

20922

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE LA

PATRIA POTESTAS

EN DROIT ROMAIN

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

PAR RAPPORT A LA PERSONNE DE L'ENFANT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Gabriel de MEZAMAT de L'ISLE

Avocat.

TOULOUSE,

IMPRIMERIE J.-M. PINEL,

Place Lafayette, 5.

1879.



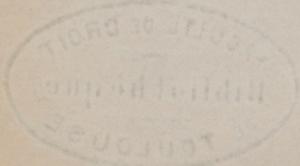
FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR** ✱, Doyen, professeur de Droit Commercial.
MOLINIER ✱, professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES ✱, professeur de Code Civil.
MASSOL ✱, professeur de Pandectes.
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC ✱, professeur de Code Civil.
POUBELLE, professeur de Code Civil, en congé.
ROZY, professeur de Droit Administratif.
BONFILS, professeur de Procédure Civile.
ARNAULT, professeur d'Économie politique.
DELOUME, professeur de Droit Romain.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit des Gens.
PAGET, agrégé, chargé d'un d'un cours de Droit Romain.
CAMPISTRON, agrégé, chargé d'un cours de Droit Civil.
BRESSOLLES (Joseph), agrégé.
VIDAL, agrégé.
WALLON, agrégé provisoire.
M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE: M. GINOULHIAC.

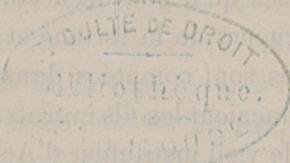
SUFFRAGANTS : { **MM.** Massol.
Huc.
Bonfils.
Campistron.
J. Bressolles.

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



Omnibus qui teneris ab unguiculis
mihi servierunt.

Omnibus qui tenent ab antiquitate
regni serviant.



INTRODUCTION.

Le pouvoir du père de famille est le plus ancien de tous les pouvoirs, l'ouvrage immédiat de la nature. Il faut en chercher l'origine dans l'histoire des familles primitives; mais comme une pareille étude nous entraînerait trop loin, nous nous bornerons à donner ici quelques détails sur les principales prérogatives qu'eut le chef de famille dans les temps héroïques. Nous les puiserons également dans l'histoire sacrée et dans l'histoire profane. Leur parfait accord sur les caractères religieux, sur les bases et sur l'organisation du pouvoir patriarcal, atteste d'une manière irrécusable la vérité de leur témoignage.

Une opinion généralement admise à l'époque où nous nous plaçons attribuait au patriarche une influence surnaturelle sur les éléments et sur la destinée. Cette influence plaçait dans ses mains tous les attributs de la

justice divine. La fécondité des champs et des troupeaux, le succès de toutes les entreprises, étaient au nombre des récompenses qu'il pouvait accorder à la tendresse filiale. Les rigueurs de la fortune et les maladies même les plus cruelles sont comptées dans Eschyle parmi les peines qui menaçaient les fils ingrats. C'est par son père Amyntor que le vieil instituteur d'Achille avait été condamné à ne jamais connaître les douceurs de la paternité comme l'atteste un passage du poète qui a immortalisé l'élève (1). Enfin l'excommunication domestique imprima une terreur générale et devint fameuse sous le nom de malédiction paternelle (2).

La justice patriarcale était donc devenue l'organe visible de la justice divine. Elle seule pouvait contenir les hommes grossiers encore et leur imprimer une terreur salutaire et d'autant plus efficace, qu'elle écartait jusqu'à l'espérance d'éluder le châtement.

Par le secours de ces opinions religieuses, la puissance du patriarche se faisait respecter davantage à mesure qu'il se rapprochait du terme de sa vie. Au moment surtout où il allait quitter sa dépouille terrestre, les accents de sa voix mourante étaient écoutés avec cette foi respectueuse qu'on apportait à ceux des oracles.

En ce moment, il exerçait envers sa famille les actes les plus importants de sa justice. Le fils ingrat frémissait dans la crainte d'un anathème qui n'admettait plus le repentir, et qui eût poursuivi sans retour toute sa

(1) Iliade, liv. IX.

(2) Acad. des inscrip., tom. V.

postérité. Pour sa vie tout entière, consacrée aux devoirs de la piété filiale, le fils généreux se croyait trop payé par les derniers vœux de la reconnaissance paternelle. Non content de faire alors un partage absolument arbitraire de sa fortune, le patriarche disposait aussi de tous les rangs dans sa famille, et pouvait en changer à son gré la hiérarchie.

En un mot, les dernières volontés du patriarche étaient considérées comme autant de lois domestiques, qu'on observait religieusement après sa mort. Il pouvait emporter au tombeau l'idée consolante que ses enfants recueilleraient les fruits de sa longue expérience.

Ces opinions des siècles héroïques sur les dernières volontés paternelles ont été aussi transmises à tous les peuples. Et même l'éloquent auteur du discours qui provoqua le décret contre les testaments (1), n'a pu s'empêcher de le reconnaître. « De tout temps, dit-il, les hommes ont professé un saint respect pour les dernières volontés paternelles. La politique, la morale et la religion ont également concouru à consacrer ces sentiments. »

Tout le faste des premiers temps était ensuite prodigué pour conduire les restes du patriarche dans sa dernière demeure. On croyait qu'après sa séparation du corps, son âme participait de l'essence des dieux, qu'elle étendait sa protection à tous les membres de la famille, et lançait sur les membres coupables les traits de la vengeance céleste.

(1) Mirabeau.

Ainsi le chef de famille, après avoir été sur la terre l'organe des volontés du ciel et le ministre de sa justice, allait rejoindre à sa mort les âmes de ses ancêtres, et partager leur autorité divine sur leurs descendants communs. Ce fut une des principales sources de l'idolâtrie. Les images du patriarche furent adorées chez presque tous les peuples sous les noms de dieux *Lares* et de dieux *Pénates*. Le culte religieux de chaque famille se trouve avoir à la fois pour objet l'Être Suprême et ses images visibles sur la terre. Et si jamais il fut permis de perdre de vue le Très-Haut et de borner son culte à ses images, c'est sans doute dans l'adoration de ceux qu'il avait choisis pour les ministres de son pouvoir créateur, pour les organes bienfaisants de sa Providence, pour les dépositaires sacrés de sa justice.

Nous terminerons ici cet aperçu historique sur le pouvoir paternel tel qu'il s'exerçait dans les premiers âges. Il nous a semblé intéressant de montrer comment fonctionnait alors cette salutaire institution, afin d'apprécier avec plus de justesse les progrès et les développements successifs qu'elle devait acquérir dans les deux législations. Notre marche étant dès lors plus aisée, nous serons mieux à même d'embrasser d'un coup-d'œil d'ensemble la carrière prête à s'ouvrir, et de comprendre aussi les détails dans lesquels notre travail nous forcera d'entrer.

FACULTÉ DE DROIT

DROIT ROMAIN

DE LA PATRIA POTESTAS

Le mot *familia* avait à Rome divers sens qu'Ulpien nous fait connaître dans un fragment inséré au Digeste (L. 195, de verb. signif.). A l'origine, on l'emploie, pour désigner une portion du patrimoine, les esclaves (*famuli, familia*), ou encore l'ensemble des biens laissés par un défunt; c'est aussi tantôt l'ensemble des personnes unies entre elles par le lien de la parenté civile appelée agnation, tantôt l'ensemble de celles qui ont une origine commune et sont unies entre elles par la parenté naturelle dite cognation.

Dans un sens plus général, le mot *familia* désigne la masse des personnes *alieni juris* sous la puissance d'une personne *sui juris* qui, seule, a le *dominium in domo*: le *paterfamilias*.

Le *paterfamilias* avait ou pouvait avoir sous sa puissance quatre classes de personnes, savoir: l'enfant en

puissance paternelle, la femme *in manu*, l'esclave en puissance dominicale, et enfin une autre personne dont la position ressemblait à la fois à celle de l'enfant et à celle de l'esclave, qui n'était ni libre, ni esclave, et était dite *in mancipio*.

Notre travail ne doit porter que sur l'étude du premier de ces pouvoirs ; mais avant d'entrer en matière, établissons bien en principe que l'expression *patria potestas* n'impliquait nullement l'idée de paternité. Le *paterfamilias* n'est pas, en effet, l'homme qui a des enfants ; c'est le citoyen libre, *sui juris*, c'est-à-dire qui ne se trouve placé sous la puissance de personne, peu importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas lui-même quelqu'un soumis à son autorité. On peut ainsi se trouver *paterfamilias* en naissant.

Comme on le voit, notre locution française, *puissance paternelle*, traduit mal les mots *patria potestas*, puisque cette dernière expression sert à désigner, non pas le pouvoir du père, mais le pouvoir du chef de la famille romaine, dont nous emprunterons la définition à Ulpien : *Jure proprio familiam dicimus, plures personas quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectæ... etc.* Ce fragment ayant été indiqué plus haut, nous nous contentons d'y renvoyer.

Ainsi entendue, la famille a son origine et sa base non pas dans le mariage comme chez nous, mais dans la puissance du chef, à la fois domestique, civile, politique et religieuse. C'est là une institution, nous dit Gaius, tout-à-fait spéciale au peuple romain : *Quod jus proprium civium romanorum est ; ferè enim nulli*

alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem qualem nos habemus. (1).

Quelles conditions doit-on remplir pour avoir la puissance paternelle ? Etre libre, voilà la première condition. Aussi l'esclave ne pouvait-il être père de famille, ses enfants ne lui appartenait pas ; comme lui, ils étaient la chose du maître qui avait sur eux, non pas la puissance paternelle exercée à la place du père esclave, mais bien la puissance dominicale.

Toutefois, on pouvait être d'origine servile et être *paterfamilias*, la qualité d'ingénu n'était pas exigée : *Sic enim scribunt Diocletianus et Maximianus liberos exemplo ingenuorum filios suos post libertatem, ex legitimis nuptiis natos, in potestate habere non est prohibitum.*

Il suffisait qu'on eût acquis la liberté et que l'affranchissement fût antérieur à l'événement qui donnait la qualité de père. Ainsi, un esclave avait-il des enfants nés pendant son esclavage et d'autres nés depuis son affranchissement, *ex legitimis nuptiis*, il n'avait en principe la puissance paternelle que sur ces derniers ; cela tenait à ce que la loi civile n'attachait pas cet effet à la parenté produite par le mariage des esclaves, au *contubernium*.

La patria potestas romaine n'étant pas une institution du droit naturel ou droit des gens ; mais bien une création du droit civil, les étrangers en étaient par cela même privés. Il faut donc, outre la liberté, avoir le titre de citoyen romain.

(1) G. Comment. I, § 55.

Il fallait de plus , et c'est la troisième condition , être du sexe masculin : les femmes , en effet , pouvaient bien avoir la *dominica potestas* et le *mancipium* , mais non les deux autres pouvoirs dont nous avons parlé plus haut. La *familia* de la femme se résume en elle : *mulier familiæ suæ et caput et finis est* , a dit Ulpien. A Rome , la puissance paternelle était donc exclusivement celle du père ; chez nous , elle appartient aussi à la mère qui l'exerce tantôt concurremment avec le père , tantôt seule et à défaut du père.

Plus peut-être qu'aucun autre peuple de l'antiquité , les Romains avaient méconnu la mission de la femme au sein de la famille , et la grandeur du rôle qu'elle est appelée à remplir dans la société. Les auteurs anciens tels que Tite-Live , Valère-Maxime , font souvent mention de *l'imbecillitas mulierum* , par opposition à la *majestas virorum*. Néanmoins , chez aucun autre peuple , les femmes n'ont été plus respectées qu'à Rome.

Le législateur leur avait assuré tous les témoignages de la considération publique. Il voulait qu'elles fussent le plus bel ornement des fêtes nationales ; il leur en confiait les dispositions ; il leur avait même accordé le droit de les ordonner. Le général qui revenait couvert de lauriers , désirait surtout qu'ils fussent consacrés par les vœux solennels des dames romaines : et quand Décius se fut dévoué pour sa patrie , le deuil , dont elles honorerent sa mémoire , fut regardé comme le plus glorieux hommage de la reconnaissance publique.

« A Rome , dit Rousseau , toutes les grandes révolutions vinrent par les femmes. Par une femme , Rome

acquies sa liberté. Par une femme finit la tyrannie des décevirs. »

Citons entre mille autres exemples, celui de la jeune Fabia qui introduisit une importante innovation dans la constitution de la république, en assurant aux plébéiens le partage de la dignité consulaire. Depuis près d'un siècle les tribuns faisaient de vains efforts pour l'obtenir. Ils paraissaient enfin découragés, ainsi que le peuple, quand un accès de vanité de la belle Fabia l'intéressa dans leur cause. Elle y entraîna son époux Licinius et son père même, et ranima si bien leur courage, que les patriciens tremblèrent à leur tour. Mais en vain redoublèrent-ils d'efforts, et appelant à leur défense l'illustre vainqueur des Gaulois, lui confièrent-ils pour ce seul objet l'immense pouvoir de la dictature. Il fallut bientôt céder à l'impulsion nouvelle qu'avait donnée l'épouse de Licinius.

Après cette courte digression sur l'influence des femmes au sein de ce peuple orgueilleux, disons un mot de la dernière condition requise pour avoir le droit d'exercer la puissance paternelle. Il fallait être *sui juris*, c'est-à-dire ne dépendre de personne. Dans le *paterfamilias* romain se résume toute la série des ancêtres ; seul il a la puissance paternelle sur tous ses enfants et ceux qui en descendent par les mâles. Quant aux descendants par les filles, c'est dans la famille du mari qu'ils entraient, et comme tels ils dépendaient du chef de cette famille. Tant que vivait le *paterfamilias* et que ces différentes personnes restaient dans la famille civile unies par les liens de l'agnation, aucune autre puissance

ne pouvait se produire. Tous ces êtres vieillissaient sous le pouvoir d'un chef unique jusqu'à ce que la mort de celui qui les tenait si étroitement enchaînés ou quelque circonstance particulière leur permît de former une *domus* et d'avoir à leur tour le *dominium in domo*.

Enfin posons en principe que la puissance paternelle ne produit ses effets que dans le domaine du droit privé : en ce qui concerne le droit public, il n'y a pas d'intérêt à savoir si tel citoyen est *paterfamilias*, ou s'il est au contraire *filiusfamilias*. Comme le dit le jurisconsulte Pomponius, *filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur*. (1) Et le fils de famille que les suffrages du peuple ont appelé à une haute magistrature a droit, même de la part de son père, à des honneurs publics (2).

En résumé, puissance unique et absolue du *paterfamilias*, et complet assujettissement, par rapport à la personne comme par rapport aux biens, des autres membres ; telle est, jusque vers l'époque d'Auguste, l'essence de la constitution familiale. Nous pouvons donc tracer dès maintenant notre modeste plan. Nous allons exposer comment la puissance paternelle commence, comment elle fonctionne, et comment elle prend fin.

Chacun des points que nous toucherons nous fournira l'occasion de constater les modifications successives que les progrès du droit et l'adoucissement des mœurs

(1) L. 9, D., De his qui sui vel al. juris sunt (1, 6).

(2) Aulu-Gelle, Nuits att., liv. II, chap. 2.

ont fait subir à la puissance paternelle. Ses prérogatives les plus exorbitantes, ses effets les plus choquants disparaissent petit à petit au fur et à mesure que l'on s'éloigne des origines de Rome. Sous l'influence du droit des gens, puis du christianisme, « les fictions disparaissent, la famille civile finit par se confondre avec la famille naturelle (1). »

I

Sources de la puissance paternelle.

La *patria potestas* dérive des justes noces de la légitimation et de l'adoption. Examinons successivement ces trois manières de l'acquérir.

1° *Justes noces.*

« *In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus*, disent les Institutes. Il faut avoir grand soin de distinguer les *justæ nuptiæ*, le *justum matrimonium* d'où découlaient la parenté et les droits de famille, de certaines autres unions, soit licites, soit prohibées auxquelles la loi n'a pas attaché les mêmes avantages qu'au véritable mariage civil.

Les *nuptiæ* ne sont *justæ*, *legitimæ* qu'aux conditions suivantes. Il faut : 1° que l'homme soit *pubère* et la

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

femme *nubile*, et si, en fait, il y a réunion avant, le mariage n'existera que du moment où l'homme sera devenu *pubère* et la femme *viripotens*; *minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos* (L. 4. D., de ritu nuptiarum). De plus, ni l'un ni l'autre ne doit se trouver engagé dans les liens d'un précédent mariage. La polygamie n'a jamais été admise chez les Romains.

2° L'accord des volontés tant des contractants que de ceux dont ils dépendent : *nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*. (Paul, Loi 2, Dig., de ritu nuptiarum). Et nous voyons aux Institutes : *nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet*. Cependant la *naturalis ratio* était bien laissée de côté, puisque la mère n'était pas consultée et que le consentement du père n'était nécessaire qu'autant qu'il avait la *patria potestas*. Plus tard, sous le Bas-Empire, la femme *sui juris*, mineure de 25 ans, eut besoin, à défaut du père, du consentement soit de sa mère, soit de ses proches, soit de certaines autres personnes.

3° Le *Connubium*, ou capacité relative chez chacun des époux de pouvoir se marier avec l'autre : *connubium est uxoris jure ducendæ facultas*, dit Ulpien. Mais que fallait-il entendre au juste par *connubium*, quelles personnes avaient entre elles ou n'avait pas le *connubium*, et d'une manière plus générale, quels étaient les caractères et les conditions des justes noces ? autant de sujets que nous ne pouvons qu'effleurer en passant parce qu'ils ne touchent qu'indirectement à notre

matière, et demanderaient un cadre beaucoup plus étendu.

Contentons-nous, puisque aux seules justes noces est attachée la puissance paternelle, de bien distinguer ce qui, de près ou de loin, pourrait s'en rapprocher. Et d'abord le concubinat, union reconnue par le droit romain, mais qui, à la différence des justes noces, ne mettait pas la femme sur le pied de l'égalité avec son mari, le titre *d'uxor* lui était refusé, elle n'avait pas mérité ce que les jurisconsultes appelaient *l'affectio maritalis*. Les enfants issus de cette union, au lieu de suivre la condition de leur père au jour de la conception, suivaient celle de leur mère au jour de la naissance, et sur eux, pas plus que sur ceux issus du mariage du droit des gens, le père n'avait la puissance paternelle.

Cela ne venait pas de ce que le père n'aurait pu établir sa relation de paternité avec l'enfant, car l'enfant né d'un concubinat avait un père certain et différait ainsi du *vulgo conceptus*; mais aucune loi n'avait attaché cet effet au concubinat: or, c'était de la loi que découlaient les droits de la puissance paternelle. — Qu'était alors cet enfant? Il était *sui juris* et le père qui voulait le faire tomber sous sa puissance devait recourir aux modes de légitimation que nous étudierons plus loin, jusque-là il n'avait même pas la puissance que notre droit accorde au père naturel sur son enfant légalement reconnu; et cependant le concubinat était une union autrement étroite que celle d'où découle chez nous la parenté naturelle. Par la même raison, le *stuprum* ne produisait pas la puissance paternelle; bien

plus, on ne pouvait faire preuve de pareille filiation ; nous en dirons autant de la filiation résultant du *contubernium*, union des esclaves, de l'adultère et de l'inceste.

Par le fait seul de sa naissance, l'enfant issu de justes noces se trouvait donc sous la puissance paternelle en vertu de la maxime *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*. Toutefois, cet adage ne se bornait pas seulement à viser le cas qui nous occupe, mais se référait aussi au droit qui appartenait à chaque citoyen de citer quelqu'un en justice. Traduire devant les tribunaux son père ou sa mère sans autorisation préalable, c'était leur manquer de respect.

On admettait bien qu'un *vulgò quæsitus* pût assigner sans permission du juge celui qui, en réalité, pouvait être son vrai père ; mais l'enfant légitime étant démontré tel par le fait des justes noces, ne pouvait pour ce motif user de son droit (1). Donc ce serait une erreur de croire que les Romains aient songé à fonder une présomption légale de paternité, à l'égal de celle qu'établit l'article 312 de notre Code civil.

La législation romaine avait pour but d'empêcher un enfant de violer les convenances, en assignant en justice celui qui, aux yeux de tout le monde, passait pour être son père. La loi s'en remettait sur ce point presque uniquement à l'appréciation du mari de la mère, qui, dans certains cas, était tenu de reconnaître pour enfant l'enfant de sa femme. Donc, le système romain

(1) Loi 5, Dig. Liv. 2, Tit. 4.

était bien inférieur au système français. Cela ne veut pas dire que la théorie romaine allait jusqu'à conférer au mari le droit de décliner de toute manière sa paternité ; mais quand le mari ne voulait pas reconnaître l'enfant mis au monde par sa femme , alors la question de paternité était décidée suivant les circonstances ; c'était une question de fait livrée à la lumière des juges (1). Notre Code , au contraire , pose en règle générale que la présomption qu'il établit , dite *juris et de jure* , est absolue et dispense de toute autre investigation.

LÉGITIMATION.

Dans le principe et pendant longtemps il n'y eut aucun moyen légal pour faire acquérir aux enfants nés hors justes noces , la qualité d'enfants légitimes ; si quelques pères acquéraient , postérieurement à la naissance , le pouvoir paternel , ce n'était que par une voie détournée et comme conséquence de la naturalisation.

Le latin qui obtenait le droit de cité , soit pour avoir servi pendant quelque temps dans les armées , soit pour avoir construit un navire et dans d'autres cas qu'Ulpien nous indique au titre III de ses Règles , voyait aussi ses enfants devenir citoyens romains et il acquérait en même temps la puissance paternelle. De même le pérégrin , après avoir passé par le degré intermédiaire du droit de latinité , pouvait ensuite obtenir la cité et avec elle tous les avantages qui y étaient attachés.

(1) L. 6 , Dig. Liv. 1 , Tit. 6.

Gaius (Com. I, § 66) nous indique deux modes spéciaux de légitimation indirecte ; l'un était dit : *causæ probatio*, l'autre : *erroris causæ probatio*.

La *causæ probatio* établie par la loi *Ælia Sentia* et par un *Senatus-Consulte* rendu sous le règne de Vespasien permettait au latin d'arriver à la cité lorsqu'il remplissait les conditions suivantes : il devait tout d'abord déclarer qu'il épousait sa femme, citoyenne romaine ou latine, peu importe, *liberorum quærendorum causa* ; en second lieu, lorsque l'enfant qui naissait de cette union avait atteint l'âge d'un an, le père devait le présenter au magistrat et prouver qu'il avait rempli les prescriptions de la loi (*causam probare*) ; alors il devenait citoyen romain et se trouvait investi de la *patria potestas*.

Le second mode, l'*erroris causæ probatio*, était tout simplement une concession faite à la bonne foi d'un citoyen romain qui, croyant avoir épousé une romaine, avait pris pour femme une latine ou une pérégrine. Cette concession consistait à permettre au mari, en prouvant la cause de son erreur, de changer son union en justes noces ; ainsi sa femme devenait citoyenne romaine et les enfants qu'il en avait eus étaient placés sous la puissance paternelle.

Réciproquement, et c'est là une différence entre l'*erroris causæ probatio* et la *causæ probatio* (1), une citoyenne romaine avait-elle épousé un latin ou un pérégrin qu'elle croyait citoyen romain, l'*erroris causæ*

(1) Gaius, Com. I, 68.

probatio lui permettait de rendre son mari citoyen romain, et ses enfants tombaient sous le pouvoir paternel.

Quant aux déditices, signalons une nuance.

Par l'*erroris causæ probatio*, le citoyen romain qui, par erreur, avait épousé une déditice pouvait bien acquérir la puissance paternelle sur les enfants issus de son union, mais *uxor non fit civis romana*. Et, si une citoyenne romaine a épousé par erreur un déditice, son fils devient bien citoyen romain, mais *in potestatem patris non redigitur*, dit Gaius. Il n'est pas nécessaire pour ce deuxième mode de légitimation, comme pour le premier, que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.

