir une influence profonde sur cette question: aussi est-ce pour cela qu'il s'en rapporte à l'appréciation des magistrats.

Deux opinions sont en présence: la première soutient que le père et la mère naturels ont ensemble et concurremment la garde et l'éducation de l'enfant; la seconde enseigne que régulièrement c'est le père naturel qui, par préférence à la mère, a la garde et l'éducation de l'enfant commun.

Nous nous rangeons à ce second système, car on ne peut, comme le veut le premier, accorder également au père et à la mère une somme égale d'autorité sur la personne de leur enfant, sans

s'exposer à voir s'élever à chaque instant des conflits, des tiraillements, et ce, au grand préjudice de l'éducation de l'enfant et de l'autorité paternelle, dont l'exercice serait ainsi presque toujours impossible. De plus l'art. 158 nous apprend qu'en cas de consentement au mariage, la volonté du père naturel est aussi *prépondérante* que celle du père légitime. Or, du moment que le père l'emporte sur la mère, il n'y a donc plus d'égalité entre leurs pouvoirs.

Ajoutons encore que l'enfant naturel porte le nom du père et que c'est la nationalité de ce dernier qui devient celle de l'enfant.

D'après toutes ces considérations, nous pensons donc que c'est le père qui décidera comment sera élevé son enfant, quelle éducation on lui donnera, vers quelle carrière on dirigera ses facultés intellectuelles.

Nous reconnaissons toujours aux tribunaux le droit d'ordonner, pour le plus grand bien de l'enfant, les mesures qui leur paraissent nécessaires, mesures qui peuvent être provoquées soit par la mère naturelle contre le père, soit par le père contre la mère, soit par le tuteur ou le subrogé-tuteur de l'enfant, soit par l'enfant lui-même.

SECTION TROISIÈME.

DU DROIT DE CORRECTION A L'ÉGARD DE L'ENFANT NATUREL.

En suivant le texte de l'art. 383, on voit qu'il déclare que les art. 376, 377, 378 et 379 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. Comme conséquence et application de ces différents articles, il suit de là que la loi accorde aux pères et mères le droit de correction sur la personne de leurs enfants naturels ; que ce droit peut être exercé par eux, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition ; que la détention de l'enfant ne donne lieu ni à aucune formalité, ni à aucune écriture autre que l'ordre d'arrestation ; que le père naturel (ou la mère) est tenu de souscrire une soumission de payer les frais de cette détention et de fournir les aliments convenables, qu'enfin tous les deux ont le droit de grâce, ainsi que la faculté de recourir à un nouveau moyen de correction pour punir de nouveaux écarts.

Deux questions se présentent maintenant ici :

1° Par qui le droit de correction doit-il être exercé ?

Le droit de correction est un des moyens de l'éducation, un des attributs de l'autorité pater-

nelle ; il est donc juste et logique qu'il appartienne à celui auquel appartient l'exercice de l'autorité paternelle , et de nous en référer aux règles que nous avons posées ci-dessus. Donc, l'autorité du père naturel devant s'exercer avant celle de la mère , celle-ci ne pourra faire détenir son enfant qu'autant que le père sera inconnu, mort, absent, interdit ou déchu de cette puissance.

2° Comment le père naturel (ou la mère) doit-il exercer le droit de correction ?

Pour répondre à cette question, nous nous trouvons en présence d'une difficulté qui naît de ce que l'art. 383 ne rappelle pas les art. 380, 381 et 382. De là donc précisément la question de savoir si ces articles sont ou ne sont pas applicables aux père et mère de l'enfant naturel.

Nous n'hésitons pas à adopter l'affirmative. En effet, quoique l'art. 383 ne mentionne pas les art. 380, 381 et 382, on ne peut en tirer contre notre système une objection concluante ; car, quoique les art. 371, 372 et 374 ne soient pas non plus mentionnés dans l'art. 383, nul ne voudrait soutenir que ces trois articles ne sont pas applicables aux pères et mères naturels. Donc, l'objection tirée de ce que l'art. 383 ne rappelle pas les art. 380, 381 et 382, n'est pas concluante.

Nous avons, d'ailleurs, déjà dit qu'il existait, dans le projet de loi, un article qui déclarait

communs aux père et mère naturels *tous les articles* du titre de la *Puissance paternelle*, et qu'il n'avait été modifié que parce qu'on n'avait pas voulu leur accorder l'usufruit légal. Il est donc évident que le législateur a eu l'intention d'appliquer les art. 380, 381, 382, aux père et mère naturels; et s'il ne les a pas rappelés spécialement, c'est parce qu'il aura pensé, sans doute, qu'en déclarant applicables aux père et mère naturels les art. 376, 379, il ne le faisait que sous les modifications inséparables qu'y apportent les articles suivants (380, 381 et 382).

Les règles de la logique et de la morale exigeaient enfin qu'il en fût ainsi; car, il ne serait pas juste d'accorder aux père et mère naturels plus d'autorité qu'aux père et mère légitimes. Ces derniers, d'ailleurs, ne doivent-ils pas inspirer à la loi plus de confiance que les père et mère naturels, et l'enfant naturel lui-même n'a-t-il pas plus besoin de protection et de garantie que l'enfant légitime ?

De là il suit donc : 1° que le père naturel ne pourra faire détenir que par voie de réquisition son enfant, même au-dessous de seize ans, lorsqu'il aura épousé une femme autre que la mère de cet enfant (1) ;

2° Que le père naturel ne pourra aussi faire dé-

(1) Art. 380.

tenir son enfant, même au-dessous de seize ans, que par voie de réquisition, lorsque l'enfant aura des biens personnels ou qu'il exercera un état (1).

En ce qui concerne la mère naturelle, elle ne pourra jamais faire détenir son enfant que par voie de réquisition, et avec le concours, autant que cela est possible, non plus de deux parents paternels (puisque civilement l'enfant naturel n'en a point), mais avec le concours de deux membres du conseil de famille ou de deux amis du père.

Enfin la mère naturelle, mariée à un autre que le père de son enfant, sera entièrement privée du droit de correction (2).

(1) Art. 382.

(2) Art. 384.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I.

Le mariage n'est pas formé par le seul consentement.

II.

Dans le dernier état du Droit romain, tout legs fait *personis incertis* était-il nul ?

Je distingue.

DROIT FRANÇAIS.

CODE CIVIL.

I.

Le prêtre catholique peut se marier.

II.

La condamnation, avant le mariage, de l'un des époux à une peine infamante peut-elle devenir une cause de séparation de corps ?

Non.

III.

La dot mobilière est aliénable.

IV.

Le père de famille peut-il être rendu responsable des délits, des quasi-délits commis par son fils mineur, mais émancipé ?

Je distingue.

CODE DE COMMERCE.

La femme ne peut être autorisée par la justice à faire le commerce.

DROIT CRIMINEL.

I.

L'ivresse complète entraîne l'irresponsabilité.

II.

L'art. 13 de la loi du 17 mai 1819 ne punit pas la diffamation envers les morts.

DROIT INTERNATIONAL.

I.

Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger un procès en séparation de corps entre étrangers ?

Je distingue.

II.

Une femme française qui épouse un étranger ne

peut pas se réserver, au moment de la célébration
du mariage, sa nationalité propre.

Vu :

Le Président de la thèse,
BAYEUX.

Vu par le Doyen,
DEMOLOMBE.

Vu :

Permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie,
THÉRY.