Ces différentes manières de procéder se rattachant au droit de cité et à la législation sur les affranchis latins, disparurent avec elle. Caracalla dota du titre de citoyen romain tous les sujets de l'empire, et Justinien supprima les latins juniens. Mais, dans la période où nous sommes placé, les enfants issus d'un concubinat pouvaient-ils être légitimés, le père pouvait-il acquérir sur eux la *patria potestas*? Nullement. Sous la république et même sous l'empire, jusqu'à Constantin, qui, en 335 après Jésus-Christ, inaugura la légitimation par mariage subséquent, aucun acte législatif n'avait amélioré cette situation.

Depuis les célèbres lois Julia et Papia Poppæa qui avaient si fort maltraité les célibataires, le mariage et le concubinat avaient trouvé des adeptes de plus en plus nombreux. Comme l'a fait remarquer Plutarque, « on se mariait et l'on avait des enfants, non pour avoir des héritiers, mais des héritages. » Auguste avait pu es-

pérer accroître ainsi le nombre de ses sujets que la débauche et l'amour du changement détournaient des liens trop étroits du mariage.

En l'an 335 après J.-C., Constantin, dans l'intérêt des enfants et des parents, voulut remédier à cet état de choses, en permettant au père de légitimer par mariage subséquent l'enfant ou les enfants qu'il avait eus pendant son concubinat. Ceci nous amène aux modes de légitimation reconnus et conservés par les Institutes de Justinien.

Comme nous venons de le dire, la légitimation par mariage subséquent fit son apparition sous le Bas-Empire. La loi devait, en effet, se relâcher de sa rigueur en présence de personnes qui avaient le désir de régulariser leur situation. Ce fut sous l'influence du droit canon que ce principe se propagea en Europe; mais, jusqu'à Justinien, il subit diverses altérations. Zénon, désirant que cette innovation produisît des effets immédiats, décida que ce bénéfice ne pourrait être invoqué que par ceux qui auraient actuellement un ou plusieurs enfants naturels, non par ceux qui en auraient plus tard. Ensuite, Justinien décida que même celui qui a une postérité légitime peut, par le mariage, légitimer ses enfants naturels. (Loi 11 au Code, *De natural. lit.*).

Avant de passer à l'étude des conditions qui étaient requises pour que la légitimation par mariage subséquent pût avoir lieu, remarquons qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux enfants nés d'un concubinat, *les spurii*, *les vulgo concepti* ne pouvaient être légitimés, aux yeux de la loi, ils n'avaient pas de père connu.

Les conditions étaient au nombre de trois : possibilité du mariage entre les parents à l'époque de la conception de l'enfant qu'on voulait légitimer ; confection d'*un instrumentum dotale* ou acte établissant sans équivoque l'intention des conjoints de convertir en justes noces leur concubinat, ainsi que l'époque de cette conversion ; et enfin , ratification expresse ou tacite de l'enfant.

Constantin et Zénon supposaient que la mère était *ingenua* ; mais Justinien permit plus tard de légitimer et les enfants qu'on aurait eus d'une affranchie et ceux qu'on aurait eus d'une esclave.

Quand parmi plusieurs enfants, les uns acceptaient, les autres repoussaient la légitimation, les premiers seuls devenaient légitimes : « *aliis in jure naturali manentibus.* » Quant à ceux qui n'étaient pas encore nés, ils naissaient légitimes.

Passons à un autre mode : l'oblation à la curie. — Les curies, sénat des villes municipales, étaient chargées du recouvrement de l'impôt ; or, l'impôt prenant de jour en jour un accroissement plus considérable, ce ne fut pas une mince charge que d'être curial, surtout en présence de la responsabilité des prescriptions. Qu'arriva-t-il ? Personne n'ambitionnant le dangereux honneur de faire partie de la curie, elle devint déserte. C'est alors que, pour remédier à ce mal, une constitution de Théodose et Valentinien permit au père naturel d'acquérir sur son fils la puissance paternelle en l'offrant à la curie ; sur sa fille, en la mariant à un curial. Justinien alla plus loin : il permit même au père qui avait des enfants légitimes de légitimer ses enfants naturels par

l'oblation à la curie (L. 9, § 3, au Code *De natural. lib.*). Mais cette légitimation a des effets moins étendus que la légitimation par mariage subséquent, qui fait entrer l'enfant dans la famille du père, tandis que l'oblation à la curie crée bien la puissance paternelle, mais n'établit de rapports juridiques qu'entre le père et l'enfant.

Outre ces deux modes généraux de légitimation, Justinien en introduisit deux autres : les Nouvelles 74 et 89 permirent au père qui désirait légitimer son fils et qui n'aurait pu se marier avec la mère, parce qu'elle était morte, ou absente sans qu'on sût ce qu'elle était devenue, d'arriver au même résultat en obtenant du prince un rescrit ; mais la présence d'autres enfants légitimes aurait empêché pareille légitimation. Ces mêmes Nouvelles prévoyant le cas où la mort surprendrait le père avant qu'il n'eût obtenu le rescrit, permettaient aux enfants naturels de venir à la succession comme enfants légitimes, si, dans son testament, le *de cuius* avait exprimé ce désir.

ADOPTION.

Pour en finir avec les différentes manières d'acquérir la puissance paternelle, deux mots sur l'adoption. Gaius nous dit (Com. 1, § 97 : « *Non solum naturales liberi, in potestate nostra sunt, verum etiam hi quos adoptamus.* » L'adoption donnant la puissance paternelle, nous pouvons constater à ce point de vue une différence notable entre les effets produits par cette institution en droit romain et en droit français. — De plus, et ceci est ca-

pital, par elle, le citoyen romain qui n'avait pas d'enfant pouvait perpétuer son nom et empêcher l'interruption des *sacra privata*, du culte des dieux domestiques.

L'adoption proprement dite concernait un *alieni juris*, qui était donné en adoption par son père à un autre père de famille : il quittait ainsi la famille de son père naturel pour entrer dans celle de son père adoptif ; mais ce n'était pas une affaire de mince importance que de briser les premiers liens pour les reconstituer au profit de ce père fictif. Trois mancipation ou ventes successives si c'était un fils, une seule si c'était une fille ou un petit-fils, détruisaient la puissance du chef de famille (1) ; c'est alors que le père adoptif, devant le magistrat et au moyen d'une *cessio in jure*, acquérait à son tour la *patria potestas* sur celui qu'il avait acheté trois fois et affranchi à deux reprises.

Sous Justinien, non-seulement l'adoption est modifiée dans sa forme (elle a lieu par autorité du magistrat, sans qu'il soit besoin d'émancipation successives et d'*in jure cessio*), mais aussi dans ses effets : cet empereur enleva à l'adoption les droits exagérés qu'elle tenait de la loi, l'adopté ne fut plus un étranger pour ses parents, et l'adoptant, à moins qu'il ne fût un ascendant, n'eut plus la puissance paternelle. Depuis Justinien, l'adopté reste dans sa famille naturelle, innovation importante, puisque dès lors l'enfant ne fut plus exposé, comme dans l'ancien système, à être privé et de la succession de son père naturel et de celle de son père adoptif.

(1) « *Si pater filium ter venundedit, filius a patre liber esto.* »
Loi des Douze-Tables.

L'adrogation s'appliquait seulement à un *sui juris* mâle et se faisait devant les comices du peuplè dans les formes de la loi ; par elle l'adrogé passait avec ses biens et sa famille dans la famille de l'adrogeant : il quittait les sacrifices de ses ancêtres pour ceux de sa nouvelle famille. L'adrogation ayant un caractère politique et religieux devenait un acte d'intérêt, non plus seulement privé, mais public : voilà pourquoi les comices étaient convoqués sous la présidence du pontife. Ce dernier demandait à l'adrogeant s'il voulait adroger, au *sui juris* s'il voulait ratifier, au peuple s'il ordonnait que cela se passât ainsi (1).

Primitivement les femmes *sui juris* ne pouvaient être adrogées ; cela tient, dit Aulu-Gelle, à ce qu'elles n'avaient pas accès dans les comices. Ce motif disparut depuis que l'adrogation eut lieu *principali rescripto*, et, selon toutes les probabilités, les femmes, à partir de cette époque, purent être adrogées.

L'empereur, en effet, succéda plus tard au peuple dans les actes du pouvoir législatif, et l'adrogation, au lieu de se faire devant les comices, se fit alors par rescrit du prince (Inst. de Just., *De adoptionibus*). L'usage de ce rescrit remonte au troisième siècle, à une constitution de 286 due aux empereurs Déoclétien et Maximien.

(1) Dès la fin de la République, l'adrogation avait lieu devant 30 licteurs chargés de représenter les 30 curies. C'est ce que nous apprend un passage du discours de Cicéron *pro domo*, où il parle d'une adrogation faite en trois heures, temps évidemment trop court pour que le peuple ait eu le temps d'être convoqué.

II

Principaux effets de la *Patria Potestas*.

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

C'est surtout en pénétrant dans la famille antique, en s'asseyant au foyer du *paterfamilias* à Rome, pour étudier les détails de cet intérieur, que nous pouvons être fiers de notre civilisation et des progrès que les principes féconds du christianisme ont introduit dans les sociétés modernes. Cette partie de la législation romaine porte, en effet, à l'origine, l'empreinte de la cruauté et de la barbarie. Nous passerons en revue les droits absolus qu'avait le père sur la personne de son enfant ; mais nous prendrons soin d'indiquer à mesure les modifications et les tempéraments que les mœurs et l'équité introduisirent dans des principes aussi injustes qu'inhumains.

Cette redoutable autorité du *paterfamilias* romain commence dès l'instant de la naissance de l'enfant. A son entrée dans la vie, le nouveau-né n'avait rien à redouter autant que l'auteur de ses jours. La sage-femme le déposait à terre pour l'offrir à la déesse *Tellus*, et si le père ne le relevait pas, s'il détournait ses regards, cet abandon était sa sentence de mort. En général, pourtant, on ne se décidait à ôter la vie aux nouveaux-nés que lorsqu'on remarquait en eux certains vices de

conformation, qu'on désespérait de pouvoir corriger. Mais, dans un cas pareil, le père était tenu, en vertu d'une disposition de la loi des XII Tables, de tuer immédiatement l'enfant difforme ou monstrueux.

Ce droit exorbitant laissé au père de condamner à mort l'enfant dès sa naissance, fut remplacé, il serait difficile de dire à quelle époque, par une coutume presque aussi barbare, et qui entra si profondément dans les mœurs que plusieurs siècles de christianisme ne parvinrent que difficilement à la faire disparaître. Nous voulons parler de l'exposition. Quand les parents ne sont pas assez riches pour élever leurs enfants, ou bien qu'ils jugent leur famille assez nombreuse, on emporte au loin le nouveau-né pour l'abandonner tantôt à la pitié des passants, tantôt à la fureur des bêtes, et dans tous les cas aux intempéries et aux cruels tourments de la faim.

Nous aurons l'occasion d'exposer plus loin les différentes mesures qui ont été prises dans ces derniers temps par nos législateurs pour protéger les enfants en bas âge. Mais constatons, en passant, que ce n'est qu'à la faveur d'un système suivi d'encouragements et de récompenses, que les Romains surent porter remède à ce dégoût de la paternité, qui, dans le déclin de la république, commençait à s'introduire avec le luxe et la corruption de l'Asie. « Nos ancêtres, dit Sénèque, en accordant de grands privilèges aux pères, les encourageaient à élever leurs enfants. »

A quelque âge que ce soit, l'enfant peut être impitoyablement sacrifié à la colère paternelle. Si nous en

croions Denys d'Halicarnasse, c'est Romulus qui aurait armé le *paterfamilias* du droit redoutable de vie et de mort.

L'auteur déjà cité et la plupart des historiens de son époque, ont peint sous un jour tout spécialement sombre et sauvage la puissance paternelle romaine.

Que le droit de famille eût un caractère dur, despotique, c'est incontestable, les textes en font foi; mais que la Rome antique ait eu seule ce barbare privilège, c'est ce dont il est permis de douter. — Pour notre part, nous inclinons à croire qu'à l'origine, chez toutes les nations, une puissance illimitée a été dévolue au chef de famille, elle s'est maintenue telle, avec des nuances quant à la durée, selon que les mœurs et les institutions politiques ont plus ou moins bien cadré avec cette autocratie domestique qui semble nécessaire dans l'enfance des peuples.

Quoiqu'il en soit de cette question, et pour revenir aux Romains, Denys d'Halicarnasse nous apprend que dès le temps de Romulus le père pouvait tuer son enfant, le mettre en prison, le frapper de verges, le tenir enchaîné à un ouvrage à la campagne. Ces principes furent reproduits dans la loi des XII Tables : *in liberis jus vitæ, necis, venundandique potestas ei esto*. Ce texte fut appliqué et conservé tel quel pendant toute la république, et même dans le commencement de l'empire, nous ne voyons aucune mesure législative adoucir le sort de l'enfant.

Tous les auteurs ont flétri avec beaucoup d'énergie ce droit de glaive accordé ou plutôt laissé par le

législateur au père de famille. Nous nous associons certainement à leur légitime indignation; mais nous devons reconnaître avec un jurisconsulte, (I) qui connaissait parfaitement l'histoire romaine, qu'on ne voit guère d'exemples des abus du pouvoir paternel avant la corruption des mœurs.

Ainsi le principe donné au pouvoir du père de famille n'offrit aucun abus jusqu'au dernier siècle de la république. Il en résulta même les plus grands avantages pour la société et pour les familles; et il n'est pas permis de les passer sous silence, si l'on veut rendre une justice entière au législateur de Rome.

Parmi les avantages dont ce principe fut la source pour la république, nous devons compter surtout le dévouement sans bornes que lui montrèrent les pères de famille. Ils surent même l'inspirer à tous leurs enfants, par l'influence de l'éducation domestique, et le patriotisme sembla moins la vertu de quelques citoyens, que le caractère particulier du peuple de Rome.

Ce patriotisme acquit plus d'empire que la tendresse paternelle. Un père n'hésitait pas à mettre les sentiments de la nature après ceux qui étaient dus à la patrie; il regardait ses enfants ainsi que lui-même, comme appartenant d'abord à la république. « J'eusse mieux aimé apprendre sa mort que sa désertion des drapeaux, » disait Scaurus, quand il fit défendre à son fils de se présenter jamais devant lui. « Ce n'est pas pour Catilina que je t'avais engendré, c'est pour la

(1) Pothier, sur la loi des XII Tables.

patrie, » disait Fulvius, quand il condamna son fils à la mort, pour avoir voulu joindre l'armée de ce fameux conspirateur.

Le père n'était pas même arrêté par les limites que les lois prescrivait à sa juridiction. Il est certain que, d'après les lois mêmes, un fils ne devait pas compte à son père de sa conduite politique; et néanmoins lorsque Cassius eut abusé des droits du Tribunat pour soutenir ses menées séditeuses et publier une loi agraire, son père ne craignit pas d'étendre son pouvoir au-delà des bornes légitimes. Il le condamna au supplice par un arrêt arbitraire, et répandit avec fermeté son propre sang pour le salut de la république (1).

Après avoir bien établi ce droit de vie et de mort accordé originairement au père de famille, nous constaterons qu'il pouvait disposer de son enfant à peu près comme d'une chose, et qu'il avait sur lui le *jus utendi et abutendi*, comme sur tout autre objet de son patrimoine. Quelle était l'origine de ce droit barbare, quel en était le fondement? Est-ce l'idée de propriété absolue du père sur son enfant? Nous ne le croyons pas. — La puissance paternelle n'eut jamais la nature d'un véritable droit de propriété, parce que l'enfant ne fut jamais considéré comme la chose de son père. Le fondement de ce droit, si toutefois on peut expliquer, nous ne disons pas justifier, un droit aussi exorbitant, nous semble être dans le caractère de la magistrature domestique exercée par le père.

(1) Val. Max, liv. 5, chap. 8.

Tout vient se concentrer dans ses mains, il est le grand-prêtre du foyer domestique, sa juridiction sur les biens et les personnes qui composent la *familia* est absolue, exclusive. — Peut-être les anciens Romains considéraient-ils les devoirs de famille comme d'une nature trop noble et trop délicate pour les livrer au contrôle indiscret des tribunaux et aux débats d'une procédure publique; ce foyer domestique était pour eux un asile sacré dont aucun agent de l'Etat ne pouvait forcer le seuil, un sanctuaire impénétrable dont le législateur et le magistrat devaient respecter le mystère. C'est possible; quoi qu'il en soit, le père juge et applique la peine, sa sentence n'est soumise à aucun appel, elle sera exécutée quand et comme il voudra.

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

Ceci nous amène à parler de la manière dont se faisait la vente des enfants. Ce droit de vente n'est, en réalité, qu'une atteinte portée à la puissance paternelle, et c'est la plus ancienne.

La loi des XII Tables avait posé en principe le droit de vendre les enfants, mais en même temps elle l'avait

limité. Ce droit fut pratiqué pendant toute la république, et il était encore admis à l'époque de Gaius. La vente avait lieu par la mancipation ou vente solennelle *per aes et librem*. Gaius, dans son Commentaire, §§ 117 et suivants, nous donne sur la mancipation des explications fort complètes; à la troisième vente, la puissance du père était épuisée (1). Cette disposition fut considérée par les jurisconsultes comme s'appliquant au fils seul, non aux filles et aux petits-enfants, et Gaius nous apprend qu'à leur égard, une seule vente suffisait pour éteindre la puissance paternelle (2).

L'enfant ainsi vendu était, par rapport à son acheteur, dans un état dit *mancipium*, condition particulière où l'enfant n'était ni libre, ni esclave, et ressemblait tout à la fois à l'enfant en puissance paternelle, et à l'esclave en puissance dominicale. Le maître, sous la dépendance duquel il se trouvait, pouvait tirer avantage de sa personne et en faire un instrument d'acquisition. Mais l'enfant ne devenait pas esclave, il ne perdait pas son ingénuité, ses droits sommeillaient tant que durait le *mancipium*; une fois affranchi, il devenait pleinement son maître, sans relever de personne comme les affranchis ordinaires.

La vente des enfants avait surtout lieu dans deux cas : pour arriver à l'émancipation de l'enfant, et pour pratiquer ce que l'on appelait l'abandon noxal. Dans le

(1) Si pater filium ter venundedit filius a patre liber esto (Loi des XII Tables).

(2) « In cæteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una mancipatio sufficit. »

premier cas, elle n'a pas besoin d'être justifiée, elle trouve son excuse dans le but qu'on désirait atteindre, et si l'on prenait tant de détours, c'était pour satisfaire aux exigences de la loi des XII Tables. La vente, comme moyen d'émancipation, se continua jusqu'à Justinien, qui lui substitua un procédé plus simple. Du reste, depuis Anastase qui avait remplacé la vente par l'insinuation d'un rescrit autorisant l'émancipation, on usait moins des anciennés formalités (1).

Quant à la vente par abandon noxal, elle tenait à cette idée que les enfants ne devaient pas causer à leur père un dommage dépassant la valeur de leur corps. La victime du délit pouvait donc s'en prendre au père qui avait le choix entre les deux alternatives : payer le dommage causé ou abandonner son fils.

Avec l'adoucissement des mœurs, le droit de vie et de mort tomba en désuétude. Néanmoins, le *paterfamilias* resta longtemps encore le juge souverain assis au foyer domestique, pouvant, sans en référer aux tribunaux, retenir ses enfants enchaînés à toutes sortes de travaux pénibles (2), et cela lors même qu'ils auraient rempli les fonctions publiques les plus élevées.

(1) Loi 5 au Code, De emancipationibus libertorum.

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

Jamais, en effet, cette sujétion si complète du fils de famille ne lui a enlevé l'exercice de ses droits publics. Non-seulement il votait dans sa curie et concourait à nommer les magistrats; mais bizarre contradiction, il n'était pas rare de voir des hommes, incapables d'avoir une volonté au sein de leur famille, commander à des armées puissantes et tenir en main les destinées de la république.

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

Qu'il y ait à certains égards avantage à confier dans chaque famille l'autorité aux mains d'un seul, on ne peut le nier. Ainsi, au milieu même des plus vives querelles politiques, la paix habitait dans l'intérieur des familles. Le calme et l'expérience des vieillards épargnaient aux yeux de la justice des contestations souvent scandaleuses, fruit des caprices d'une jeunesse inconsidérée. Mais, d'un autre côté, n'est-il pas dangereux de laisser un tel pouvoir sans autre contre-poids que l'amour paternel ou la voix de la conscience? Tout homme qui a la puissance suprême, qui l'exerce sans contrôle, est naturellement porté à en abuser.

Il y avait donc en cette matière d'importantes réformes à opérer, et c'est l'empereur Trajan qui, le premier, eut l'honneur d'entrer dans cette voie. Ce prince força un père à émanciper son enfant parce qu'il l'avait maltraité, et ce père indigne fut privé du droit de succéder à son fils. Nous voilà loin du droit de tuer; il est à croire que dans les esprits et dans les mœurs une

grande transformation s'était déjà faite, car enfin lorsque celui qui frappe a le droit de tuer pourrait-on prétendre punir celui qui frappe !

Adrien rendit une décision qui nous montre combien les idées et les mœurs avaient distancé la loi et combien le droit de mort tendait à se restreindre. Un père tue, à la chasse, son fils qui avait avec sa belle-mère des relations adultères ; ce père, comme on le voit, semblait au moins très excusable, cependant il fut condamné à la déportation parce que, dit la loi 5 au Digeste (*de leg. Pompeia*) « *patria potestas in pietate non in atrocitate consistere debet.* »

L'opinion s'élevait donc violemment contre l'ancien droit absolu et sans contrôle du père. La loi des XII Tables avait beaucoup vieilli ; il fallait réviser les vieux principes, c'est Ulpien qui, au troisième siècle, formule les idées nouvelles : « *Inauditum filium pater occidere non potest sed accusare eum apud præfectum præsidemve provinciæ debet.* » (L. 2, *ad legem corneliam de sicariis*). Des mains du père le droit de vie et de mort passe à celles du magistrat et même, d'après la constitution d'Alexandre Sévère, rendue peu de temps après, s'il s'agit de châtimens rigoureux, le père devra encore recourir au magistrat. Désormais l'enfant avait trouvé, dans la personne du magistrat, une garantie contre les emportemens de la colère paternelle.

Dès lors l'ancien droit du père nous semble complètement aboli, sinon expressément, puisque la première loi formelle à cet égard est due à Valentinien, Valens et Gratien (L. 2, *de infant. expositis*, C. 8, 52), au

moins tacitement. Dès lors le droit de vie et de mort fut transformé en un droit de correction restreint à de sages limites.

Mais Constantin devait aller encore plus loin que ses prédécesseurs, il punit de la peine des parricides le père qui aurait tué son enfant (1).

Quant à la fille, le père avait en outre et dans un cas tout spécial, d'après la loi *Julia de adulteriis*, le droit de lui donner la mort, c'était lorsqu'il la surprenait en flagrant délit d'adultère. Ce droit avait son origine dans la puissance du père. Nul autre que lui n'aurait pu l'exercer : « *Itaque nemo alius ex patribus idem jure faciet.* » (L. 20, 21, *ad leg. Jul. de adult.*) pas même le mari outragé. Cette disposition législative ne doit chercher sa justification que dans le pouvoir du chef de famille, gardien des mœurs du foyer domestique.

Pour que le droit du père s'exerçât régulièrement, l'adultère devait avoir été consommé dans la maison même du père ou du gendre, et la mort devait être donnée au moment même du délit : « *In continenti filiam occidat* » (L. 23, § 4, D. 48, 5.)

Quant au droit de vente, il subit aussi de notables restrictions. Paul nous dit (liv. 21, § 1) : que la vente des enfants n'était plus admise qu'en cas d'une extrême misère : « *Extremæ necessitatis aut alimentorum gratia.* » Par une constitution qui est devenue la loi première

(1) L. 1, C. *De his qui parentes.* (Le coupable était enfermé dans un sac en compagnie d'un chien, d'un coq, d'une vipère et d'un singe, et l'on jetait le tout à la mer ou dans une rivière voisine).

au Code, 4, 43, *De patribus qui filios*, Dioclétien et Maximien abolirent complètement la vente des enfants. Désormais, les parents ne peuvent transférer leurs enfants à personne, pas plus à titre de vente, de donation, de gage, qu'à tout autre titre quelconque. La bonne foi du contractant ne lui sert de rien, à l'effet de consolider l'acquisition qu'il prétendrait avoir faite. Le père sera garant de l'éviction.

Cette loi, bonne en elle-même, ne devait pas vivre longtemps, elle n'était pas encore en harmonie avec les mœurs; l'exposition des enfants qui se pratiquait toujours trouva dans la défense de Dioclétien un nouveau motif de devenir plus fréquente; aussi Constantin se vit-il obligé de rapporter la loi sur la vente des enfants. Toutefois, il n'admit cette vente (1) qu'autant que le père serait pressé par une extrême pauvreté, et qu'il vendrait l'enfant au sortir du sein de sa mère, *adhuc sanguinolentos*. Ainsi vendu, l'enfant sera *in mancipio*, mais le père pourra toujours le délivrer en fournissant à sa place un autre *mancipium*, ou en indemnisant l'acheteur de toute autre manière. L'enfant et n'importe quelle personne s'intéressant à lui, pourront user de la même faculté.

Justinien, tout en admettant le droit établi par Constantin, eut soin, en insérant sa Constitution au Code, de la faire précéder de celle de Dioclétien, qui défendait en principe la vente des enfants.

Le seul cas de vente sérieuse qui resta longtemps en

(1) Loi 2 au Code, *De patribus qui filios suos distrezerunt*.

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

Malgré toutes les restrictions imposées au pouvoir paternel, l'exposition des nouveaux-nés était toujours honteusement pratiquée. Déjà, dans cette société corrompue, les philosophes chrétiens, Tertullien et Lactance n'avaient pu contenir leur éloquente indignation, le jurisconsulte Paul avait même été jusqu'à assimiler l'exposition au meurtre (2). Ce fut Constantin qui prit les premières mesures pour faire cesser cet abus de la puissance paternelle. D'abord en 315, il ordonna à ses officiers de prendre sur le trésor des sommes suffisantes pour venir en aide aux parents pauvres; cette mesure n'était relative qu'à l'Italie. En 322 il l'étendit à l'Afrique. Puis, voulant faire concourir l'intérêt avec la bienfaisance pour atteindre plus aisément son but, il décida

(1) Inst., liv. 4, t. 8, § 7.

(2) « Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordie causâ exponit, quam ipse non habet. » — L. 4, D. De agnoscendis et alendis liberis. Liv. XXV, Tit. III.

que celui qui recueillerait un enfant abandonné et le nourrirait, acquerrait sur lui un droit de *mancipium*, ce qui ruinait en même temps la puissance du père.

Pour avoir l'enfant *in mancipio*, le père nourricier n'avait d'autres formalités à remplir qu'une déclaration dans un acte dressé devant témoins et signée par l'évêque du lieu.

Constantin crut ces remèdes suffisants; les deux lois que l'empereur Valentinien porta en 374 nous prouvent combien peu ils avaient été efficaces. Il fut obligé d'une part de déclarer passible de la peine de mort celui qui essaierait de faire mourir un jeune enfant (1), de l'autre d'appliquer la peine établie par la loi à l'exposition des enfants (2).

Il n'est pas douteux, du reste, que, si l'exposition avait entraîné la mort, on appliquât la constitution de Constantin dont nous avons parlé plus haut, et qui punissait le meurtrier de la peine du parricide.

Enfin, Justinien posa le principe que l'enfant recueilli serait toujours libre, ne tomberait jamais *in mancipio*, soit qu'on l'eût élevé d'abord à titre d'enfant, soit qu'on lui eût, dès le commencement, assigné une condition quasi servile. Désormais, celui qui recueille un enfant ne peut plus en faire un esclave, transformer une bonne

(1) Si quis necandi infantis piaculum aggressus, aggressave sit sciat se capitali supplicio esse puniendum. L. 8, C. ad. leg. Cornel. De sicariis.

(2) Quod si sobolem suam exponendam putaverit, anim adversioni, quæ constituta est subiacebit. L. 2, C. De infantis expositis, 8, 52.

action en spéculation coupable ou en trafic honteux (1).

Il ne suffisait pas de frapper de peines sévères les parents qui abandonnaient leurs enfants, et tout en protégeant ces derniers, il ne fallait pas laisser le père de famille complètement désarmé, lorsque son fils voulait se soustraire à son autorité soit en désertant le toit paternel, soit en déniait à l'auteur de ses jours ses droits et sa qualité. C'est ce qu'avait prévu le législateur.

Si un fils de famille s'est enfui chez un tiers, le père peut le réclamer comme il réclamerait un objet de son patrimoine par voie d'action ordinaire, au moyen de la revendication (2). Seulement, il faut modifier la formule, et au lieu de la rédiger ainsi : *Si paret hunc hominem Auli Agerii esse ex jure quirritium*, ce qui s'appliquerait très-bien à la revendication d'un esclave, on écrit : *Si paret hunc hominem Auli Agerii filium esse ex jure romano*. Cette différence de rédaction de la formule implique la différence de condition entre le fils et l'esclave, et prouve une fois de plus que ce dernier seul est l'objet d'un droit de propriété.

La *rei vindicatio* était le moyen ordinaire employé par le père pour faire reconnaître son droit de puissance. Mais dans le cas où l'enfant était retenu arbitrairement ou par dol, ou encore quand il s'était laissé séduire par des promesses trompeuses, le préteur mettait à la disposition du père un mode spécial d'agir, à savoir l'interdit de *liberis exhibendis* ou l'interdit de *ducendis liberis*,

(1) Novelle 153, de *infantis expositis*, *præfatio*.

(2) Dig. L. 1, § 2, Liv. 6, Tit. 1.

qui n'était que la conséquence du premier. Au moyen de ces deux interdits, le père, après s'être fait représenter son fils ou sa fille qu'on tenait caché, le ramenait dans sa maison, et personne ne pouvait plus mettre obstacle au légitime exercice de son autorité, jusqu'à ce que la question de droit eût été vidée. La matière des interdits donnerait lieu, elle seule, à des développements aussi étendus que ceux que comporte notre thèse tout entière : aussi nous nous bornons à indiquer seulement les cas dans lesquels ils étaient accordés. Observons toutefois que l'interdit n'est jamais qu'une mesure provisoire. Suivant les circonstances, on statuait tout de suite, ou bien on renvoyait le procès ; mais l'enfant dont la condition reste encore pendante doit être confié aux soins d'une personne sûre et honnête

Cet état de choses souffrit une restriction dans le droit de Justinien : quand le tiers-détenteur de l'enfant était la mère elle-même, plusieurs décrets ou rescrits impériaux conservaient à celle-ci le droit de le garder près d'elle, sans que d'ailleurs le père fût déchu des autres prérogatives résultant de sa qualité (1). Cette exception se réfère évidemment au cas où les père et mère sont divorcés, car autrement on ne comprend pas comment ils auraient une habitation séparée. Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien nous apprend du reste que, dans cette hypothèse, le magistrat qui prononce le divorce décide en même temps chez

(1) L. 3, § 5, Liv, 43, Tit. 30.

lequel des époux les enfants seront nourris et entretenus (1).

2° *Droit au respect.*

Nous avons vu dans la première partie de notre travail jusqu'à quel point, dans les premiers âges, les enfants poussaient le respect et la tendresse filiale vis-à-vis de leurs parents. Maintenant nous verrons refluer au sein de la Rome antique les traditions et les mœurs patriarcales, avec le même éclat que celui dont elles étaient environnées dans les siècles héroïques. L'aïeul commun, le chef de chaque famille, reçut un caractère sacré sous le nom de père de famille. Ce titre réveilla chez les Romains les mêmes idées de vénération et de puissance qui, dans des temps plus reculés, avaient été attachées à celui de patriarche.

Le législateur de la Chine avait dépassé le but qu'il suffisait d'atteindre. Il avait réduit le respect en formules et imaginé des pratiques minutieuses. Des entraves multipliées avaient fait perdre à la subordination filiale la naïveté du sentiment; la jeunesse, d'abord soumise, fut bientôt subjuguée. Numa lui laissa tout son ressort : il sentit fort bien qu'il ne fallait pas abaisser les enfants, mais relever le père de famille.

Il rendit sa personne sainte et inviolable; il proscrivit toute action judiciaire d'un membre de la famille qui pouvait porter atteinte à la dignité de son chef : il com-

(1) Code, L. 1, Liv. 5, Tit. 24.

para les attentats personnels à des sacrilèges, et ne distingua point, dans ses peines, l'insulte filiale de celle qui outrageait la Divinité.

Il fit du père de famille le pontife et le législateur de la religion domestique. Il accrédita les opinions des siècles héroïques qui lui attribuaient, pendant sa vie, une émanation de l'autorité divine, qui l'associaient aux dieux Pénates après sa mort.

L'histoire romaine est pleine de témoignages du respect et presque de l'idolâtrie que ce législateur avait su inspirer pour le père de famille. Flaminius, tribun du peuple, poursuivait avec violence la proposition d'une loi agraire. Il avait rejeté les instances de ses amis, bravé les oppositions du sénat, surmonté tous les obstacles. L'assemblée qui devait sanctionner la loi était déjà réunie. Le peuple, ivre d'espérance, était accouru en foule. Déjà Flaminius lisait sa loi; le sénat et les bons citoyens consternés n'espéraient plus rien de leur résistance.

En ce moment, le père de Flaminius monte seul à la tribune. Il saisit son fils par la main, et sans aucun obstacle de la part du peuple qu'il privait de son défenseur, il le ramène dans sa famille.

« On peut juger par cet exemple, dit Bodin, que les » Romains faisaient plus de cas de la puissance pater- » nelle que des lois mêmes qu'ils appelaient sacrées, » et par lesquelles ils avaient voué à Jupiter la tête de » celui qui aurait seulement commis la plus légère of- » fense envers un tribun. » Mais le peuple entier oublia dans ce moment jusqu'à l'inviolabilité de ses magistrats,

tant il fut frappé de la *majesté paternelle*, pour nous servir d'une expression que Tite-Live a consacrée.

Le droit au respect n'était pas, comme les autres attributs de la puissance paternelle, le monopole du *paterfamilias*. Les juriconsultes ne cessent, en effet, de nous répéter que le respect est dû aux parents, *parentes*, c'est-à-dire au père selon la nature; et, détail qu'il vaut la peine de noter, la mère est ici associée au père, et mise sur le même rang que lui. Les époux concubins ont, sous ce rapport, les mêmes droits que les époux légitimes : *una est omnibus parentibus servanda reverentia* (1); et la mère affranchie a les mêmes droits que la mère ingénue. La nature, dit Ulpien, veut que l'enfant affranchi respecte sa mère affranchie (2), et les militaires ne sont nullement dispensés du devoir de la piété filiale.

Une des conséquences les plus importantes de l'obligation de respecter les père et mère, c'était l'impossibilité pour les enfants d'intenter contre eux certaines actions. Parmi ces actions, il faut citer en première ligne toutes celles qui emportent *infamie* pour la partie condamnée (3). L'action de dol et l'action d'injures ne peuvent pas non plus être exercées contre les parents, et cela quand-même ceux-ci plaideraient par procureurs, ni en général aucune action qui a pour objet de faire condamner le défendeur à cause de sa mauvaise foi ou de sa fraude.

(1) Dig., L. 6, Liv. 2, Tit. 4.

(2) Dig., L. 1, § 1, Liv. 37, T. 15.

(3) Dig., L. 5, Liv. 37, Tit. 15.

Il est également défendu d'opposer à ses père et mère l'exception de dol ou l'exception *metus causâ* et les interdits *undè vi* ou *quod vi*.

Quant aux actions ordinaires, il est probable que le fils de famille ne pouvait pas les intenter de plein droit contre ses parents, il lui fallait l'autorisation préalable du préteur. *Generaliter eas personas quibus reverentia præstanda est sinè jussu prætoris in jus vocare non possumus* (1). Cette assertion de Modestin se trouve confirmée par d'autres passages du Digeste (2).

Lorsque le fils de famille a obtenu l'autorisation exigée, le père jouit encore de certains avantages; il ne peut jamais être condamné que *in quantum facere potest*, jusqu'à concurrence de ce que ses facultés lui permettent de payer. De plus, si le père défère le serment, il n'est pas obligé de jurer qu'il ne le défère pas calomnieusement (3).

Un des corollaires les plus incontestables du respect, de la reconnaissance filiale, c'est l'obligation de secourir ses parents dans le besoin (4).

Quelques textes du Code font allusion à cette dette, et déclarent que l'on peut citer son fils ou sa fille devant le juge compétent pour se faire attribuer des aliments dans la mesure proportionnée aux facultés de celui qui doit les fournir (5).

(1) Dig., L. 13, Liv. 2, Tit 4.

(2) Lois 6, 7 et 8, eod. tit.

(3) Dig., L. 7, § 1, Liv. 37, T. 15.

(4) Code, L. 1, Liv. 5, T. 25.

(5) Code, L. 2, Liv. 5, T. 25; L. 5, Liv. 8, T. 47.

3° *Droit de consentir au mariage.*

Un attribut du pouvoir paternel, que les Institutes nous montrent tout à la fois comme une conséquence du droit naturel et du droit civil, était la nécessité, pour l'enfant qui voulait contracter de justes noces, d'obtenir au préalable le consentement du chef de famille. Cette autorisation, qu'il ne faudrait pas confondre avec celle qui est exigée dans notre droit, se rattachait à l'organisation de la famille romaine. La force du lien établi par la puissance paternelle entre le père et les enfants était telle, qu'on ne pouvait entrer dans la famille ni en sortir, sans la volonté du chef; aussi, le mariage pouvait amener l'un ou l'autre de ces résultats, l'enfant devait avoir non-seulement le consentement du chef de famille, sous la puissance duquel il se trouvait actuellement, mais encore celui de son père qui devait, à son heure, hériter de la magistrature domestique. « *Nemini invito heres suus agnascitur.* » Ce motif, il est vrai, n'existait pas pour la fille dont les enfants ne devaient jamais tomber sous la puissance de leur aïeul maternel; mais par l'acquisition de la *manus*, opérée au profit du mari ou du père du mari, si celui-ci était en puissance, son père aurait pu perdre sa puissance sur elle. On pourrait conclure de l'adage latin cité plus haut que dans l'ancien droit, pour la validité du mariage d'un fils, il fallait que le père donnât un consentement exprès, tandis que pour le mariage d'une fille il suffi-

sait d'un consentement tacite : mais on finit par admettre que le consentement tacite suffisait toujours.

Comment devons-nous comprendre le pouvoir du père ? Était-ce un droit si absolu qu'il eût pu forcer son fils à se marier, ou lui refuser toute autorisation ? Non, évidemment le mot *jussus* des Institutes, « *jussus parentis præcedere debet*, » ne doit être pris que dans le sens de consentement, non dans celui d'ordre ; ce qui le prouve, c'est le passage suivant des Institutes : « *Consensum habeant parentum, sine patris interventu.* » Le Digeste consacre aussi cette interprétation dans la loi 21, *De ritu nuptiarum*. A l'inverse, le père, si nous en croyons la loi Julia (L. 19, *De ritu nupt.*) n'aurait pu vouer son enfant à un célibat perpétuel. Les présidents de la province et les consuls pouvaient vaincre sa mauvaise volonté et le forcer à marier son enfant (1).

Avant d'aller plus loin, arrêtons-nous un instant sur un texte de Paul qui semble, au premier abord, s'harmoniser assez peu avec les points de doctrine que nous venons d'exposer : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur ; sed contracta non solvuntur : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur* (2). On pourrait croire que ce texte doit être traduit ainsi : « Il est défendu à la personne *in patriâ potestate* de se marier sans « le consentement de son père ; mais le mariage ainsi contracté ne sera pas anéanti : en effet, l'intérêt public

(1) Loi 19, *De ritu nuptiarum*, Dig., L. XXIII, t. II.

(2) Sentences de Paul, Liv. II, Tit. 19, 2.

doit passer avant les vœux des particuliers. » Cela reviendrait à dire que le défaut du consentement du père forme bien un empêchement prohibitif, non un empêchement dirimant. Mais la distinction entre l'empêchement prohibitif et l'empêchement dirimant ne se comprend pas dans une législation comme la législation romaine, où il n'existe point un acte solennel de célébration du mariage, un acte qui suppose l'intervention d'un officier public. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà montré, les textes prouvent que, sans le consentement du père, il n'y a point mariage. Que signifie donc le passage de Paul ? Nous croyons qu'on doit l'entendre comme Pothier (1), et le traduire ainsi : « Pour qu'une » personne en puissance puisse contracter mariage, il » faut la volonté de son père; mais la volonté du père » ne suffit pas pour dissoudre un mariage valablement » contracté..... » En un mot, Paul a voulu exprimer ici la règle introduite par une constitution d'Antonin le Pieux, d'après laquelle, lorsqu'une personne en puissance est légitimement mariée, il n'est plus permis à son père de dissoudre à son gré le mariage.

La puissance paternelle autrefois allait jusque-là que le père pouvait, malgré son fils ou malgré sa fille, répudier sa bru ou son gendre : Antonin le Pieux y a mis, sous ce rapport, une restriction raisonnable (2).

(1) Traité du contrat de mariage, n° 17.

(2) Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit. Ce sont les expressions employées par Paul lui-même, dans un autre passage de ses Sentences (Liv. V, Tit. VI, § 5). Voyez aussi Dioclétien et Maximien, L. 5, C., De repudiis (5, 17).

Les parents, à Rome, étaient obligés de doter leurs enfants, ce qui n'a point lieu chez nous (art. 204, C. c.).

À Rome, la loi Julia, promulguée dans le but de faciliter les mariages, imposait à l'ascendant le devoir de doter les enfants de l'un et de l'autre sexe, soumis à sa puissance. Ceux-ci avaient une action dans ce but. Cette action dotale s'expliquait comme correctif de la *patria potestas*, et de l'impossibilité où était le fils de famille d'acquérir pour son compte. La dot se trouva tellement favorisée par la législation qu'on en fit presque une chose d'intérêt public, ainsi que le manifeste cette maxime ; « *Reipublicæ Interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* »

Sous le rapport des personnes par qui elle avait été constituée, la dot était ou profectice, ou adventice. Profectice, si elle venait du père ou de l'aïeul paternel, c'est-à-dire si elle avait été constituée par eux ou par quelqu'un pour leur compte : qu'il s'agit d'une fille en puissance ou d'une fille émancipée, peu importait, car, à cet égard, ce n'était pas la puissance maternelle qu'on avait considérée. Adventice, si elle provenait de toute autre personne constituée soit par la femme, de ses propres biens, soit par un tiers quelconque. Cette distinction était importante pour déterminer à qui devait revenir la dot, en cas que la femme vînt à mourir durant le mariage. La dot profectice devait revenir au père ou à l'aïeul paternel qui l'avait constituée ; en la donnant, ils avaient satisfait à une obligation de paternité ; leur fille morte durant le mariage, ils reprenaient ces biens. La dot adventice, au contraire, restait au

mari survivant, à moins que le tiers qui l'avait constituée n'eût stipulé qu'en cas de pré décès de la femme elle lui reviendrait, cas auquel la dot se nommait spécialement *dos receptitia*. Si le mariage était dissous du vivant de la femme, soit pour le divorce, soit autrement, la dot, qu'elle fût profectice ou adventice, revenait à la femme ou à ses héritiers. Justinien modifie cet ancien droit sur divers points, notamment en ce sens que, si la femme meurt durant le mariage, la dot adventice, au lieu de rester au mari, revient aux héritiers de la femme.

En cas d'absence, de captivité, de folie du père, l'enfant, d'après les principes, ne pouvait contracter mariage, le consentement du chef de famille faisait défaut. Ces règles absolues s'adoucirent. On décida, pour les cas d'absence, qu'après trois années, à partir de la disparition du père, si on avait des doutes sur son existence, l'enfant pourrait passer outre et contracter de justes noces (1).

On appliqua la même décision au cas où le père était en captivité chez l'ennemi; l'enfant pouvait se marier, pourvu que son choix fût tel que le père aurait probablement consenti au mariage s'il eût été présent. Quant au cas de folie, Marc-Aurèle décida que les enfant *sive masculi, sive feminae* du *mente captus*, pourraient se marier sans le consentement du prince; mais cette constitution ne comprenait pas le *furiosus*, qu'il faut bien distinguer du *mente captus* : le premier a des intervalles

(1) L. 10, D. De ritu nuptiarum. Liv. 23, Tit. 2.

lucides, c'est de la démence; le second est dans un état perpétuel d'imbécillité (1). Aussi on hésita à appliquer cette constitution à l'enfant du *furiosus*. Toutefois on admit pour la fille qu'elle pourrait se marier « *sive patris interventu* »; quant au fils, on n'était pas d'accord, « *super filio variabatur*, » nous dit Justinien (2), parce que son mariage avait de plus sérieuses conséquences que celui de la fille, il pouvait introduire de nouveaux membres dans la famille. Justinien mit fin à cette controverse en décidant que tous les enfants du *furiosus*, comme ceux du *mente captus*, pourraient se marier sans le consentement de leur père.

Les femmes n'avaient à Rome aucun des attributs de la puissance paternelle; aussi les enfants, lorsqu'ils se mariaient, n'avaient-ils pas besoin du consentement de leur mère. Mais le moment vint où la religion chrétienne, après avoir relevé la dignité de la femme, indiqua au monde la place que devait occuper la mère dans la famille. Après avoir rendu le père humain, elle amena l'épouse à participer aux prérogatives, aux droits de la famille; dès lors put exister cette association, entrevue et indiquée par Modestin. C'est en se conformant, sans doute, à cet ordre d'idées, que Valens et Valentinien, et, après eux, Honorius et Théodose exigèrent que la fille, mineure de vingt-cinq ans, bien qu'émancipée, prît le consentement de sa mère et de ses proches parents (3), si son père était mort : et,

(1) Inst. §§ 3 et 4, liv. I, tit. 23.

(2) De nuptiis principium. Institutes.

(3) Lois 18 et 20, C. De nuptiis, liv. 5, tit. 4.

si elle était orpheline de père et mère, la justice devait intervenir.

4° Droit de choisir un tuteur testamentaire.

La faculté, pour le *paterfamilias*, de donner dans son testament un tuteur aux enfants soumis à sa puissance, remonte à la loi des XII Tables : *testamento nominatim tutores dati*, dit Ulpien, *confirmantur lege duodecim tabularum, his verbis : uti legassit super pecunia tutelave suœ rei, ita jus esto* (1). Il n'y a point de testament valable sans institution d'héritier ; le *parens* qui veut donner un tuteur à ses enfants doit donc nécessairement disposer de ses biens, *legare super pecuniâ suâ*, c'est-à-dire instituer un héritier.

Un citoyen peut, par son testament, donner un tuteur à son enfant, ou à son petit-enfant *ex filio*, lorsque par sa mort il doit devenir *sui juris* (2). Ne peut-il même pas donner ainsi un tuteur testamentaire à son enfant, ou à son petit-enfant *ex filio*, quand il n'a jamais été sous sa puissance, quand il naît après sa mort ? Nous verrons plus bas qu'il a été admis de bonne heure qu'un testateur peut instituer héritier le *postumus suus*, ou, à plus forte raison, lui faire un legs. Le testateur peut également nommer un tuteur à l'enfant, ou au petit-enfant *ex filio*, qui doit naître *sui juris* après sa

(1) Fragm., XI, § 14.

(2) Gaius, Comment. I, § 146; Inst. liv. I, tit. 13, § 3, *in fine*.

mort, et qui aurait été sous sa puissance paternelle s'il fût né de son vivant (1).

Le droit de nommer un tuteur se présente donc à nous comme étant un attribut de la puissance paternelle. Supposons maintenant qu'un testateur a nommé un tuteur à un enfant qui n'est point sous sa puissance et qui n'est point *postumus suus* par rapport à lui : la nomination sera-t-elle considérée comme non-avenue ? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. Si le tuteur est donné à l'enfant par le père qui l'a émancipé, ce tuteur doit être confirmé par le magistrat *omni modo, id est sine inquisitione* (2); peu importe, du reste, que dans son testament le père émancipateur ait institué ou exhéredé l'enfant. Quand le tuteur est donné à un enfant issu du concubinat par son père naturel, si celui-ci n'a rien laissé à l'enfant, la nomination est dépourvue de toute espèce d'effet; si, au contraire, il a fait quelque disposition au profit de l'enfant, la nomination pourra être confirmée *cum inquisitione* (3). Même distinction lorsque le tuteur a été donné par la mère. Enfin quand il a été donné par toute autre personne, *ab extraneo*, il pourra être confirmé *cum inquisitione*, si le testateur a fait une disposition en faveur de l'enfant, et si, de plus, l'enfant n'a pas d'autres liens (4).

En somme, pour que le tuteur soit *rectè datus*, plusieurs conditions sont nécessaires : il faut qu'il soit donné

(1) Gaius, I, § 147; Inst., § 4, *De tutel.*

(2) Inst. liv. I, tit. XIII, § 5.

(3) L. 7 pr., D., liv. 26, tit. 3.

(4) Paul, L. 4, D., *De confirm. tut.* liv. 26, Tit. 3.

par le père ou par l'aïeul paternel, donné à l'enfant qui a été dans la famille de son père ou de son aïeul jusqu'à la mort de celui-ci, donné en certains termes impératifs et non en termes précatifs, enfin donné *in testamento aut in codicillis testamento confirmatis*. L'une de ces conditions venant à manquer, la *datio tutoris* ne vaudra pas par elle-même, *ipso jure* : si elle émane du père légitime, elle devra être confirmée par le magistrat ; si elle émane d'une autre personne, elle ne pourra jamais être confirmée que *cum inquisitione* (1).

Le testateur peut-il déférer la tutelle absolument à toute personne ? Ici nous appliquerons d'abord la règle générale suivant laquelle aucune disposition testamentaire n'est valable si elle ne s'adresse à une personne avec laquelle le testateur a la *factio testamenti*. Nous dirons donc que le testateur ne peut pas valablement déférer la tutelle à un *peregrinus*, à un affranchi déditice, à un déporté (2). Même parmi les personnes avec lesquelles existe la *factio testamenti*, il en est qui ne peuvent pas être appelées à la tutelle. Tel est le latin Junien (3) ; il en est de même de la femme : la tutelle, comme la puissance paternelle, appartient exclusivement aux hommes (4).

Nous savons que le *filiusfamilias*, qui ne peut avoir ni la puissance dominicale, ni la puissance paternelle,

(1) Modestin, L. 1, §§ 1 et 2, D. (ibid).

(2) Frag. d'Ulpien, XXII, § 2.

(3) Fragm. XI, § 16.

(4) L. 26 pr., D., De testam. tut. Liv. 26, Tit. 2.

peut au contraire être investi d'une fonction publique. Il peut également être tuteur, en vertu d'un testament (1).

Un esclave ne peut pas être tuteur; un affranchi peut très-bien l'être. Si malgré cette prohibition, le choix venait à se porter sur un esclave, il serait indispensable qu'on l'affranchît, à défaut d'affranchissement exprès, la liberté lui était confiée de plein droit (2).

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

Qu'arriverait-il si le testateur, en nommant un tuteur, ajoutait que ce tuteur s'occupera seulement de certains biens ou de certaines affaires du pupille? A cet égard, Justinien se borne à reproduire la doctrine des anciens juriconsultes, lorsqu'il répond : *certæ rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur* (4). Or, cette règle ne signifie point que la fonction essentielle du tuteur consiste à prendre soin de la personne, c'est-à-dire de l'éducation et de l'entretien du pupille. Elle veut dire tout simplement que le tuteur doit compléter la personnalité juridique du pupille, en l'autorisant à faire les actes qu'il ne peut pas faire. D'après cela, lorsqu'un testateur *tutorem dat certæ rei vel causæ*,

(1) Inst., pr. Qui test. tut. dari possunt.

(2) Inst., liv. I, tit. 14, pr. et § 1.

(3) Inst., liv. I, tit. 20, § 1.

(4) Inst., liv. I, tit. 14, § 4.

la nomination ainsi faite est absolument nulle, *tota datio nihil valebit*, comme le dit Pomponius (1).

Toutefois, dans la pratique, une exception avait été apportée à la règle, pour le cas où un pupille qui demeure à Rome se trouve avoir des biens situés dans une province : *Si tamen tutor datur, rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio est : hoc enim jure utimur* (2).

Comme la tutelle ne peut s'exercer que sur un citoyen libre, elle prend nécessairement fin si le pupille subit une *capitis deminutio* quelconque (3). [Mais son mode d'extinction ordinaire est celui qui résulte de la puberté.

Pendant longtemps la puberté fut fixée *non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis* (4) : l'homme reconnu pubère (*qui generare potest*), la femme reconnue nubile (*viripotens*), sortaient de tutelle. Justinien abolit cette ancienne *indagatio corporis inhonesta*, et fixa un âge précis, quatorze ans pour les hommes, douze ans pour les femmes, auquel les uns et les autres, étant *sui juris*, purent se marier, administrer leurs biens, faire un testament.

On s'aperçut bientôt du danger qu'il y avait à remettre à un jeune homme de quatorze ans la direction de son patrimoine. Il en résultait la plupart du temps de graves désordres, auxquels on s'empessa de remédier par l'*in integrum restitutio*, l'institution de la

(1) L. 13, D., liv. 26, tit. 2.

(2) L. 15 eod. tit.

(3) Inst., liv. I, tit. 22, § 1 et § 4.

(4) Inst., liv. I, t. 22, pr.

curatelle, etc., mais comme il n'entre pas dans notre plan d'examiner ces matières spéciales, nous avons hâte d'aborder les effets de la *patria potestas* dont il nous reste à parler.

5° *Droit d'exhérédation.*

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

Mais plus tard le goût des testaments se répandit chez ce peuple qui devait attacher une si grande importance à ne pas mourir *intestat*. Aussi la prohibition de tester fut d'abord éludée au moyen de la *mancipatio per æs et libram*. Il était toujours défendu de faire un testament; mais rien n'empêchait que l'on vendît de son vivant ses biens à un étranger. Le patrimoine étant une chose *mancipi*, on le mancipait selon les formes ordinaires, en présence des témoins et du *libripens*, à un *familiæ emptor*. Ce dernier, s'il n'était pas lui-même héritier, s'engageait par une clause de *fiducie*, à faire de l'hérédité, après la mort du *de cuius*, l'usage convenu (1).

La loi des XII Tables décréta en ces termes la liberté de tester : *uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jûs esto*. — Ainsi, liberté entière pour le père de transmettre ses biens à qui bon lui semble, et par

(1) G. Com. II, 102.

suite, d'exclure, même sans motif, ses enfants de sa succession. Cette faculté illimitée de tester produisit les résultats les plus scandaleux. Les abus étaient d'autant plus criants que le fils de famille, incapable de rien acquérir pour lui-même, faisait profiter son père de ses acquisitions; puis, à la mort du père, le tout passait souvent en des mains étrangères, et l'enfant *in potestate* perdait non pas seulement le patrimoine de la famille, mais encore les produits de son industrie personnelle. Heureusement les préteurs et les prudents prirent bientôt en main les intérêts des familles, en mettant un frein aux folles libéralités des pères (1).

Dans le testament primitif, l'institution d'héritier était le fondement capital du testament. A défaut de cette désignation de l'héritier, le testament n'existait même pas, et tous ceux qui n'étaient pas nommément qualifiés héritiers se trouvaient par là même exclus. On les disait exhérédés tacitement. Cette exhérédation tacite fut de bonne heure condamnée par les prudents, et, selon leur interprétation, on n'admit plus comme valable que l'exhéredation formelle. Cette innovation se rattache étroitement à cette idée qu'à la mort du père les enfants conservent en quelque sorte une propriété qu'ils avaient déjà, plutôt qu'ils ne recueillent véritablement une hérédité! Dans Térence, un père dit, en parlant de son fils: *Meus particeps*. Et le jurisconsulte Paul s'exprime ainsi: *Etiam vivo patre quodammodo domini existimantur* (2).

(1) Dig., L. 120, 50, 16.

(2) L. 11, D., *De liber. et post.* (Liv. 28, tit. 2).

Examinons quelles sont les personnes qu'il faut ou instituer ou exhériter d'une manière expresse dans son testament. Ce sont les héritiers siens. Qu'entend-on par là? *Suos heredes accipere debemus*, dit Ulpien, *filios, filias, sive naturales, sive adoptivos..... Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt* (1). Ainsi, tous les individus soumis à la *patria potestas* d'une manière immédiate, sans être précédés dans la famille par aucun ascendant d'un degré supérieur, sont appelés *heredes sui*. Tels sont : 1° les enfants des deux sexes issus des justes noces ; 2° les petits-enfants issus d'un fils qu'on avait en sa puissance, mais qui est prédécédé ; 3° les enfants qu'on a adoptés ou adrogés. Quant aux enfants donnés en adoption ou émancipés, et quant à ceux issus d'une fille n'étant pas dans la famille du testateur, ils ne sauraient être ses héritiers siens. Ces derniers sont appelés ainsi, non pas parce qu'ils sont propriétaires communs des biens du vivant du père, mais parce qu'ils sont les héritiers du père. Les fils de famille sont *sui heredes* dans la loi des XII Tables, comme ils sont *res sua*, dans un sens relatif au défunt, pour désigner des héritiers qu'il trouve chez lui, par opposition à ceux du dehors qu'on appelle *extranei* ou même *alieni* (2).

L'omission d'un fils de famille rend le testament *injustum*, c'est-à-dire nul *ab initio*, et cela lors même

(1) Dig., L. 1, § 2 et § 4, liv. 38, tit. 16.

(2) Ducaurroy, Inst. de Just., t. 1, p. 465, en note.

que le fils aurait consenti à son omission (1). Mais le testament où le fils est ainsi omis ne se trouvera-t-il pas au moins validé si le fils vient à mourir avant le testateur ? Il serait assez raisonnable de l'admettre : car la nécessité imposée au testateur d'instituer ou d'exhérer nominativement son fils lui est imposée uniquement dans l'intérêt du fils. Telle était aussi l'opinion des Proculiens ; mais les Sabinien soutenaient la doctrine contraire, *scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio* (2). Le jurisconsulte Paul admet la doctrine rigoureuse des Sabinien, et il ajoute qu'elle est suivie dans la pratique. C'est aussi celle que Justinien a consacrée dans ses Institutes (3).

Lorsque le testateur veut exhérer son fils, il doit l'exhérer nominativement. Voici la formule : *Titius filius meus exheres esto* ; ou, si le testateur n'a qu'un fils : *Filius meus exheres esto* (4). L'institution ou l'exhérédation du fils doit être pure et simple : si elle était conditionnelle, la condition venant à défaillir, le fils se trouverait n'avoir été ni institué, ni exhérédé ; même la condition venant à s'accomplir, le testament resterait nul, parce que, nous plaçant au moment même où il a été fait, nous ne pouvions pas affirmer que le fils est institué ou qu'il est exhérédé. La règle posée ne souffre donc aucune exception. Mais le père peut instituer son fils sous condition et l'exhérer sous la condition con-

(1) Dig., L. 7 et L. 31, liv. 28, tit. 2.

(2) Gaius, II, § 123.

(3) Pr. De exhered. liber. (11, 13).

(4) Inst., pr. in fine, De exhered. lib.

traire, car alors il ne sera jamais omis, quelle que soit la condition qui se réalise.

Lorsque le testateur veut exhéredier les *sui* autres que le fils, il n'est pas tenu, comme quand il s'agit du fils, de faire une exhéredation nominative, il peut les exhéredier *inter cæteros*. Ainsi, un homme, qui a sous sa puissance un fils, des filles et des petits-enfants nés d'un fils prédécédé, s'il veut laisser toute sa fortune à son fils, peut dire : *Filius meus heres esto; cæteri exheredes sunt*. De plus leur omission n'entraînait pas la nullité du testament. S'ils ne sont ni institués, ni exhéredés, ils ont le droit de concourir pour une certaine part avec les héritiers institués (1). C'est le nombre des héritiers qui *accrescit*, qui augmente dans ce cas, et, par suite, les parts diminuent. — La part recueillie par les fils et les petits-enfants omis varie suivant qu'ils se trouvent en présence d'héritiers siens ou en présence d'héritiers institués; dans le premier cas, ils prennent une part virile; dans le second cas, la moitié (2).

Nous avons maintenant à parler du *postumus suus*. Nous supposons un enfant qui naît *sui juris* après la mort du testateur, et qui, déjà venu au monde lors de la confection du testament, aurait été à cette époque sous la puissance immédiate du testateur. Eux aussi, les *postumi sui* doivent être institués ou exhéredés. En cas d'omission, le testament a bien été valable dans le principe, mais il est ensuite infirmé par la survenance de

(1) Inst., liv. 2, tit. 13, pr.

(2) Ulp. Reg., tit. 22, § 17.

l'enfant posthume. Cela étant, si la femme du testateur, enceinte au moment de la confection du testament, a fait ensuite une fausse couche, le testament reste valable (1). Il faut supposer qu'elle n'accouche pas d'un enfant vivant : chez les Romains, l'*agnatio* d'un enfant vivant, quoique non-viable, emportait rupture du testament (2).

A l'origine, les *postumi sui* dont nous venons de parler ne pouvaient être ni institués, ni exhérédés : on considérait l'institution et l'exhérédation comme ne pouvant s'appliquer qu'à des personnes vivantes au moment de la confection du testament. Alors le testateur qui savait sa femme enceinte n'avait aucun moyen d'empêcher que son testament ne fût rompu *agnatione postumi*. Pourtant, le droit civil finit par considérer *pro iam natis* les *postumi sui*, et par permettre en conséquence au testateur de les instituer ou de les exhéredier. Il y avait encore plusieurs autres situations que nous ne pouvons pas exposer ici, et où la naissance d'un posthume après la confection du testament, ou après la mort du testateur, venait rompre le testament du père. Pour prévenir cet accident, il devint nécessaire d'instituer ou d'exhéredier formellement tous ces posthumes (*posthumes Aquiliens, Velléiens, quasi-posthumes*) (3).

Les préteurs allèrent encore plus loin que le Droit civil. Tenant compte des liens du sang, et non plus

(1) Inst., § 1. De exhered. lib.

(2) Ulpian, L. 12, § 1, D., De lib. et post. M. de Vangerow Lehrbuch, t. 1, § 32.

(3) Inst, liv. 1, tit. 13, § 3.

seulement du lien purement civil de l'agnation, ils obligèrent le testateur à instituer ou exhériter même les enfants sortis de sa puissance. Tous les descendants mâles durent être exhérités *nominatim*, et les descendants du sexe féminin au moins *inter cæteros*. S'ils sont omis, le préteur leur accorde la *bonorum possessio contra tabulas* (1). La théorie des *bonorum possessiones* est un des plus remarquables effets de cette puissance du préteur romain, qui consistait à corriger, amender ou suppléer le vieux Droit civil.

Justinien a modifié, à trois points de vue, les règles qui viennent d'être exposées : 1° le testateur qui veut exhériter son enfant ou son petit-enfant *ex filio*, doit toujours, sans distinction, l'exhériter nominativement. 2° L'omission d'un enfant ou d'un petit-enfant *per vi-rilem sexum*, quel que soit son sexe et quel que soit son degré, du moment qu'il avait droit de venir *ab intestat*, emporte toujours nullité ou rupture du testament. 3° Enfin, si le testateur a donné son enfant en adoption, à moins que ce ne soit à un ascendant de cet enfant, le testateur reste obligé de l'instituer ou de l'exhériter. Et en ce qui concerne l'adoptant, toujours à moins qu'il ne soit un ascendant de l'adopté, il n'est point tenu d'instituer ou d'exhériter l'adopté. En effet, le principe est que l'adopté n'acquiert que des droits *ab intestat* à la succession de l'adoptant.

Il est possible qu'un citoyen ait observé, en faisant son testament, toutes les règles indiquées jusqu'ici, et

(1) Inst. *ibid.*

que cependant ce testament reste sans effet, pour avoir méconnu certains sentiments dont il devait tenir compte. Le testateur, comme le disait Marcien et Justinien après lui, *recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis* (1).

D'après une conjecture de Cujas, la *querela inofficiosi testamenti*, que peut exercer le proche parent à l'encontre duquel le testateur a ainsi violé l'*officium pietatis*, cette *querela*, disons-nous, aurait été introduite par une loi *Glitia* qui mentionne l'inscription d'un fragment de Gaius (2). Mais il est bien plus probable que cette *querela* se sera établie peu à peu sous l'influence des prudents, comme s'était établie la nécessité pour le père d'instituer ou d'exhérer ses enfants, nécessité dont la *querela* peut être considérée comme étant le complément. L'origine que nous assignons au principe de l'inofficiosité ressort avec évidence des expressions employées dans les textes : *Inductum est ut de inofficioso testamento agere possent liberi qui queruntur aut iniquè se exheredatos aut iniquè præteritos* (3). Le mot *inductum* convient tout-à-fait au procédé du jurisconsulte. Mais ce qui suit est encore plus décisif : *Hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint*, etc. (4). On comprend que les jurisconsultes, n'étant pas revêtus de la puissance législative, soient obligés de recourir à des

(1) Marcien, L. 2, D., De inoffic. testam. liv. 5, tit. 2.

(2) Gaius, *libro singulari ad legem Glitiam* L. 4, D., De inof. test.

(3) Inst., pr. De inof. test.

(4) Inst., loc. cit.; Marcien, L. 2, D., De inof. test.

fictions, quand ils veulent faire prévaloir une certaine règle; mais une précaution de ce genre n'a pas besoin d'être prise par celui à qui a été spécialement conféré le pouvoir de poser les règles du droit qui lui paraîtront justes et utiles.

La *querela inofficiosi testamenti* est une sorte de pétition d'hérédité; aussi le tribunal des Centumvirs était-il compétent pour statuer sur cette querela comme sur la *petitio hereditatis* proprement dite. Il paraît, du reste, qu'à l'époque des grands jurisconsultes cette compétence était facultative. A un autre point de vue, la querela a quelque chose de l'*actio injuriarum*; le *querelans* se plaint d'avoir reçu du testateur une injure imméritée.

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

(1) Dig., L. 23, pr., liv. 5, tit. 2.

tout est remis au même état que si le testateur était mort *intestat* (1).

Justinien, dans ses Nouvelles, augmente la légitime, et en élève le taux jusqu'au tiers des biens qu'on aurait eus *ab intestat*, s'il y a quatre enfants. Et s'il y a plus de quatre enfants, la légitime est de la moitié (2). De plus, les causes d'exhérédation ne sont plus laissées à l'appréciation des juges. La Nouvelle 115, dont nous avons déjà parlé, en fait une énumération limitative. Il y a quatre causes d'exhérédation pour les descendants, sept pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs (3). Voici, en ce qui concerne les enfants, les quatorze causes d'exhérédation ; elles se trouvent classées dans les quatre distiques suivants :

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

Il nous reste encore à parler d'un autre attribut de la puissance paternelle, qui consiste, dans le droit accordé au chef de famille, d'instituer un héritier dans son propre testament pour l'hérédité du fils impubère soumis

(1) Dig., L. 6, § 1, liv. 5. tit. 2.

(2) Nov. 18, ch. 1.

(3) Nov. 115, ch. 3 et 4.

à sa puissance en cas que ce fils, lui survivant, meure avant d'avoir atteint l'âge de puberté. Ce droit dérivant uniquement de la puissance paternelle, il en résulte que le chef de famille seul peut l'exercer, qu'il ne le peut plus à l'égard de ses enfants émancipés, ni la mère, ni les ascendants dépourvus de puissance, à l'égard d'aucun. L'opération que nous venons d'analyser, porte le nom de *substitution pupillaire*.

Comme toutes les substitutions, celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle ; car la condition sous laquelle elle est faite est : si le fils meurt avant d'être pubère. Elle est placée secondairement sous une institution principale ; car le chef de famille ne peut la faire que comme accessoire de son propre testament, de sa propre institution à laquelle elle est subordonnée et dont elle suit le sort. Enfin, elle a pour but de prévenir certaine chance de mourir *intestat* ; mais gardons-nous de croire que ce fut un grand déshonneur, chez les Romains, de décéder en pareil état ; la honte ne consistait pas précisément à ne point tester, mais à mourir insolvable, sans désigner personne qui puisse faire honneur à ses affaires. Or, dans l'hypothèse où nous sommes, le fils resté *sui juris*, s'il venait à mourir impubère, mourrait sans la capacité nécessaire pour faire son testament ; aussi, dans cette prévoyance, les Romains continuant, au-delà du tombeau, la toute-puissance paternelle, avaient admis que le chef de famille ferait, en même temps que le sien, ce testament que le fils impubère ne pouvait faire lui-même. Nous savons que la substitution pupillaire a été introduite par l'usage,

par les mœurs, mais il nous est impossible de déterminer l'époque où elle a commencé.

On peut substituer pupillairement aux enfants que l'on a sous sa puissance : telle est la condition essentielle ; et il faut que la puissance paternelle existe non-seulement au décès du testateur, mais au moment où il fait la substitution. Si la substitution était faite par un acte séparé, postérieur au testament, il ne serait pas nécessaire que la puissance paternelle eût existé déjà à la confection du testament : c'est l'époque de la substitution seulement qu'il faut considérer.

Le chef de famille, dans la substitution pupillaire, ne dispose pas de sa succession à lui, mais de celle de son fils, quel que soit l'héritier à qui il attribue la sienne. Son droit de faire la substitution pupillaire ne lui vient pas de ce qu'il aurait institué son fils, mais uniquement de la puissance paternelle qu'il a sur lui. Il peut donc lui substituer pupillairement, même lorsqu'il l'a exhéredé. Bien entendu que, s'il l'a exhéredé sans motif légitime, son testament sera annulé comme inofficieux, et que, s'il l'a passé sous silence, son testament sera nul, et la substitution pupillaire avec lui, puisqu'elle n'en est que l'accessoire. Les petits-fils et autres descendants peuvent aussi être l'objet d'une substitution pupillaire de la part de leur aïeul, quand ils sont sous sa puissance sans intermédiaire.

Si le chef de famille tient de sa seule puissance paternelle le droit de tester pour son fils, il ne peut néanmoins exercer ce droit qu'autant qu'il l'exerce pour lui-même. L'institution d'héritier qu'il fait pour son fils

n'est qu'une disposition secondaire de son propre testament à lui; voilà même pourquoi c'est une *substitution*. Mais le moindre effet conservé au testament du père, soit rigoureusement par le droit civil, soit équitablement par le droit prétorien, suffit pour faire maintenir la validité de la substitution pupillaire. Par exemple, si le testament n'a été rescindé que pour partie seulement; au fond et en droit strict, il est toujours censé valable; si l'héritier institué par le père est un héritier nécessaire qui s'est abstenu, en droit pur, il est toujours réputé héritier, et la substitution pupillaire est maintenue.

Le testateur peut substituer pupillairement tous ceux qu'il peut se donner pour héritiers à lui-même. Ainsi, ceux qui seraient héritiers nécessaires à l'égard du père (par exemple, son fils, son esclave), le sont aussi à l'égard du fils impubère pour qui la substitution est faite. La raison de tout cela, c'est que, bien qu'il y ait deux hérédités et deux institutions, il y a identité de testament; la substitution pupillaire n'est qu'une disposition de testament paternel. Du reste, il n'est pas obligé de substituer pupillairement à l'impubère ceux qu'il s'est institué héritiers pour lui-même; il est libre de prendre le substitué ailleurs. Mais il peut aussi le prendre parmi ses héritiers, soit en désignant nommément l'un d'entre eux, soit en les appelant tous généralement.

Ce droit du père de famille de faire un testament au nom de son fils ou de son petit-fils, amena un autre genre de substitution. On permit à un ascendant de faire le testament pour son fils en demence; cet acte

fut appelé la substitution quasi pupillaire ou exemplaire. Dès l'origine, cette substitution fut l'objet de certaines concessions du prince, plus tard elle fut généralisée. Nous n'insistons pas davantage sur cette matière, afin de ne pas dépasser les étroites limites de notre plan.

6° *Droit du père sur les acquisitions des enfants.*

Nous étudions l'enfant soumis à la puissance paternelle. Le suivre en dehors de la famille serait sortir de notre sujet, qui déjà par lui-même est assez étendu; or, l'enfant, même en puissance, devint à une époque et par rapport à certains biens, comme un *sui juris*. Certains pécules le firent envisager comme un *paterfamilias*. Ulpien ne nous dit-il pas : « *filii familias in castrensi peculio, vice patrumfiliarum funguntur* » (1). A l'égard du pécule castrens les fils de famille devinrent en effet, à partir d'Auguste, une personnalité distincte du père de famille. Plus tard, certains biens, quoique non acquis au service militaire, furent considérés comme tels et groupés sous le non de pécule *quasi castrens*, participèrent au privilège dont jouissait le pécule castrens : à leur égard, le fils en puissance devint un véritable propriétaire.

Avant l'établissement des pécules, le principe que le père ne pouvait pas être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par le fils, souffrait exceptions : 1° quand le fils agissait d'après l'ordre paternel :

(1) D. 14, L. de S. C. Macedon., 2 frag. Ulpien.

alors le créancier intentait l'action *quod jussu*; 2° quand le fils préposé par le père soit à la conduite d'un navire, soit à la gestion d'un commerce, contractait en sa qualité de préposé, un engagement envers un tiers. Dans ce cas, en effet, le fils était censé représenter le *paterfamilias*; aussi celui-ci était-il tenu des actions *institoire* et *exercitoire* (1); 3° quand le père profitait de l'obligation contractée par le fils, on pouvait l'actionner *de in rem verso*, c'est-à-dire le faire condamner jusqu'à concurrence du profit qu'il avait retiré de l'affaire traitée par le fils (2).

Toutes ces actions résultant normalement du contrat passé par un fils de famille, sont dirigées contre le *paterfamilias*. On les appelle *adjectitiæ qualitatis*, parce que le prêteur ajoute dans la formule une mention particulière pour expliquer en quelle qualité le défendeur est tenu.

Nous reconnaitrons avec la plupart des auteurs que l'institution des pécules a réalisé de grands progrès dans la législation qui se réfère à la puissance paternelle. En devenant capable d'exercer des droits de son propre chef, le fils de famille affirme de plus en plus son existence comme être juridique. Mais nous avouons que l'antique *patria potestas* reçoit un coup à peu près mortel, quand le pécule confère à son heureux possesseur une indépendance telle qu'il est traité relativement à ce pécule comme un véritable *paterfamilias*. Au moment où l'autorité du père recevait tant d'autres at-

(1) Dig., L. 1, liv. 14, tit. 1; L. 3, liv. 14, tit. 3.

(2) Dig., L. 3, § 2, liv. 15, tit. 3.

teintes, les lois qui lui ôtaient la disposition libre des biens de ses enfants achevèrent de l'énerver. Il ne fut plus rare de voir un père cité par ses enfants devant les tribunaux, et contraint d'abaisser sa voix aux discussions de la chicane.

Telle parut la ville d'Athènes quand Solon eut achevé d'y détruire le pouvoir paternel. On compta dans cette ville jusqu'à dix tribunaux souverains, et il se portait devant eux plus de causes que devant ceux de la Grèce entière (1).

Le plus ancien de tous les pécules, celui qu'on a appelé *profectice* (*a patre profectum*) n'était qu'un médiocre adoucissement apporté par la coutume à la rigueur du droit. Le fils de famille, de même que l'esclave, recevait un fonds de commerce, un bien quelconque dont on lui laissait l'administration, et qu'il faisait fructifier de son mieux. Mais le père se réservait toujours la propriété du pécule; à tout instant il pouvait révoquer sa concession: et cette révocation avait lieu de plein droit quand la puissance paternelle prenait fin soit par la mort ou l'émancipation du fils, soit par la mort du père. Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule étaient donc essentiellement précaires. Cependant la création de ce pécule marque déjà un premier pas vers un nouvel état de choses. A l'occasion de son pécule, le fils de famille peut, en effet, contracter avec des tiers. Le droit prétorien accorde même dans ce cas aux tiers contre le père, soit l'action

(1) Voy. d'Anacharsis, ch. 18.

de *in rem verso* dont nous avons parlé, soit l'action de *peculio*; dans ce dernier cas, le père est condamné jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule.

Avec le pécule *castrans* commence pour les fils de famille une ère nouvelle. Ce pécule nous semble se rattacher à toute cette législation de privilèges inaugurée en faveur des soldats par les empereurs Auguste, Nerva et Trajan; ces derniers voulurent s'assurer le dévouement des hommes d'armes, et s'il nous est difficile de bien préciser l'époque de cette innovation, au moins sommes-nous sûrs de la cause qui l'a produite.

D'après le jurisconsulte Macer, ce pécule se composait de tout ce que le fils de famille militaire pouvait acquérir comme tel: *Castrense peculium est quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret adquisiturus non fuisset.* » (1).

Quant aux droits du fils sur le pécule *castrans*, ils sont, comme nous le disions en commençant, aussi complets que ceux d'un véritable père de famille: en cette qualité, il peut donc, à l'égard de ce pécule, agir en justice, tester, faire adition, sans *jussus* préalable d'une hérédité ouverte à son profit (2).

Passons au pécule *quasi-castrans*.

Pendant longtemps les fils de famille militaires furent les seuls admis à posséder à titre de propriétaire une portion de leurs biens. A côté d'eux, les autres

(1) Dig., L. 11, liv. 49, tit. 17.

(2) Tertullien, L. 4, § 1, et Ulpien, L. 5, D., de castr. pec.

fil de famille en puissance continuaient à rester dans le droit commun, ne pouvant se soustraire à la règle en vertu de laquelle tout ce que l'enfant acquiert devient la propriété et le droit du père de famille. Les empereurs finirent cependant par établir en faveur des fonctionnaires civils un privilège analogue à celui des soldats : le *peculium quasi-castrans* prit naissance.

A quelle date, au juste? — Malgré le texte d'Ulpien (1), nous croyons que l'établissement de ce pécule ne remonte pas plus haut que Constantin. C'est par une constitution qui forme la loi unique au Code *de castrensi omnium palatinorum peculio*, que ce prince, en l'an 320, accorda à tous les officiers du palais, à titre de pécule *quasi-castrans*, la propriété de tout ce qu'ils acquerraient par les dons de l'empereur ou par leurs économies.

Le principe une fois posé se développa et fit de rapides progrès; Théodose et Valentinien l'étendirent aux avocats du prétoire et à d'autres fonctionnaires de la même juridiction. Par une constitution de 422, Honorius et Théodose accordèrent également ce privilège aux assesseurs et aux avocats de toutes les juridictions (2); Léon et Anthémios aux évêques, aux chefs de presbytères et aux diacres orthodoxes; Anastase, aux huissiers du palais impérial (3).

Justinien donna à ce pécule une extension encore plus grande en l'accordant aux médecins du prince, aux professeurs d'arts libéraux, en un mot à tous ceux qui

(1) L. 1, § 15, De collat. D., liv. 37, tit. 6.

(2) L. 4, De advocat. divers. judicior.

(3) L. 5, De silentariis et decurionibus eorum. C., liv. 12, tit. 16.

reçoivent des dons de l'empereur ou de l'impératrice, ou sont rétribués par l'Etat.

Nous nous bornons à faire l'historique de ce dernier pécule qui n'était au fond qu'une généralisation du pécule *castrans*, il fut astreint aux mêmes règles de droit, et si, dans le principe, on refusa, sauf quelques exceptions, au propriétaire le droit de tester sur le pécule *quasi-castrans*, l'assimilation fut rendue plus complète par Justinien qui admit tout le mode indistinctement à tester sur ce pécule, à condition de le faire dans les termes du droit commun.

Le pécule adventice, créé par Constantin, se compose de toutes les acquisitions non-comprises déjà dans les pécules *profectice*, *castrans* ou *quasi-castrans*; par exemple, des biens recueillis par les fils dans la succession de leur mère, ou autres ascendants maternels, et en général de tout ce qu'on acquiert autrement que *ex re vel substantiâ patris*.

Le pécule adventice a ceci de particulier que le fils n'en a pas la libre administration, mais seulement la nue-propriété. La jouissance en est réservée au père tant que dure la puissance paternelle. Mais en empêchant le père d'en disposer, on a réparé l'injustice du droit ancien. Les enfants n'auront plus désormais le regret douloureux de voir passer en des mains étrangères le fruit de leur travail ou de leur épargne. Les biens adventices sont accessibles à tous, à la *filiafamilias* comme au *filiusfamilias*.

Il y aurait lieu d'étudier ici les pouvoirs du père en tant qu'administrateur de ce pécule, ainsi que les char-

ges qui sont la conséquence de son droit d'usufruit. D'ailleurs la matière des pécules donnerait lieu plus que toute autre à de nombreux développements juridiques ; mais notre plan restreint ne nous a permis d'en donner qu'un rapide aperçu.

III

Modes d'extinction de la puissance paternelle.

Nous avons vu ce qu'était la puissance paternelle dans ses origines ; comment elle s'acquerrait, quels étaient les droits du père de famille sur la personne de ses enfants : nous allons étudier maintenant les divers modes de dissolution de cette puissance.

Il y a six causes d'extinction de la puissance paternelle :

1° La mort de celui à qui elle appartient et qui s'y trouve soumis ; 2° la perte des droits de cité ; 3° la perte de la liberté ; 4° l'obtention de certaines fonctions religieuses ; 5° l'émancipation ; 6° l'adoption dans l'ancien droit. Nous savons que Justinien a modifié les règles de l'adoption en laissant l'adopté dans sa famille naturelle quand l'adoptant n'est pas un ascendant.

1° La puissance paternelle se dissout par la mort.

La mort du fils de famille ne dissolvait pas, pour ainsi dire, la puissance paternelle, elle en empêchait l'exercice.

La mort du chef de famille, au contraire, avait pour effet de la détruire complètement : le fils de famille deve-

nait *sui juris* et à son tour père de famille investi de la pleine puissance. Toutefois, tous les enfants ne devenaient pas *sui juris* par la mort du père de famille ; ne le devenaient, seulement, que ceux qui se trouvaient immédiatement placés sous la puissance du père. Les fils, les filles en étaient affranchies, de même les enfants d'un fils prédécédé, quoiqu'ils fussent au second degré. Mais les petits-fils ne devenaient pas *sui juris*, ils retombaient sous la puissance de leur père, à moins que, et alors l'hypothèse précédente se présentait, celui-ci ne fût plus partie de la famille à cause d'une adoption ou d'une émancipation. Ainsi, à la mort du père, la famille se décompose et se fractionne en autant de petites familles qu'il y avait d'enfants placés immédiatement sous la puissance de l'ancien chef. Mais quoique chaque famille eût un chef particulier et qu'elle formât de nouveaux rapports de succession *ab intestat*, tous les membres demeuraient unis entre eux par les liens de l'agnation ;

2° La perte des droits civils dissout la puissance paternelle.

La puissance paternelle, avons-nous dit plus haut, était toute de droit civil ; elle était l'apanage des seuls citoyens romains ; dès lors, la perte des droits de cité assimilant celui qui les possédait à un étranger, avait pour effet de rompre tous les liens d'agnation qui l'unissaient à sa famille. Gaius s'exprime ainsi (1) : « Lors-
» qu'un citoyen romain est puni de la peine d'inter-

(1) Gaius, Com., t. 1, § 128.

» diction du feu et de l'eau, il perd ses droits de cité;
» n'étant plus citoyen romain, il perd toute puissance
» sur ses enfants comme s'il était mort, *proinde ac*
» *mortuo.* » Il en était de même pour les fils de famille;
n'étant plus citoyens romains, devenus complètement
étrangers, ils ne pouvaient pas faire partie d'une
famille romaine. La peine d'interdiction de l'eau et du
feu était principalement appliquée aux grands crimi-
nels.

Marius et Cicéron furent punis de cette peine, et
expièrent ainsi tout le bien qu'ils avaient fait à leur
ingrate patrie. La déportation remplaça dans la suite
la peine de l'interdiction de l'eau et du feu (1). Ce fut
sous Auguste que ce changement se produisit pour la
première fois. Parmi les plus beaux attributs de la puis-
sance impériale, il n'y en avait pas un certainement
qui dépassât le droit de faire grâce, et quand le prince
remettait au coupable la peine de la déportation, celui-
ci avait les portes de la patrie ouvertes devant lui (2).
Cet acte de clémence était appelé *Restitutio*. Mais le
citoyen ainsi rendu à sa patrie, à la vie civile, ne re-
couvrait pas tous les droits qu'il avait perdus, et il
fallait pour cela une concession expresse de l'empereur,
par exemple, pour recouvrer la puissance paternelle.
Nous avons la formule d'une réintégration solennelle
accordée par l'empereur Antonin à Julianus Licinia-
nus (3) « *Restituo te in integrum provinciæ tuæ: ut*

(1) L. 2, § 1. D. 48, 19.

(2) Inst. Just., liv. 1, tit. XII, § 1.

(3) C. L. 1 *in fine*, 9, 51.

autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus et ordini tuo et omnibus cæteris restituo. »

Ainsi donc, si la *restitutio* était *in integrum*, le gracié reprenait la puissance paternelle, s'il était *sui juris*, ou rentrait sous cette puissance si le chef de sa famille vivait encore (1).

Il existait une autre peine moins grave que la déportation qui avait avec elle de très grands points de ressemblance dans l'application, mais qui s'en écartait beaucoup dans ses conséquences, nous voulons parler de la rélévation (2). La rélévation était un exil qui ne faisait perdre aucun des droits de cité, les rélégués conservaient la puissance paternelle ou y demeureraient soumis, la possession de leurs biens et la faction de testament. A la différence de la déportation, la rélévation pouvait être infligée *ad tempus* (3). Le poète Ovide, exilé dans la Thrace, exhalait ainsi ses plaintes :

Quippe relegatus..... dicor in illo
Nil nisi me patriis jussit abesse focis
.....
Nec nihi jus civis nec mihi nomen abest.

Dans ces vers, le poète nous indique que, malgré sa

(1) Nous ne voulons pas signaler ici les grandes différences de la mort civile à Rome et sous l'empire de notre Code civil. A Rome, le mort civil devenait pérégrin, il était régi par le droit des gens. Son union n'était pas rompue, elle ne faisait que changer de nom et de caractère. On sait que sous notre Code il en était tout autrement.

(2) Just. L. 1, tit. XII, § 2.

(3) L. VII, §§ 2 et 3. D. 48, 22.

régation, ses droits civils, son nom lui sont restés, qu'il ne lui manque que les foyers de la patrie.

Le troisième mode d'extinction de la puissance paternelle était la perte de la liberté. Un père qui devenait esclave de la peine, dit Justinien (1), perdait la puissance paternelle. On appelait esclaves de la peine les malheureux condamnés aux bêtes ou au travail des mines, ils n'avaient pas de maître, pas même l'Etat.....

Non Cosaris servi..... sed pœnæ. (2). *Pœnæ servus est non Cæsaris.* Il est évident que celui qui devenait esclave de la peine, était déchu de tous les avantages attachés à la qualité de citoyen romain. Sous Justinien, ces condamnations cessèrent de produire l'esclavage, excepté la condamnation aux bêtes (3).

Un citoyen romain pouvait devenir esclave de plusieurs manières: 1° par droit des gens; 2° *ex captivitate*; 3° en vertu du droit civil.

Lorsque, par exemple, l'esclavage était infligé comme punition, nous citerons le cas où l'on s'est soustrait à l'inscription du cens, du voleur manifeste, du débiteur insolvable; mais depuis longtemps la peine de l'esclavage n'était plus infligée aux malheureux coupables de ces faits. Le commerce d'une femme libre avec un esclave était puni de cette peine. Justinien l'abolit. L'ingratitude envers le patron et la fraude de celui qui se faisait vendre pour partager le prix avec le vendeur, sont les deux seules causes d'esclavage qui restèrent.

(1) Inst. liv. 1, tit. XII, L. 1, § 3.

(2) L. XVII. pr. D. 48, 19.

(3) Novel, 22, ch. VIII.

La captivité *apud hostes* entraînant la perte de la liberté et l'esclavage, faisait déchoir de la puissance paternelle. Mais il fallait distinguer le cas où le citoyen mourait et celui où il revenait dans sa patrie. Dans le premier, le père de famille avait perdu dès le commencement de sa captivité tous ses droits (1).

Dans le second, au contraire, en vertu d'une fiction appelée *jus postliminii*, le captif qui franchissait le seuil de sa demeure était considéré comme ayant dormi pendant son absence, et reprenait ses droits de citoyen romain comme s'il ne les avait jamais perdus : peu importait que le prisonnier revînt par ruse, par force, ou par rachat, dès le moment qu'il avait mis le pied sur le territoire de la république ou d'un peuple allié, il redevenait citoyen (2). Lorsque le père de famille était en captivité chez des ennemis, la position des enfants qui étaient soumis à sa puissance demeurait en suspens. Si le père revenait à Rome en vertu du *jus postliminii*, ils étaient toujours restés *alieni juris* ; dans le cas contraire, la qualité de *sui juris* datait du premier moment de la captivité de leur père. Les enfants qui voulaient se marier pouvaient-ils se passer du consentement de leur père qui était dans l'impossibilité de le leur donner ? Tous les jurisconsultes étaient unanimes sur cette question. Ulpien s'exprime ainsi : « *Is cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur uxorem ducere potest* (3) : » ainsi, si le père de famille

(1) L. XVIII, D. 49, 15.

(2) L. XIX, § 3. D. 49, 15.

(3) L. IX, § 1, D. 23, 2.

est absent depuis plus de trois ans, les enfants de l'un ou de l'autre sexe peuvent contracter mariage, pourvu que le fils ou la fille se marie dans de telles conditions que le père n'eût pas manqué d'approuver cette union : « *dummodo eam filius ducat uxorem vel filia tali nubat, cujus conditionem, certum sit patrem non repudiaturum.* » Ainsi donc le père prisonnier *apud hostes*, était esclave, mais dans sa patrie son état était comme en suspens. Il ne pouvait exercer ni la puissance dominicale, ni la puissance paternelle; les acquisitions faites par les enfants ou les esclaves n'étaient pas définitivement réglées (1). Il pouvait être constitué héritier, mais on était incertain de savoir s'il recueillerait l'héritage. L'exercice de ses droits était de même en suspens, il ne pouvait ni contracter de justes noces, ni adopter, ni stipuler, ni faire un testament (2), *l'usucapion* était interrompu (3).

Si la femme était en captivité chez les ennemis, la position des enfants était tout au moins singulière; légitimes ou enfants naturels, leur état dépendait de l'issue de la captivité. Revenaient-ils avec leur père et leur mère dans la patrie, en vertu du *jus postliminii*, l'union redevenait légitime; ils le devenaient par conséquent à leur tour; revenaient-ils seulement avec leur mère, ils étaient bâtards comme étant nés sans le mari (4). La loi 23, au même titre du livre 49, suppose que le mari

(1) 22, § 2, 23, D. 49, 15.

(2) Inst., 2, 12, 5.

(3) L. XII, § 2, D. 49, 15.

(4) L. XXV, D. 49, 15.

fait prisonnier laisse sa femme enceinte, et que le fils qui lui est né peu de temps après s'étant marié, a un fils et une fille, dans le cas de retour, dit le jurisconsulte, « *omnia jura nepotis nomine perinde capiet, ac si filius natus in civitate fuisset* (1).

4° L'élévation à certaines dignités exemptait de la puissance paternelle. Dans l'ancien droit, les flamines, prêtres de Jupiter et les vestales en étaient relevés, « *qui flaminium Diale adipiscebatur, jure patrio exibat*, nous dit Tacite dans ses Annales. Aulu-Gelle faisait la même remarque pour les vestales, « *virgo vestalis simul atque capta in atrium vestæ deducta, pontificibusque tradita est eo statim tempore sine emancipatione, ac sine capitibus minutione patria potestate exibat* (2).

Justinien rendit *sui juris* les personnes investies de la dignité de patrice, « *ne videantur qui a nobis loco patris honorantur alieno esse juri subjecti* ; » qui souffrirait, ajoute l'empereur, qu'un père de famille pût, au moyen de l'émancipation, délivrer son fils de sa puissance, et que le prince ne pût affranchir d'une puissance étrangère, celui qu'il appelle son père (3). Plus tard, les consuls, évêques, présidents de province le devinrent aussi.

5° La puissance paternelle se dissout encore, 1° lorsque le père émancipe son fils; 2° lorsqu'il le donne en adoption.

L'émancipation est l'acte solennel par lequel les en-

(1) L. 23 eod.

(2) Aulu-Gelle, Nuits att. 1, ch. XII.

(3) C. L. 5, liv. 12, 3.

fants sont libérés de la puissance paternelle et deviennent *sui juris* (1).

Pour que cet acte soit valable, plusieurs conditions sont exigées, 1° le père doit y consentir, en général il ne peut y être forcé (2), excepté dans le cas de mauvais traitements. Papinien cite l'exemple de l'empereur Trajan, qui força un père de famille à émanciper son fils pour le dérober aux mauvais traitements dont il était victime (3). Le père qui a accepté un legs à la condition d'émanciper son fils doit exécuter cette condition (4). Certains textes proposent encore comme exception, le cas où un impubère adrogé devenu pubère demande son émancipation, en faisant valoir de bonnes raisons.

Les empereurs Théodose et Valentinien, voulurent que celui qui prostituait sa famille perdît sur elle toute sa puissance (5).

L'enfant doit consentir à son émancipation (6) à moins qu'il ne soit *infans* (7).

3° Il faut que les formes indiquées par la loi soient observées.

La loi des XII Tables, on le sait, ne permettait pas d'émanciper directement, il n'y avait pas de moyens

(1) Gaius, 1, § 132, 134. — Ulp. 10, 5. Paul, liv. 2, tit. 25.

(2) Fr. 31, D., liv. 1, tit. 7.

(3) L. 5, D., liv. 37, tit. 12.

(4) Loi 92, D., liv. 35, tit. 1.

(5) C. L. 6, liv. II, tit. 40.

(6) C. L. 4, liv. VIII, tit. 49.

(7) C. L. 5, eod. in fine.

légaux pour arriver à ce but. On fut, dès lors, obligé d'en employer de fictifs, et l'on se servit de la *mancipatio*. Le père de famille avait le droit de vendre ses enfants. Si le fils était affranchi par son acheteur, il retombait sous la puissance de son père. Le père avait le droit de faire de lui un nouveau marché jusqu'à trois fois : si le fils était de nouveau affranchi, il devenait *sui juris*, le père ayant épuisé par ces trois ventes successives, la puissance paternelle « *si pater filium ter venundedit filius a patre liber esto.* » Tels furent les moyens qu'on employa pour arriver à l'émancipation du fils de famille.

Lorsqu'il s'agissait d'une fille ou d'un descendant au-delà du premier degré, une seule vente suffisait pour épuiser la puissance paternelle. Il résultait un grave inconvénient pour le père de famille de ce mode de procéder. Il arrivait, en effet, que l'enfant affranchi par son acheteur, devenait son client, et celui-ci bénéficiait de tous les avantages que donnait la qualité de patron. On obvia à cet état de choses en ajoutant à la mancipation une clause de fiducie, par laquelle l'acheteur s'engageait à rendre au père la propriété de son fils qui, une fois affranchi par lui, entra dans sa clientèle. Si l'on avait oublié d'ajouter à la *mancipatio* la clause de fiducie, le préteur, corrigeant le droit civil, en cas de mort de l'émancipé, appelait à sa succession ses plus proches parents préférablement au *manumissor extraneus*.

Telles étaient les formes de l'émancipation dans l'ancien droit; plus tard, deux modes nouveaux furent introduits par les empereurs Anastase et Justinien.

Ce fut en l'an 503 que l'empereur Anastase décida qu'on pourrait émanciper, en adressant une supplique au prince qui rendait un rescrit qu'on faisait insinuer devant le magistrat (1).

Justinien abolit définitivement la forme ancienne que l'empereur Anastase avait laissé subsister, maintint l'émancipation anastasienne et introduisit une forme nouvelle, l'émancipation devant le magistrat (2).

L'émancipation n'était pas irrévocable, et le fils qui se rendait coupable envers son père de mauvais traitements ou d'injures, en était puni en rentrant sous sa puissance.

L'ascendant qui avait un fils et de ce fils un petit-fils, était libre, en émancipant son fils, de garder son petit-fils sous sa puissance.

6° Enfin, la puissance paternelle se dissolvait par l'adoption. Nous ne reviendrons pas sur cette matière que nous avons déjà traitée dans les modes d'acquisition de la puissance paternelle; observons seulement que lorsque le *paterfamilias* se donnait lui-même en adrogation, et qu'il donnait son enfant en adoption, le sort de ce dernier était le même dans les deux cas : il ne devenait pas *sui juris*, il changeait seulement de chef.

(1) Code, L. 5, liv. 8, tit. 49.

(2) Inst., liv. 1, t. 12, § 6.

de l'année en l'an 503 que l'empereur Anastase décide
de ne point émanciper, en adressant une supplique
au pape qui renchérit un certain pu on laissez justifier
devant le magistrat (1).

Justine abolit définitivement la forme ancienne que
l'empereur Anastase avait laissé subsister, mais sans
l'émancipation antérieure et introduisit une forme
nouvelle, l'émancipation devant le magistrat (2).

L'émancipation par le maître fut abolie, et le fils qui
se rendait capable d'avoir son père devenus les
témoins ou d'ailleurs, ou était puni en tenant sous sa
puissance.

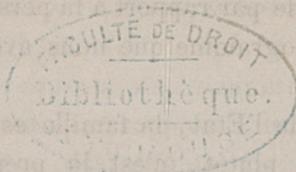
Il résultait que d'un ou fils et de sa fille au père
qui était, en quelque sorte, son fils, de garder son père
ils sont les puissances.

Il était la puissance paternelle se dissolvait par
l'adoption. Nous ne reviendrons pas sur cette matière
que nous avons déjà traitée dans les modes d'acquisition
de la puissance paternelle; observons seulement que
l'adoption pouvait se donner in-utero ou ad-
eum; et qu'il donnait son enfant en adoption, le sort
de l'enfant était le même dans les deux cas; il ne
devient pas un jour; il changeait seulement de chef.

Il est évident que l'adoption n'est pas un acte
de l'empereur, mais un acte de la volonté du maître
qui adopte, et que l'empereur n'a qu'à reconnaître
l'acte, sans y intervenir.

Il est évident que l'adoption n'est pas un acte
de l'empereur, mais un acte de la volonté du maître
qui adopte, et que l'empereur n'a qu'à reconnaître
l'acte, sans y intervenir.

Il est évident que l'adoption n'est pas un acte
de l'empereur, mais un acte de la volonté du maître
qui adopte, et que l'empereur n'a qu'à reconnaître
l'acte, sans y intervenir.



DROIT FRANÇAIS

DE LA PUISSANCE PATERNELLE PAR RAPPORT A LA PERSONNE DE L'ENFANT.

Nous nous sommes borné à l'étude de la puissance paternelle, en nous plaçant, comme dans la partie de notre travail qui embrasse le droit romain, au point de vue exclusif du droit de famille. Aussi nous avons glissé fort légèrement sur l'intéressante matière des pécules qui ont révolutionné si profondément la législation romaine; nous n'avons pas abordé non plus, en droit coutumier, les règles qui se réfèrent au droit de bail et de garde: en droit civil, nous avons également laissé de côté l'importante question de l'usufruit légal. En un mot, nous avons écarté dans les trois législations tout

ce qui se réfère aux biens pour ne traiter que de la puissance paternelle par rapport à la personne de l'enfant. Tel est le programme que nous avons essayé de suivre pas à pas

Base et germe de l'Etat, la famille est antérieure à toute société, ou plutôt, c'est la première société. Aussi le législateur doit-il la reconnaître comme un fait préexistant à toute convention humaine, et la respecter : plus qu'en toute autre matière, il doit être sobre de réglementation et ne consulter, comme les rédacteurs de notre Code ont eu la prétention de le faire, que « la nature et la raison. »

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

Depuis que cette révolution s'est opérée, la famille peut être définie : *une agrégation de personnes unies par les liens du sang, et fondée sur le mariage considéré comme base*. Quant à la puissance paternelle, qui fait l'objet

de cette étude, nous la définirons : *l'ensemble des droits et des devoirs qui règlent les rapports des père et mère avec leurs enfants.*

Ces droits et ces devoirs se manifestent et s'exercent de deux manières, par rapport à la personne et par rapport aux biens des enfants. Nous rappelons que nous étudions ici le fonctionnement de la puissance paternelle par rapport à la personne seulement. Avant d'aborder notre droit actuel, disons brièvement comment la famille se trouvait constituée dans l'ancienne France.

DROIT ANCIEN

Nous nous proposons de tracer à grands traits l'histoire de la puissance paternelle chez les Gaulois et les Germains, nous dirons ensuite un mot du pouvoir tutélaire de la Germanie (*Mundium*); enfin, avant d'aborder notre législation actuelle, nous ferons un court exposé des lois qui, depuis 1789, se sont rattachées de près ou de loin à la puissance paternelle.

La puissance paternelle se maintint pendant longtemps en Gaule, surtout dans le midi. Les rois francs, en effet, ne voulurent point froisser complètement les peuples qu'ils soumettaient à leur puissance, en leur enlevant ce qu'ils avaient de plus cher au monde, après le nom de leur patrie, c'est-à-dire leurs lois. Aussi, les rois francs de la première race permirent-ils aux Gaulois

de suivre les traditions du Droit romain, telles qu'ils les avaient pratiquées avant la conquête; et les deux peuples unis dans la suite, par le temps, finirent par confondre leur législation, et, vainqueurs et vaincus, admirent dès lors les effets de la puissance paternelle.

Quant aux Gaulois, c'est dans les Commentaires de César qu'il nous faut puiser nos renseignements. Voici les traits principaux que nous en détachons, à une époque où l'élément celtique allait se fondre dans l'élément romain : la puissance paternelle y était absolue, le chef de famille avait, tant sur sa femme que sur ses enfants, le droit de vie et de mort : « *Viri in uxores, sicuti in liberos vitæ, necisque habent potestatem* » (1).

La famille est personnifiée dans son chef; et, trait bien caractéristique chez ce peuple guerrier, les fils, avant de pouvoir porter les armes, ne doivent jamais se montrer en public à côté de leur père : « *In reliquis vitæ* » *institutus, hoc ferre ab reliquis differunt quod suos liberos, nisi cum adoleverint, ut munus militare sustinere possint, palam ad se adire non patiantur; filiumque in puerili ætate, in publico, in conspectu patris assistere turpe ducunt.* » Ce qui nous montre toute la déférence due au père et en même temps, sans doute, à quel moment les enfants acquéraient une personnalité. Le fils de famille restait sous la puissance paternelle jusqu'à l'âge de quatorze ans; c'était aussi l'âge de la puberté pour les filles. A cet âge, qui correspond à celui indiqué par César, l'adolescent était conduit auprès du seigneur

(1) César. De Bello gallico, VI, 19

ou chef, dont il relevait pour lui rendre hommage, dès ce moment il était majeur et émancipé.

Passons aux Germains. — Tacite nous les représente comme ayant des mœurs et des institutions entièrement opposées à celles des Romains ; il est bon de signaler ces différences, car ce peuple a exercé sur notre législation, particulièrement sur le droit de famille, une incontestable et très-heureuse influence.

La famille, dans le droit des peuples germaniques, repose sur le lien du sang. Dans la législation romaine, les parents par les mâles sont préférés aux cognats ; en droit coutumier, leur situation est égale. S'il y a quelque différence, elle existe plutôt en faveur des parents par les femmes. Quand on demande des ôtages, on demande plutôt les enfants des sœurs que ceux des frères, nous dit Tacite : la sœur de la mère est préférée à la sœur du père. Ces conclusions sont tirées de cette idée que les enfants sont plutôt le sang de la mère que le sang du père. La famille se compose donc de tous les parents, c'est-à-dire de tous les individus unis par les liens du sang. On comprend qu'à une époque où le lien social était insensible, le lien de la famille fût au contraire très étroit : aussi il se relâche à mesure que l'autorité sociale s'affermit. Le premier devoir, la source de tous les autres consistait dans la solidarité qui unissait les membres de la même famille, solidarité qui existait dans les amitiés comme dans les inimitiés.

Tous les membres de la famille sont solidairement responsables des actes commis par l'un d'eux. Ils doivent se porter cojureurs, et comme tels ils peuvent

être soumis à l'épreuve de l'eau bouillante. S'ils y succombent, ils payeront la composition et pourront même être condamnés à la peine du parjure. Réciproquement à ces devoirs sont attachés les droits correspondants. Chaque membre de la famille peut revendiquer un de ses membres qu'on lui voudrait soustraire. La solidarité existe à ce point que l'émancipation d'un des membres ne peut avoir lieu que du consentement de la famille. Celle-ci a son patrimoine propre, et on ne peut rien aliéner que de l'avis de tous les membres. De même on ne peut s'en dépouiller que par acte entre vifs ; aussi les Germains n'admettaient-ils aucune espèce de testament. Les biens du *de cujus* passent donc de plein droit aux membres de la famille qui sont saisis et de la propriété et de la possession, mais aussi de toutes les charges de la succession.

Cette défense de tester, qui existait en Germanie, nous amène à parler de l'exhérédation, à laquelle nous avons consacré quelques développements dans la partie de notre travail qui embrasse le Droit romain. Les arrêts de nos anciens parlements renferment plusieurs cas d'exhérédation, et la Nouvelle 115, dont nous avons déjà dit un mot, était en cette matière la règle uniforme de tous les tribunaux du royaume. Mais cela n'empêcha pas qu'on retint du droit germanique une grande défaveur pour l'exhérédation. Les causes en étaient fort restreintes, et l'héritier devait en prouver le bien fondé. La restriction s'appliqua aux causes comme aux personnes.

L'exhérédation injuste rompait tout le testament et

n'en rendait pas seulement réductibles les dispositions. Il en était de même si les formes n'avaient pas été observées, par exemple s'il n'y avait pas eu insinuation. L'exhérédation, à notre avis, a quelque analogie avec une coutume qui tenait, en droit romain, au droit de correction du père. Nous faisons allusion à *l'abdicatio*, dont nous avons déjà dit un mot. Cet usage faisait du fils repoussé du sein de la famille un *alienus*, et il était comme tel privé de la succession paternelle. L'abdication avait donc une certaine ressemblance avec l'exhérédation; mais elle en différait toutefois en ce qu'elle avait lieu entre vifs et d'une manière quelconque, tandis que l'exhérédation ne pouvait être faite que dans un testament. L'abdication produisait, en outre, des effets immédiats, elle anéantissait tous les rapports de parenté et tous les droits attachés à la cognation par les mœurs et la loi romaine, l'exhérédation ne produisait d'effets qu'à la mort du père, et ne portait que sur sa succession.

Pothier, d'accord avec la jurisprudence, n'admet que l'exhérédation personnelle, il rejette aussi l'exhérédation des posthumes. Cependant quelques jurisconsultes admettaient l'exhérédation même des petits-enfants, lorsque l'exhérédation du fils était fondée sur un mariage contracté malgré le père; car, disent-ils, le *de cuius* aurait des héritiers qu'il n'a pas voulu. Mais Pothier repousse même en ce cas l'exhérédation: il veut seulement que les petits-fils viennent de leur chef, et non par représentation.

La cause d'exhérédation restait sans effet à l'égard

des donations, à moins qu'elle en fût en même temps une cause d'ingratitude, et dès lors de révocation des donations. Les jurisconsultes se montrent très-sévères en matière d'exhérédation ; aussi sont-ils très favorables à sa révocation, si bien qu'une réconciliation véritable prouvée même par témoins avait pour effet de faire tomber l'exhérédation. Nous citons à l'appui de notre assertion, de Fontaine et Beaumanoir qui s'accordent à demander une juste cause, et qui veulent qu'elle soit indiquée par le testateur (*folles prodigalités, mésalliance, mauvaise vie*). Mais ce ne sont là que de simples exemples, on ne prétend pas en exclure d'autres. Au contraire, on s'en réfère à une Nouvelle de Justinien ayant pour rubrique *de heredibus et Falcidia*, dont les principales dispositions sont insérées dans les *exceptiones Petri*. Quelques lois des Barbares (chap. 68, *Edit de Rotharis*) avaient déjà emprunté les causes d'exhérédation au droit antéjustinien.

Exhérédation légale — Si le défunt était mort sans avoir commis une juste cause d'exhérédation, la loi présumant que le défunt eût exhéredé, le faisait pour lui : c'est ce qu'on appelait l'exhérédation légale fondée sur la présomption de volonté du *de cuius*. Cette exhéredation est toute autre chose que l'indignité du Droit romain. L'exhérédation légale était prononcée par jugement qui emportait *dessaisine*, mais sans rétroactivité.

Exhérédation officieuse. — Nous avons vu dans Beaumanoir que la prodigalité est une juste cause d'exhéredation ; mais à cette époque l'exhérédation ne pouvait porter que sur le disponible, et point sur la réserve.

Plus tard, on eut recours au Droit romain, et la loi 16, *de curat. fur.* servit de fondement à l'exhérédation officieuse (1). Si un individu est prodigue, dit cette loi; le père a le droit de l'exhérer en faisant connaître la cause; mais il faudra que le père institue les enfants du prodigue, et qu'il laisse à celui-ci une portion suffisante pour pourvoir à ses besoins, ou sinon à la jouissance des biens. Telle était dans notre ancien droit l'exhérédation officieuse qui fut vue avec grande faveur, et accueillie tant au nord qu'au midi.

Aucune des trois espèces d'exhérédation n'a survécu à la Révolution; ce fut la loi du 17 nivôse, an II, qui abrogea toutes règles sur l'exhérédation, et il n'en pouvait être autrement, car la loi de nivôse voulait que l'égalité fût parfaite entre les successibles, si bien que le père ne pouvait disposer du disponible en faveur d'un successible, et celui-ci ne pouvait le retenir même en renonçant à la succession. La loi seule faisait les héritiers: seule elle pouvait les défaire. La loi de germinal, an VIII, modifia quelque peu le système de l'an II; elle augmenta le disponible et permit au père d'en disposer en faveur des successibles. Ainsi fut abrogée la règle de notre ancien droit en vertu de laquelle aucun ne peut être donataire ou légataire de celui dont il est héritier. Mais, d'autre part, l'exhérédation n'existe pas plus sous la loi de germinal que sous celle de l'an II.

Le Code civil ne parle pas davantage de l'exhérédation, et consacre une réserve qui doit être respectée

[1] Loi 16, § 2. Dig. liv. XXVII, tit. X.

malgré la volonté contraire du défunt. Quant à l'exhérédation officieuse, on ne saurait la voir dans les substitutions permises, car elles ne peuvent porter que sur le disponible, tandis que l'exhérédation officieuse portait sur tous les biens.

La légitime romaine était accordée aux enfants, aux ascendants, et, depuis Constantin, quelquefois aux frères et sœurs. Cette légitime se computait sur tous les biens, même sur ceux aliénés entre vifs, par disposition à titre gratuit. Ce ne fut, dans notre ancien droit, qu'à titre de complément de la réserve que la légitime avait été admise, si bien que Pothier et Ricard ne permettent de la réclamer que si l'on n'a pas touché la réserve. La Nouvelle 92 de Justinien permit de retenir la légitime, encore qu'on renonçât à la succession; cette Nouvelle fut acceptée dans les pays de droit écrit.

A l'aide de la *querela* dont nous avons déjà parlé, les enfants pouvaient faire réduire même les donations entre vifs; mais en ce cas ils se bornaient à faire réduire, tandis que la *querela* faisait tomber le testament, si elle était acceptée. Tel était le système des pays de droit écrit. Mais nos coutumiers, en acceptant la légitime, n'en gardèrent pas tous les principes. On admit la Nouvelle 18 sur la fixation, de même la réduction des dispositions entre vifs, de même la Nouvelle 92. Au contraire, la légitime, dans notre droit coutumier, n'ayant été pendant longtemps considérée que comme un complément de la réserve, on lui appliqua les règles de notre ancien droit relatives à la réserve. Donc le légitimaire est saisi comme le réservataire, il ne peut ré-

clamer sa légitime qu'en qualité d'héritier. La querela du légitimaire se confond avec l'action accordée aux héritiers pour la réserve. On confond le rapport avec l'imputation, car la légitime n'appartient qu'à l'héritier.

Dans l'article 298 de la coutume de Paris, la légitime est fixée directement comme cela avait lieu en Droit romain, et contrairement à la réserve coutumière. De plus la légitime n'est pas fixée en masse, mais bien individuellement pour chaque enfant, à la différence de ce qui a lieu pour la réserve. La légitime se prend sur tous les biens dont le défunt a disposé soit par acte entre vifs, soit par testament, tandis que la réserve ne se calcule que sur les biens au décès. La légitime n'est pas accordée aux mêmes personnes que la réserve, car celle-ci seule était admise pour les collatéraux. Les légitimaires ont une action en réduction; au contraire, les réservataires n'en ont pas: car la disposition prise sur la réserve est nulle. Sauf ces différences, la légitime est soumise aux règles de la réserve: saisine, rapport et imputation: pétition d'hérédité ou partage. Le légitimaire peut, comme le réservataire, réclamer des corps héréditaires.

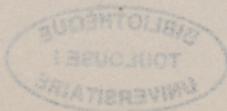
Qu'est devenue la légitime sous le Code civil? Nous avons vu que sous la loi de nivôse, an II, l'égalité doit être complète entre cohéritiers. Sous la loi du 17 germinal, an VIII, la quotité fut augmentée et fixée à un quart au maximum, et s'il y a plus de trois enfants, à une part virile. De plus cette quotité put être donnée par préciput à l'un des successibles. Les rédacteurs du Code fixent la quotité disponible, car elle constitue une



exception au principe : la réserve sera donc la succession, moins le disponible. L'indisponible d'abord, appelé *légitime* dans le projet primitif, fut définitivement désigné sous le nom de *réserve légale*. Cette réserve ressemble bien plus à la réserve coutumière qu'à la légitime qui existait dans les derniers temps.

Il s'est formé dans ces dernières années une sorte de coalition tendant à l'abolition des réserves. Le droit de tester, a-t-on dit, est un droit naturel, conséquence nécessaire du droit de propriété. Or, le père de famille est propriétaire de ses biens; donc, il peut en disposer comme il l'entend : son droit est absolu, sans limites. C'est là un système dont le développement et la réfutation nous entraîneraient trop loin. Nous dirons seulement que l'abolition de la réserve détruirait toute cohésion entre les divers membres de la famille. Si on la supprime, il arrivera que les enfants, divisés par l'intérêt, se nuiront réciproquement dans l'esprit de leur père; ils lutteront ensemble de fausse tendresse et d'hypocrisie, pour se faire attribuer la plus grande partie possible de l'héritage, et ainsi disparaîtra tout ce qui reste des sentiments de famille.

Revenant aux Germains, nous dirons que le pouvoir donné chez eux au chef de la famille a pour but de protéger sa femme et ses enfants; la faiblesse doit trouver en lui une sauvegarde, c'est le bouclier de la famille. Ce pouvoir de protection s'appelle *mundium*. « Le *mundium* ou mainbournie, dit M. Laferrière, n'est autre chose que la mise en œuvre de ce principe général, de défense et de tutelle, appliqué dans des mesures diffé-



rentes par le roi envers les faibles, et les antrustions placés à divers degrés sous sa sauvegarde, par le chef de bande envers les compagnons d'armes, mis sous son patronage, par le père de famille ou, à son défaut, par les parents paternels à l'égard des enfants mineurs, et enfin par le mari à l'égard de sa femme » (1).

La femme et les enfants étaient, malgré le mundium, des personnes distinctes du mari et du père. Le mundium était entre les mains du père; ce droit, exclusivement viril (2), ne pouvait jamais appartenir à la mère, les plus proches parents paternels en héritaient à la mort du père, et, à leur défaut, il passait au roi.

Ce pouvoir ne doit pas être confondu avec la puissance paternelle, qui, du reste, chez les Germains, reposait sur les mêmes principes que le mundium et se trouvait d'ordinaire réuni entre les mêmes mains; il était, comme nous l'avons dit, exclusivement réservé aux hommes, tandis que l'autorité paternelle était commune au père et à la mère chez certains peuples.

L'âge faisait sortir le fils du mundium; et, de même que la faiblesse de ses jeunes années était la cause de ce pouvoir tutélaire, ainsi sa force en était-elle la fin. L'indépendance lui arrivait avec l'aptitude à se défendre. C'était là, il est vrai, un terme bien relatif, et variant avec chaque individu. Plus tard, on fixa un âge, mais sur ce point les lois barbares nous montrent de

(1) Hist. du droit français, t. III, p. 152.

(2) Pardessus, Loi salique, p. 454.

grandes divergences (1), et nous les retrouvons dans notre majorité féodale et coutumière.

Notons en passant cette différence capitale avec les lois romaines; il en était une autre, elle a trait au mariage. Et en effet, le fils, en se mariant, faisait cesser le *mundium*; quant à la fille, elle changeait de protecteur légal, elle passait sous le *mundium* de son époux. Réputées trop faibles pour se défendre, les femmes passaient toute leur vie à l'abri d'un *mundium* perpétuel.

La famille féodale et coutumière ressemble en tous points à la famille germanique. Les coutumiers du XIII^e siècle constatent la solidarité de haine et d'amitié existant entre les membres d'une même famille. Tous les parents, quels qu'ils fussent, étaient compris dans la déclaration de guerre privée. Si celui qui était considéré comme le chef de guerre faisait des traités d'alliance, il engageait ainsi tous les membres de sa famille (*Beumanoir*). Ce dernier nous dit (ch. IX, alinéa 26) que les parents jusqu'au 7^e degré étaient compris dans le droit de guerre; mais plus tard, le concile de Latran ayant fixé au 4^e degré l'empêchement au mariage, on décida que le droit de guerre ne s'étendrait pas plus loin. Enfin l'ordonnance de 1371 parvint à empêcher les guerres privées. Au XIII^e siècle la famille, formée en société, veillait avec sollicitude sur tous ses membres: tous les parents sont appelés quand

(1) La loi salique fixe la majorité à 12 ans, d'accord sur ce point avec les premières lois des Lombards et des Anglo-Saxons.

il s'agit d'introduire un membre nouveau ou d'en émanciper un.

De plus, la famille coutumière a un patrimoine propre comme la famille germaine; ce patrimoine se composait des propres. L'ancien coutumier d'Artois exige que tous les membres de la famille se dessaisissent quand il s'agit d'aliéner un propre. Faute d'avoir consenti, tout membre peut exercer le retrait lignager.

Avant d'aller plus loin, disons un mot de la loi romaine des Visigoths, ou Bréviaire d'Alaric. Nous y trouvons la *patria potestas* qui ne cesse que par l'émanicipation et point par la majorité. Tous les biens du fils sont acquis au père, sauf les divers pécules. Cette puissance a la même source que dans le droit romain : le mariage, l'adoption. Nous abordons maintenant une discussion qui n'est pas sans intérêt.

Le mundium est-il passé dans le Droit coutumier? Tous les pays du Nord admettaient la règle : *Puissance paternelle n'a lieu*. C'est là un principe général de notre vieux Droit français. Faut-il en conclure qu'on ne reconnaissait pas une certaine puissance au père sur ses enfants, au mari sur sa femme, au maître sur ses domestiques? Loisel, qui ne manque pas de formuler la règle : *puissance paternelle n'a lieu*, nous dit pourtant que les enfants, nobles ou serfs, sont, en l'*avouerie* de leurs père et mère. Ce mot vient de *advocatio*, signifiant représentation légale, tutelle. Mais le mot le plus souvent employé dans les coutumes est celui de *mainbournie*. Cette mainbournie n'est autre chose que le mundium ou mundeburdium germanique, avec les mêmes carac-

tères essentiels. Le père est le mainbour de tous les membres de sa famille ; il exerce les droits et actions de tous ; est responsable de leurs actes ; administre les biens communs, en perçoit les fruits. Tant que les enfants sont sous la mainbournie, ils ne sont ni capables de posséder des biens propres, ni même, dit la coutume de Bretagne, capables de contracter. Leur situation est donc plus mauvaise encore que celle des fils de famille romains, lesquels du moins pouvaient s'obliger sur leur pécule. — Si les droits du père étaient considérables, ses charges ne l'étaient pas moins. Le mainbour devait subvenir aux besoins de la famille, payer les dettes, les amendes, les dommages-intérêts auxquels les enfants pouvaient être condamnés.

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

Dans le midi de la France, le père seul était investi de la puissance paternelle. La mère avait cependant, dans quelques provinces, une certaine autorité sur ses enfants, et Catellan, faisant remonter le pouvoir

domestique plus haut que les lois romaines, nous voulons dire à Dieu et aux préceptes que sa loi impose, écrivait que l'aveu de la mère était exigé pour le mariage de ses enfants.

L'émancipation et non l'âge faisait sortir les enfants de la puissance paternelle, elle avait lieu devant les magistrats, et même le parlement de Toulouse permettait d'émanciper simplement devant notaires.

On admettait en outre l'émancipation tacite; elle résultait soit de la nomination de l'enfant, avec le consentement du père, à certaines fonctions publiques, soit d'une habitation séparée, lorsque, suivant l'expression de Loisel, le fils avait tenu un ménage à part, feu et lieu de son chef: ici, pendant dix ans; là, pendant l'an et jour. Il fallait que cette séparation eût lieu de l'agrément des père et mère, et ne fût pas imposée par les circonstances.

Quelques rares provinces du Midi (1) admettaient l'émancipation par mariage, et dérogeaient en cela aux principes du Droit romain. Dans les pays de droit écrit qui sont du ressort du parlement de Paris, comme le Lyonnais, Forêt, Beaujolais, et une partie de l'Auvergne, les enfants sont émancipés, et sortent de la puissance de leur père par le mariage.

Dans les anciennes coutumes de Toulouse, l'émancipation tacite du fils par le mariage était admise lorsque le père lui avait fait une donation en vue du mariage.

(1) « Le fils et la fille mariés sont censés émancipés par la volonté du père » (art. 3 de la coutume de Montpellier).

Telles étaient les principales dispositions concernant la puissance paternelle dans l'ancien droit, lorsque le souffle révolutionnaire passa sur la France et provoqua une crise qui devait aboutir, grâce à l'ardente et ferme volonté de l'assemblée constituante et au génie de Napoléon, à l'homogénéité d'usages, de lois et d'institutions politiques, et devait effacer à tout jamais la ligne de démarcation entre le Nord et le Midi, entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit.

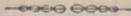
Mais durant ces jours de commotion violente, l'autorité paternelle, ébranlée pendant tout le XVIII^e siècle par la corruption des mœurs, fut à peu près légalement détruite par la Convention.

La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, pleine de défiance contre l'autorité paternelle, soumit l'exercice du droit de correction au tribunal de la famille assemblée. On donna ainsi au pouvoir domestique une espèce de contre-poids; on en fit une sorte de gouvernement constitutionnel où le tribunal de famille est le juge et décide entre le père qui se plaint et l'enfant qui se révolte. — C'était établir un véritable procès entre le père et son fils, procès qui avait le grave inconvénient de compromettre l'autorité du chef de la famille. De plus, la loi du 28 août 1792 admit pour toute la France la disposition des coutumes qui faisait cesser la puissance paternelle à la majorité, et les lois des 25 septembre 1792, 1^{er} février 1793, abaissèrent à vingt-un ans l'âge de la majorité parfaite. — Puis l'esprit de réforme s'arrêta sur le patrimoine de la famille; docile à la voix de Mirabeau qui avait dit: « La nature a donné

aux enfants des droits incontestables à la succession de leur père et l'égalité de leurs droits dérive de l'égalité de leur naissance, » le législateur abolit les privilèges de primogéniture et de masculinité (décret du 15 avril 1791).

Plus tard, la Convention décréta la prohibition absolue pour les pères de disposer d'une portion quelconque de leurs biens en faveur de leurs enfants. Le législateur dépassa le but en exagérant l'idée d'égalité et affaiblit l'autorité paternelle en enlevant au père (loi du 17 nivôse an 2) le droit de compenser parmi ses enfants certains désavantages infligés par la nature ou les mauvaises circonstances; comme aussi de punir le fils qui lui aurait occasionné des ennuis, des mécontentements sérieux.

Quoiqu'il en soit de ces lois intermédiaires, sur le sujet qui nous occupe comme sur bien d'autres points du vieil édifice social, la révolution s'était contentée de démolir; on doit cependant lui rendre cette justice, qu'en balayant les privilèges et une foule d'institutions iniques et vermoulues, elle prépara le terrain sur lequel devait s'élever la grande œuvre du Code civil.



CODE CIVIL

Les rédacteurs du Code civil ayant à régler la puissance paternelle, avaient deux modèles de législation devant les yeux. Devaient-ils donner à cette puissance toute l'étendue qu'elle avait à Rome? Il était impossible d'y songer. On sortait d'une révolution qui avait brisé tous les liens de la famille, la réaction ne pouvait pas être aussi grande. L'on avait le système du droit coutumier plus bienveillant, comme nous l'avons vu, tout en faveur des enfants et plus en rapport avec nos mœurs. Or, il nous semble que les rédacteurs du Code, sauf quelques modifications empruntées au Droit romain, ont suivi cette législation.

Après avoir vu, dans une première partie, à qui appartient la puissance paternelle, nous énumérerons, dans une seconde, ses principaux attributs par rapport à la personne de l'enfant. Une troisième partie sera consacrée à étudier comment la mère participe à la puissance paternelle du vivant de son mari et jusqu'à quel point, à son défaut, elle en a le plein et entier exercice. Nous parlerons ensuite, dans un appendice, de la puissance paternelle sur les enfants naturels. Enfin, nous terminerons notre travail par l'exposé succinct de quelques lois récentes qui ont apporté certaines restrictions à la puissance paternelle.

I

A qui appartient la puissance paternelle.

D'après le Code civil, la puissance paternelle appartient au père et à la mère ; « le législateur, dit M. Réal, a dû établir un droit égal là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affection : il répare par cette équitable disposition l'injustice de plusieurs siècles.

En cela le législateur n'a fait que se conformer au droit naturel, il lui a encore obéi en mettant la puissance paternelle non-seulement entre les mains des pères et mères légitimes, mais encore entre les mains des pères et mères naturels ; car, suivant la remarque fort sage de M. Tronchet, « la naissance seule établit des devoirs entre les pères et les enfants naturels ; ces enfants doivent être placés sous une direction quelconque ; il est donc juste de les placer sous celle des personnes que la nature oblige à leur donner des soins. »

Si, en principe, la puissance paternelle appartient aux deux époux, il faut, pour éviter tout conflit et pour avoir l'unité nécessaire dans l'action, que la décision définitive soit prise par une volonté unique ou prépondérante. Voilà pourquoi les rédacteurs (art. 373), tout en reconnaissant que la puissance paternelle existe en germe au profit de la femme, la placent en réalité entre les mains du mari, que les lois divines et humaines ont

toujours reconnu comme chef de la femme et de cette association qui constitue la famille.

Remarquons seulement que notre Code, se conformant en cela aux traditions du christianisme, a su reconnaître à la femme le véritable rang qu'elle devait occuper au foyer domestique, ce que n'avait pas su faire la loi romaine. C'est ainsi qu'à la mort du père ou dans d'autres circonstances que nous aurons soin d'indiquer, la mère exercera la puissance paternelle entendue *stricto sensu*, comme aussi, même pendant le mariage, elle aura, pour ainsi dire, parallèlement au père, l'exercice de la puissance paternelle dans le sens le plus large, spécialement lorsqu'il s'agira du mariage ou de l'adoption de ses enfants.

Règle générale, c'est donc le père qui, pendant le mariage, a l'exercice de la puissance paternelle, bien que, au point de vue pratique, ainsi que le fait observer M. Oudot, l'article 373 ne soit qu'une hyperbole. En fait, dans les premières années de la vie, l'enfant est sous la domination presque absolue de la mère. Plus tard, celle-ci partage avec le mari l'exercice du pouvoir dans l'intérieur de la famille, que ce soit par usurpation ou par mandat tacite; elle collabore utilement et pourvoit, en l'absence du chef, à tout ce que réclame l'urgence du moment; et ce n'est que dans quelques cas graves de conflits que la prépondérance du mari emporte la décision à prendre.

Quoiqu'il en soit, en droit, la puissance paternelle appartient au père, il l'a reçue de la loi et la loi seule peut la lui enlever; il ne pourrait pas non plus y re-

noncer : cette puissance est d'ordre public et les conventions particulières n'y peuvent porter atteinte (art. 6). Aussi nous n'hésitons pas à déclarer nulle et dépourvue de toute sanction légale la clause par laquelle deux époux, appartenant à des cultes dissidents, fixeraient dans leur contrat de mariage la religion dans laquelle leurs enfants devraient être élevés. Admettre la validité de pareille clause serait faire brèche à la puissance paternelle dans ce qu'elle a de plus essentiel, la direction religieuse ; ce serait lui porter la plus grave atteinte et violer à la fois l'article 6 et l'article 1388.

Si donc le père seul exerce l'autorité pendant le mariage, c'est qu'il faut bien que dans la société conjugale on choisisse un chef, un administrateur. Il ne peut pas y avoir deux puissances dans la famille. Ce chef, cet administrateur est assez clairement indiqué par la nature : ce ne peut être que le père. Il ne saurait être question ici d'un droit de *veto* accordé à la mère, ni de l'intervention des tribunaux. De semblables mesures amèneraient nécessairement des conflits entre les époux, et troubleraient la paix des ménages ; la mère, dit Pothier, étant elle-même, pendant le mariage, sous la puissance de son mari, ne peut exercer la puissance paternelle que *subordonnément à son mari* et *dépendamment* de lui.

Le système de Pothier, qui est aussi celui du Code, amène la conséquence suivante : Les droits du père et de la mère sur leurs enfants étant égaux en principe, la mère a toujours qualité pour se substituer au père, et exercer en son lieu et place la puissance paternelle, chaque fois que le père en est empêché pour quelque

cause que ce soit. Telle est bien la pensée du législateur. « Le projet de loi, disait le tribun Vesin, n'entend pas ne pas associer la mère à cette magistrature; elle l'exerce à son tour, et prend la place du père, *s'il vient à manquer* (1). »

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, nous proposant d'y revenir dans la dernière partie de notre travail.

Le pouvoir des père et mère, « plus semblable, d'après Pothier, à celui d'un tuteur qu'à celui d'un maître, établi plutôt en faveur des enfants qu'en faveur des parents, finit quand les enfants sont réputés en état de se gouverner par eux-mêmes. » La maturité de la raison n'arrive pas en même temps pour tous les individus. Cependant la loi a dû fixer un âge où elle est présumée avoir acquis un développement suffisant. Cet âge, qu'on appelle la *majorité*, était celui de vingt-cinq ans dans la plupart des coutumes, et lorsque le père n'avait pas la puissance paternelle, il pouvait du moins, en qualité de tuteur et jusqu'à vingt-cinq ans, être le guide de son fils, lui faire éviter les pièges qui lui étaient tendus, et le préserver de sa ruine.

Il a fallu, de l'aveu des partisans de la majorité précocce, *une révolution qui ébranlât tout* (2), et qui fit pros-

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

(2) Discours de M. Bigot-Préameneu, orateur du Gouvernement au corps législatif, sur le titre du Code, concernant la minorité, la tutelle et l'émancipation.

crine comme des préjugés les anciennes mœurs et les plus saines maximes, pour qu'on ait affranchi à vingt-un ans toute la jeunesse du joug des tuteurs et de la puissance paternelle. En effet, le décret du 31 janvier 1793 déclare qu'à cet âge tout citoyen est majeur d'une façon générale et apte à tous les actes de la vie civile. Le Code civil fixe, lui aussi, la majorité à vingt et un ans accomplis (art. 488) ; mais à raison de leur importance toute particulière, nous verrons qu'il prolonge au-delà de cet âge quelques-uns des effets de la puissance paternelle.

II

Principaux attributs de la puissance paternelle.

1° *Droit au respect.*

L'article 371, qui vise directement notre matière, pose une règle de morale plutôt que de droit. Comment, en effet, sanctionner cette obligation ? On ne peut pas forcer au respect, à l'amour filial. Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que l'article 371 n'édicte pas une disposition législative. De plus, nous n'avons qu'à ouvrir nos livres saints pour nous convaincre que le droit au respect était formulé de longs siècles avant que le Code civil fût rédigé. Nous y lisons notamment la maxime suivante :

« Honora patrem tuum et gemitus matris tuæ
ne obliviscaris. »

« Memento quoniam nisi per illos natus non
fuisses : et retribue illis quomodo et illi
tibi. »

(Eccl. C, VII, V. 29 et 30).

Néanmoins on a beaucoup discuté pour savoir si cet article n'était que la reproduction du précepte du Décalogue, une simple règle de morale sans conséquence juridique, ou si au contraire, le Code n'étant pas un recueil de préceptes moraux sans portée légale, il fallait, même en dehors des cas rigoureusement prévus par la loi, appliquer d'une manière générale l'article en question.

Que penser par exemple du système qui tend à refuser aux enfants le droit d'exercer la contrainte par corps contre leurs parents ? Il semble, en présence du silence de la loi, que la question soit réellement sujette à controverse. Le législateur de 1832 a tranché lui-même le débat : la contrainte par corps ne peut pas être exercée par les descendants contre les ascendants (art. 19, l. 17 avril 1832). Mais ce n'est pas là une conséquence de notre article 371, puisque les ascendants ne peuvent pas, eux non plus, exercer la contrainte par corps contre leurs descendants. La loi du 22 juillet 1867 défend même de la prononcer contre les frères ou sœurs, oncles ou tantes, neveux ou nièces, grands-oncles ou grand'tantes, petits-neveux ou petites-nièces, et contre les alliés au même degré (art. 15). Ces dispositions se

justifient d'elles-mêmes. Entre personnes que la nature a destinées à vivre unies par la plus étroite affection, l'exercice de la contrainte par corps serait un acte brutal, auquel la loi a refusé de se prêter.

Aujourd'hui l'article 371 permet, suivant nous, aux magistrats de réprimer par des dommages-intérêts, les termes blessants qu'un fils se permettrait d'employer contre son père ; car s'il est impossible de refuser à l'enfant le droit de réclamer protection devant la justice pour les actes dont il serait la victime, il ne doit jamais oublier ses propres devoirs. Mais ne disons pas, avec M. Duranton, que le fils ne pourrait pas intenter contre son père une action déshonorante. Les articles 380 et 385 du Code pénal nous montrent que cette proposition est trop absolue. Il nous semble que les magistrats pourraient rejeter une pareille demande si elle n'avait pas pour base la réparation d'un préjudice moral ou matériel ; par exemple, si l'enfant, mû par la haine, se rendait cessionnaire d'une action litigieuse contre son père ; mais en dehors de ces manquements au respect paternel, l'enfant peut se placer sous la protection de la loi. Le principe tutélaire de l'article 371 ne doit pas servir de sauvegarde aux crimes, aux délits et aux autres méfaits dont les pères et mères peuvent se rendre coupables envers leurs enfants.

Nous avons du reste des textes positifs où sont appliquées les conséquences du principe de respect filial. Ainsi il y a augmentation de pénalité contre le parricide (C. P., art. 13 et 223) ; de plus, l'article 380, C. P., interdit à l'enfant d'intenter contre son ascendant l'action

déshonorante de vol devant les tribunaux criminels. Enfin les enfants reconnaissent encore le principe de respect chaque fois qu'ils viennent réclamer le consentement ou le conseil de leurs ascendants, dans les cas ci-dessus énumérés (1).

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

L'article 203, au titre du mariage, ordonne aux père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

« Filii tibi sunt, erudi illos est curva illos
a pueritiâ illorum. »

Eccl., ch. VII, V. 25).

Cette charge devait nécessairement incomber aux père et mère ; c'est d'eux que l'enfant tient la vie, et ils ne peuvent l'avoir engendré pour le vouer à la mort dès son apparition en ce monde, ce qui arriverait inévitablement si ses appuis naturels, ses parents venaient

(1) Nous serions très porté à admettre la réclamation d'un père qui, se fondant sur l'art. 371, verrait un outrage fait à son honneur et au respect dû aux traditions de la famille dont il est le gardien, dans le fait par son fils, de répudier le nom de ses ancêtres. Ce serait un remède à apporter aux prétentions ridicules et mensongères d'un bon nombre d'enfants pour lesquels l'enseigne paternelle est devenue un remords. « Le caractère le plus blâmable de ces usurpations, disait le rapporteur de la loi sur l'usurpation des titres (loi du 28 mai 1858), l'abandon du vrai nom de la famille, est un acte de mépris, qui s'élève parfois à la hauteur d'une impiété filiale, et que cette impiété seule suffirait à rendre coupable. »

à l'abandonner. N'est-il pas, pendant de longues années, dans l'impuissance absolue de se suffire à lui-même !

L'article 203 pose le principe général, les articles 372 et 141 le reproduisent, au moins virtuellement.

Le droit d'éducation, dans son sens le plus large, telle est la plus précieuse, nous devrions dire l'unique prérogative de la puissance paternelle ; les autres ne sont que la conséquence de ce droit primordial, ce sont des moyens de l'exercer ou des compensations à une aussi lourde tâche.

Fortifier l'âme et le corps de cette frêle créature, que Dieu lui a confiée, lui donner surtout ce que Cicéron appelle avec tant de vérité la nourriture morale : *cibus humanitatis*, voilà l'obligation imposée au père. Aussi l'on peut dire, en s'appuyant sur l'article 203, que si les enfants n'ont en se mariant aucune action pour exiger une dot de leurs père et mère, l'article 204, ayant confirmé la maxime coutumière « *ne dote qui ne veut*, » ils ont un droit incontestable à une dot intellectuelle et morale.

Nourrir, c'est fournir les aliments nécessaires à la vie. *Entretenir* est une expression un peu plus large, qui ne sort pas cependant de la sphère des besoins physiques. *Elever* a un sens différent : c'est développer l'intelligence et le cœur, c'est-à-dire donner l'éducation. Comme l'instruction est un élément indispensable de l'éducation, on a argumenté de ce texte pour soutenir que, depuis la promulgation du Code civil, l'instruction, l'instruction primaire au moins, est obligatoire. C'est là une théorie à laquelle nous ne saurions adhérer. En

effet, n'est-il pas hors de doute que les époux s'engagent, en se mariant, à élever leurs enfants selon leur position, selon leur fortune? Si donc leur fortune est nulle, nulle sera l'instruction qu'ils donneront à leurs enfants. Qu'on n'objecte pas la gratuité, car, même avec l'instruction gratuite, il serait encore, dans certains cas, trop coûteux pour un père, pour une mère dans l'indigence, d'envoyer son fils ou sa fille à l'école et de se priver ainsi, pendant plusieurs années, d'un unique soutien. Nous pensons qu'il est du devoir de l'Etat d'encourager de loin l'initiative privée; mais nous reconnaissons aussi qu'il n'a point pour mission, dans la direction des familles, de substituer sa volonté à l'autorité paternelle.

Revenant à l'article 203, nous trouvons qu'il a une portée encore plus étendue que celle qu'on voudrait lui donner. Les époux ont contracté *ensemble*, c'est-à-dire simultanément, et aussi à l'égard l'un de l'autre, le solennel engagement de procurer à leurs enfants une éducation en rapport avec leur fortune, avec leur position sociale. S'ils manquaient gravement à ce devoir, ils pourraient être civilement contraints de l'accomplir. Toutefois, et afin d'être conséquent avec les idées que nous avons émises un peu plus haut, nous admettons que les tribunaux devraient user avec beaucoup de prudence de leur pouvoir supérieur et règlementaire; car, si en négligeant d'élever son fils suivant sa condition et ses moyens, le père manque à ses devoirs d'honnête homme et de bon citoyen, il n'en est pas moins vrai aussi que le législateur s'est fait un devoir de laisser à

l'autorité paternelle une très-grande latitude en pareille matière. Il a compris qu'il était en face d'un droit sacré, originaire, et qu'à moins de raisons très-sérieuses, il pourrait y avoir de graves inconvénients à permettre aux tribunaux de s'immiscer dans le gouvernement intérieur de la famille.

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

3° *Droit de garde.*

L'action des parents ne serait pas possible si l'enfant pouvait se soustraire à leur surveillance ; aussi, l'article 374 ne permet-il pas à l'enfant de quitter le domicile paternel sans la permission du père. Cette prohibition renferme implicitement le droit de faire réintégrer à l'enfant le domicile ou tout autre lieu dans lequel son père aurait jugé convenable de le placer, collège, pension, maison de commerce, etc..... Mais comment le père devra-t-il s'y prendre pour mettre en mouvement la force publique ? Faut-il l'intervention du tribunal ou un simple ordre du président ?

Le titre du père est, à notre avis, dans la loi ; aussi

croyons-nous qu'une ordonnance du président suffit. Ce magistrat a bien le droit d'ordonner l'incarcération de l'enfant, lorsque le père la requiert, pourquoi n'aurait-il pas le pouvoir bien moins étendu de donner des ordres pour que le petit fugitif soit replacé sous la surveillance et la garde paternelle ?

L'article 345 du Code pénal consacre le droit de garde, lorsqu'il punit de la réclusion les personnes coupables d'enlèvement, de recel, de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteraient pas aux personnes qui ont le droit de le réclamer. Et alors le ministère public pourrait, en vertu des pouvoirs dont il est investi, venir en aide à la puissance paternelle. C'est ainsi qu'il a le droit de poursuivre comme coupables de détournement de mineurs les personnes qui retiennent l'enfant (art. 354, C. p.).

Disons un mot de la responsabilité des parents. Le père, dit l'article 1384, est responsable du dommage causé par ses enfants mineurs habitant avec lui. Il en est de même de la mère après la mort de son mari.

« *De ses enfants mineurs...* » Emancipés ou non, mariés ou non mariés, la loi ne distingue point. On a considéré, sans doute, que, tant que les enfants mineurs habitent avec leur père ou leur mère, ceux-ci ont sur eux une autorité morale assez forte, un pouvoir assez grand pour les surveiller utilement et les empêcher de commettre des délits ou des quasi délits.

Les père et mère répondent même du dommage causé par leur enfant majeur habitant avec eux, s'il est démon-

tré qu'ils sont en faute, dans le cas, par exemple, où le délit dont on se plaint n'aurait pas eu lieu si leur enfant avait reçu une éducation honnête et morale, s'ils ne l'avaient pas perverti soit par de mauvais exemples, soit en lui laissant contracter des habitudes vicieuses. Dans ces diverses hypothèses, leur responsabilité se trouve engagée; aussi, ils doivent alors, mais alors seulement, réparer le dommage causé.

La loi, en nous disant que la responsabilité passe à la mère après la mort de son mari, ne statue que sur le *plerumque fit*, et n'entend pas exclure les autres cas. Ainsi, lorsque le père est absent, c'est à la mère que la loi confie le soin d'élever et de surveiller ses enfants mineurs; or, tout devoir emporte responsabilité.

L'article 374 pose lui-même, et dans l'intérêt public, une exception à son principe. Cette exception, qui existait déjà dans notre ancien droit (V. Pothier, *Traité des personnes*, part. 1, tit. II, sect. II), concerne le service militaire. Aux termes de notre article, le fils peut s'enrôler sans le consentement de son père, à partir de l'âge de dix-huit ans révolus. Mais la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, a, dans son article 32, reculé jusqu'à vingt ans cette espèce de majorité, produit du militarisme. Un décret du 13 juillet 1848 est venu réduire de dix-huit ans à dix-sept ans l'âge voulu pour l'enrôlement volontaire dans l'armée de terre (l'âge de seize ans suffit pour l'armée de mer); mais il laisse subsister la nécessité du consentement du père, de la mère ou du tuteur jusqu'à l'âge de vingt ans. Lorsque c'est le tuteur qui donne son consente-

ment, il doit se faire autoriser par le conseil de famille. Enfin, aux termes de l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872, tout engagé qui aura moins de vingt ans devra justifier du consentement de ses père, mère ou tuteur.

Un des époux vient-il à mourir, l'époux survivant sera, en général, tuteur. Comme tel, il est soumis à la surveillance d'un conseil de famille, relativement à l'administration des biens, mais il n'est, quant à la direction de la personne de l'enfant, soumis à aucun contrôle. Les droits d'éducation et de garde sont des attributs inviolables de la puissance paternelle. Lorsque le père et la mère sont morts, ce qui survit de la puissance paternelle passe au tuteur et au conseil de famille.

Du principe du droit des gens que l'enfant suit la condition de son père et de celui que, jusqu'à sa majorité, il reste sous sa garde, il résulte nécessairement que l'enfant a la même nationalité que son père, et ne pourrait devenir citoyen d'un autre Etat qu'à sa majorité. La puissance paternelle absorbe l'individualité politique de l'enfant jusqu'à ce qu'il puisse exercer ses droits.

4° *Droit de correction.*

Il ne s'agit point ici, disons-le tout d'abord, des punitions légères, des châtimens, des remontrances que doivent infliger les père et mère à leurs enfans pour redresser leurs défauts, étouffer les germes de vices naissans, comprimer des emportemens résultant de l'irréflexion et de l'ardeur du jeune âge, mais bien de

peines relativement sévères pour des habitudes mauvaises, trop enracinées, pour des écarts sérieux dans la conduite de l'enfant, conduite qui donne au père des sujets de mécontentement très-graves.

Ce moyen de correction consiste dans l'emprisonnement que la loi appelle improprement détention. Ce n'est même pas un emprisonnement, car l'enfant pourrait être enfermé dans une institution ou tout autre établissement ; ce n'est point une peine, dans le sens du Code pénal, et si postérieurement l'enfant était traduit devant les tribunaux correctionnels, on ne pourrait prétendre qu'il est en état de récidive, parce que son père a obtenu contre lui ce que la loi qualifie de détention au titre de la Puissance paternelle. Lors de la rédaction du Code civil, on était très-divisé sur la manière dont s'exercerait le droit qui nous occupe.

Le législateur, après bien des hésitations, a autorisé la détention par voie d'autorité, comme celle par voie de réquisition, se laissant guider, comme le dit le consul Cambacérès, « d'après des considérations prises de l'âge de l'enfant et de sa situation », ou si l'on veut encore, se basant sur « la présomption plus ou moins fondée de l'impartialité ou du désintéressement du père » suivant la remarque du tribun Albisson.

Pour exposer la procédure de l'exercice du droit de correction, il faut distinguer deux cas : celui où le père agit par voie d'*autorité*, celui où il agit par voie de *réquisition*.

Premier cas. — Bien que l'autorité du père trouve une garantie suffisante dans sa tendresse pour ses en-

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

Second cas. — Si l'une des quatre conditions que nous venons de mentionner fait défaut, le père ne peut agir que par voie de réquisition : alors le pouvoir du président s'augmente de tout ce qui est enlevé au père, son contrôle est nécessaire et efficace quant au fond même de la demande. Il intervient non plus seulement pour légaliser, mais pour peser les griefs de l'enfant, apprécier l'opportunité de la demande, l'admettre ou la rejeter. Alors le père, dit l'article 377, « s'adressera au président du tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera. »

Nous voyons figurer ici deux magistrats, mais le président seul décide, après avoir consulté le procureur de la République. Par sa décision, le président est entièrement libre d'abréger ou de refuser la détention requise par le père, mais il ne pourrait l'augmenter. Le

but de la loi consiste à contrôler le pouvoir paternel dans ce qu'il peut avoir de trop rigoureux et non d'aggraver une peine que le père aurait jugée suffisante.

Reprenons les différents cas où la détention ne peut avoir lieu que par voie de réquisition.

Et d'abord, l'âge de l'enfant. S'il a seize ans, on ne pourra pas employer contre lui la voie d'autorité, et la durée de la peine augmente; on peut requérir contre lui jusqu'à six mois de détention.

Ainsi protection plus grande, comme aussi plus de sévérité de la part de la loi. Plus de protection, parce que le père pourrait bien être porté à se montrer trop sévère à l'égard d'un enfant qui est déjà devenu presque un homme, et dont les allures indépendantes le cherqueraient sans qu'il y eût comme contre-poids, l'idée d'indulgence qu'appelle tout naturellement la faiblesse du tout jeune âge. — Plus de sévérité, parce que la faute a des conséquences plus graves; ce qui était de l'indocilité, une légère propension au mal est devenu de l'entêtement et du vice; et en face de défauts graves, enracinés, persistants, il faut un énergique remède.

Poursuivons l'explication des cas où l'enfant ne peut être détenu que par voie de réquisition.

L'enfant, mineur ou non de seize ans, a des biens personnels ou un état (article 382).

Pourquoi cette première exception: si l'enfant a des biens personnels? Le consul Cambacérés, devant le Conseil d'Etat, la justifiait ainsi: « Que si l'enfant a pour père un dissipateur, disait-il, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du refus

d l'enfant et que, peut-être, il lui fera acheter la lierté » (1). — S'il est difficile d'indiquer au juste la rison qui a dicté au législateur la disposition qui nous ocupe, on peut en tout cas affirmer hautement, que elle donnée par Cambacérès n'est pas admissible. Ce q'il suppose est impossible et inutile : impossible, parce que l'argent et tous les biens de l'enfant sont entre les mins et sous l'administration du père; inutile, parce que le père n'aurait pas besoin de prévenir son fils pour ledépouiller ou de le faire éloigner pour le voler plus à sa aise : il a les biens en sa possession et il peut agir omme bon lui semble, sauf à rendre compte plus tard. Peut-être le législateur ne s'est-il pas bien rendu compte du motif de la disposition qu'il édictait; en tout cas nous pensons que l'enfant qui a des biens personnels jouant dans la société un rôle plus important, le législateur a eu devoir l'environner d'une protection plus grande. C'est un hommage rendu à la propriété, comme l'exception qui va nous occuper à présent est un hommage rendu au travail.

L'enfant a un état. Bien des motifs justifient cette exception. L'enfant qui a un état (ce qui sera rare du reste avant seize ans) a droit à plus d'égards, l'enfermer c'est l'exposer à perdre ses clients, ou au moins les légers bénéfices qu'il commence à retirer de son travail, c'est le décourager, c'est compromettre son avenir; en face d'une situation méritant de l'intérêt, il fallait de plus sérieuses garanties. Voilà pourquoi la loi n'autorise,

(1) Loqué, législ. civile, t. VII, p. 36.

contre l'enfant qui a un état, que la détention par voie de réquisition.

Enfin, et c'est la quatrième exception, le père qui se remarie est privé du droit d'exercer la détention par voie d'autorité. On se méfie de l'impartialité du père remarié, la loi redoute l'influence de la seconde femme; et la Bruyère a eu raison de dire : « Ce qu'une marâtre aime le moins de ce qui est au monde, ce sont les enfants de son mari; plus elle est folle de son mari et plus elle est marâtre. » Le législateur s'est inspiré de ces idées.

Par l'expression *père remarié*, faut-il entendre même le père devenu veuf une seconde fois? L'affirmative nous paraît certaine, car le même inconvénient s'oppose à ce qu'on lui restitue la plénitude du droit de correction. Il est vrai qu'alors il n'y a plus à craindre que sa nouvelle femme ne l'excite, par des artifices, contre les enfants qu'il a eus de son premier mariage; mais toujours est-il qu'il n'a plus pour eux la même tendresse ni la même impartialité. L'influence de la belle-mère a laissé des traces ineffaçables, surtout quand il existe des enfants du second lit. Ainsi, lorsque la loi parle du père remarié, elle entend le père qui, après le décès de sa première femme, a contracté un second mariage, en un mot le père *qui n'est pas resté veuf* (1).

Que la détention s'exerce par voie d'autorité ou par voie de réquisition, nous retrouvons toujours les règles suivantes :

(1) Demolombe, nos 322 et suivants.

1. Point d'écriture, dérogation complète aux articles 31 et 68 du Code d'instruction criminelle.

Procédure. Le père adressera au président une demande accompagnée d'une soumission écrite de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables (C. c., art. 378, *in fine*). Le président prononcera la sentence de vive voix et il n'y aura pas de jugement écrit. Ainsi donc, aucune écriture, aucune formalité judiciaire et l'ordre même d'arrestation ne doit pas être motivé. « Il ne faut pas, a dit M. Réal, donner de la publicité à des faiblesses de jeunesse, en éterniser le souvenir, ce serait marcher directement contre le but qu'on se propose, et de ces punitions qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner des tourments à l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie. » Il faudra forcément écrire l'ordre d'arrestation pour mettre à couvert la responsabilité du directeur de l'établissement où l'enfant sera enfermé. Cet ordre tiendra lieu des divers mandats, arrêts ou jugements dont parle l'article 609 du Code d'instruction criminelle. — On transcrira cet ordre d'arrestation comme aussi la date de la sortie, conformément aux articles 607 et 610 du Code d'instruction criminelle, et aux articles 789 et 790 du Code de procédure civile, et, autant que possible, sur un autre registre que le registre d'écrou où sont inscrits tous les malfaiteurs. Le vœu de la loi n'est pas que l'enfant soit traité comme un prisonnier. Les mettre dans une maison de correction ordinaire, ce serait, a dit Lebrun, « les envoyer au crime. » L'administration doit, autant que possible,

avoir des maisons spéciales, et dans les autres éviter tout contact. A Paris, la prison de la Roquette reçoit les jeunes garçons détenus par mesure de discipline paternelle, et ils sont soumis au régime cellulaire. Le décret du 30 septembre 1807 autorisait les dames du refuge Saint-Michel à recevoir dans leur maison les jeunes filles envoyées par leurs père, mère ou conseils de famille dans les formes que nous venons d'étudier.

II. A moins que l'enfant n'ait des biens personnels, et dans ce cas les frais de nourriture et d'entretien sont toujours à sa charge, c'est à la charge du père ou de la mère qui aura provoqué la détention que ces frais resteront. — Pas de doute sur ce point, mais les auteurs se divisent sur la question de savoir si le père doit verser d'avance une somme ou seulement s'engager à payer les aliments. — La mauvaise rédaction de l'article 378 prête bien en effet à la controverse, on ne voit pas clairement si la soumission doit ou non comprendre les aliments (art. 378 2°).

Nous pensons qu'un simple engagement de la part du père suffit, et on aurait tort de raisonner par analogie des articles 789 5°, 791 et 800 du Code de procédure qui exigent, pour le créancier qui fait incarcérer son débiteur, la consignation d'avance d'un mois au moins d'aliments. Il ne s'agit plus ici de l'intérêt d'un seul, mais d'un droit utile à la société tout entière, et auquel il faut apporter le moins d'entraves possibles. Du reste, adopter le système contraire serait refuser implicitement l'exercice du droit de correction aux familles pauvres, et c'est là surtout qu'il est nécessaire.

Le jeune détenu a-t-il dans tous les cas un recours, un droit d'appel? Il répugne d'admettre la négative. Le droit d'appel est, en effet, de droit commun; par cela même que la loi ne l'interdit pas, elle l'autorise. Ce droit est ici d'autant plus précieux qu'il sauvegarde le principe de la liberté individuelle, et qu'il empêche le droit de correction de dégénérer en instrument de despotisme. Touchés par ces raisons, quelques jurisconsultes enseignent que l'enfant détenu, sur l'ordre ou à la requête du père, conserve toujours le droit de formuler des observations. La majorité des auteurs, sans aller aussi loin, étend du moins le recours organisé par l'article 382 à tous les cas où l'enfant a été emprisonné par voie de réquisition. On ne saurait, en effet, logiquement prétendre un motif de différence entre l'enfant qui a des biens personnels et celui dont le père est remarié. Ce droit de recours a été admis « afin de paralyser toutes les surprises, toutes les intrigues des localités, et d'empêcher que le droit de correction puisse jamais être un moyen de despotisme » (Fenet, X, p. 330). Ces motifs existent dans tous les cas, et il n'y a aucune raison d'accorder le recours à un des enfants placé dans la position indiquée ci-dessus et de le refuser à l'autre. Malgré ces raisons, ce système est trop contraire au texte de la loi pour que nous l'adoptions. Nous croyons avec MM. Marcadé et Duranton que la voie du recours est ouverte seulement dans les deux cas limitativement énumérés, c'est-à-dire quand l'enfant a des biens personnels et quand il exerce une profession. Inutile d'ajouter que dans une révision du Code il ne

faudrait pas manquer de généraliser la disposition finale de l'article 382.

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

Mentionnons, en terminant cette matière, la loi du 5 août 1850, qui s'est efforcée d'améliorer la situation des jeunes détenus : elle prescrit de leur donner une éducation morale, religieuse et professionnelle, et leur affecte un quartier distinct dans la maison d'arrêt ou de justice.

5° *Obligation alimentaire.*

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

d'argent destinée à lui venir en aide quand il se trouve dans le besoin.

On voit donc que l'obligation de *nourrir* dont parle l'article 203 ne se confond nullement avec la dette alimentaire dont il est question dans les articles suivants. Cette obligation est réciproque comme le droit à la réserve dans la succession des parents et des enfants (art. 913, 914, 915). Ce caractère de réciprocité est exprimé en termes énergiques par Platon, dans son livre IX *des Lois* : « Si quelqu'un, dit-il, refuse aux parents son assistance, qu'il soit voué, par des imprécations, au courroux de Jupiter, sauveur des parents, de leur famille et de leurs proches; que le fils, vaincu de les avoir maltraités, soit condamné à l'exil et qu'on lui interdise l'approche des choses saintes. » S'il néglige de s'en abstenir, les principaux cultivateurs du canton doivent l'accabler de coups jusqu'à ce qu'il leur plaise de s'arrêter; s'il ose enfreindre son ban, sa mort seule peut expier son crime. » Ainsi, les enfants ont droit aux aliments, et en même temps sont obligés d'en fournir à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

Les articles 208 et 209 indiquent dans quel cas et dans quelle proportion la dette alimentaire est exigible : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit. — Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou la réduc-

tion peut être demandée. » Ce dernier article n'est que le développement du précédent. Le besoin du créancier et la fortune du débiteur sont, en effet, deux éléments d'appréciation très-variables : dès lors, il est certain que le montant de la dette alimentaire est appelé à subir les mêmes variations. — Le juge n'a pas, d'ailleurs, à se préoccuper des causes pour lesquelles le demandeur est dans le besoin ; il ne doit pas davantage tenir compte des motifs de refus du défendeur. Quels que soient les torts de l'un, les libéralités passées de l'autre, la demande doit être admise. La pension alimentaire consiste, nous l'avons dit, dans le paiement d'une somme d'argent. Il est pourtant des cas où il y a impossibilité de donner un secours pécuniaire, alors qu'on pourrait acquitter la dette en nature. Alors, les articles 210 et 211 laissent au tribunal le soin d'apprécier dans quel cas la pension alimentaire peut être remplacée par l'offre faite par le débiteur de recevoir dans sa demeure le créancier des aliments.

Une vive controverse s'est engagée sur la question de savoir si les successeurs sont tenus de la dette alimentaire. Nous croyons, contrairement à l'opinion émise par M. Duranton (1), que cette dette n'est jamais héréditaire, car elle ne doit pas être considérée comme une charge grevant réellement le patrimoine. Si on admettait la solution inverse, on arriverait aux plus étranges conséquences. On serait, par exemple, obligé d'admettre que le fils qui, ayant reçu en avancement d'hoirie le mon-

(1) Duranton, t. 2, n° 407.

tant de sa réserve, viendrait ensuite à dissiper cette dernière, pourrait néanmoins réclamer des aliments. Or, c'est là une déduction anti-juridique, puisqu'elle reconnaîtrait à l'enfant le droit de se faire donner plus que sa portion dans la succession paternelle.

On s'est encore demandé si l'obligation alimentaire est solidaire, divisible ou indivisible. Supposons un père qui a plusieurs enfants plus ou moins riches les uns que les autres. Ces enfants devront-ils être tenus solidairement? Non, car la solidarité ne se présume jamais; elle doit être établie par la loi, et, dans l'espèce, la loi est muette. Mais ne peut-on pas soutenir que cette dette est divisible? Pas davantage; car on ne peut pas vivre pour partie, disent certains auteurs. Donc, celui qui est créancier des aliments peut réclamer la totalité. Mais il est facile de comprendre que cette conclusion renferme une équivoque. En effet, la question est précisément de savoir si l'on peut vivre plus ou moins bien: nous dirons donc, en terminant, qu'elle n'est ni solidaire, ni indivisible.

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

6° *Droit de choisir un tuteur testamentaire.*

En principe, tant que dure le mariage des père et mère, il n'y a pas lieu à la tutelle de leurs enfants. Le père doit, sans doute, prendre soin de leur personne et les représenter dans les actes de la vie civile, mais il en prend soin et il les représente, non pas en qualité de *tuteur*, mais en qualité de *père*, et en vertu de sa puissance paternelle.

Cet état de choses ne peut se modifier qu'à la mort du père ou de la mère ; dans ce cas, le dernier mourant a le droit de désigner son successeur dans l'exercice de la tutelle de ses enfants mineurs : c'est une suite de la confiance que lui accorde la loi. Cette nomination doit être faite de l'une des manières suivantes : 1° par acte de dernière volonté ; 2° par une déclaration faite ou devant le juge de paix assisté de son greffier, ou devant notaire (art. 398 et 392). « Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est, d'ailleurs, dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale, le conseil de famille eût pu en changer » (art. 401).

Ainsi, la tutelle déférée par le survivant des époux, en quelque forme qu'elle l'ait été, ne produit jamais ses effets qu'après la mort de l'époux qui l'a conférée. Le droit de nommer un tuteur appartient, en effet, non pas au survivant, mais, ce qui est bien différent, au dernier mourant des père et mère. Exprimer qu'un tuteur ne peut être nommé que par le dernier mourant

des père et mère, c'est implicitement dire que ce tuteur ne peut être nommé que pour le temps où l'époux qui lui confère la tutelle sera décédé, ce qui exclut, par une conséquence forcée, la faculté, pour l'époux survivant, de nommer un tuteur pour le remplacer en son vivant.

Le dernier mourant des père et mère conserve-t-il son droit de nomination dans le cas où il n'a pas lui-même la tutelle de ses enfants? — La négative est incontestable, 1° à l'égard de la mère qui, s'étant remariée, n'a pas été maintenue dans la tutelle : ce cas est expressément prévu par l'art. 399; 2° à l'égard du survivant qui a été exclu ou destitué de la tutelle, soit pour inconduite notoire, soit pour incapacité ou infidélité : il ne pourrait pas, aux termes de l'article 445, concourir, comme membre du conseil de famille, à la nomination d'un tuteur datif; à bien plus forte raison est-il incapable de le nommer à lui seul.

Mais que décider à l'égard de la mère survivante qui a refusé la tutelle, ou du père survivant qui s'en est fait excuser? Il est bien entendu que cet époux survivant ne peut point se faire remplacer dès à présent par un tuteur de son choix; mais peut-il en désigner un pour l'époque de son décès, pour remplacer le tuteur datif qui, à cette époque, sera en exercice? Là est la question. Nous la résolvons négativement. Un tuteur datif a été nommé pour remplacer l'époux survivant qui a refusé la tutelle légitime, ou qui s'en est fait excuser; or, nulle loi n'accorde au dernier mourant le droit

de destituer un tuteur datif qui a été régulièrement nommé (1).

7° *Droit d'émancipation.*

L'émancipation est un acte juridique dont l'effet est d'affranchir un mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle, et, par suite, de lui donner le droit de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens.

Cet acte résulte de la déclaration solennelle faite à cet effet par les personnes qui ont reçu de la loi le pouvoir d'émanciper. Mais n'oublions pas que l'émancipation résulte aussi de plein droit du mariage du mineur.

En donnant leur consentement à son mariage, ses parents reconnaissent implicitement qu'il a une maturité d'esprit suffisante pour être en état de gouverner sa personne et d'administrer ses biens. L'état de mineur en tutelle n'est point d'ailleurs compatible avec la qualité d'époux. On ne peut pas, en effet, sans tomber dans la contradiction la plus manifeste, laisser sous l'autorité et la garde d'autrui celui qui est appelé à exercer la puissance maritale, et bientôt peut-être la puissance paternelle. L'émancipation est donc de l'essence du mariage. De là cette double conséquence : 1° le mariage emporte l'émancipation des époux, nonobstant toute stipulation contraire ; 2° le mariage émancipe les époux, si jeunes qu'ils soient, et alors même qu'ils ont moins de quinze ans, ce qui a lieu dans le cas où

(1) Marcadé, sur l'art. 397; Demolombe, t. 1^{er}, n^{os} 16 et suiv.

ils se marient avant cet âge, en vertu d'une dispense accordée par le chef de l'Etat. La dissolution du mariage ne fait point cesser l'émancipation. Elle n'efface point, en effet, l'induction que la loi a tirée du consentement que les parents du mineur ont donné à son mariage.

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

Sa condition diffère et de celle d'un majeur, et de celle d'un mineur ordinaire. Le majeur a une capacité pleine et entière : il fait seul, et sans aucun guide pour le protéger, tous les actes d'administration et de disposition, même les plus étendus, tels que les actes d'aliénation d'immeubles ou de constitution d'hypothèques : sa capacité n'a point de limites.

Le mineur émancipé, au contraire, n'a qu'une demi-capacité et n'est point dégagé de toute espèce de dépendance vis-à-vis de ses père et mère. Ceux-ci ont abdiqué seulement les droits de garde, de correction et d'usufruit légal. Les actes les plus importants, tels que l'aliénation, l'emprunt, la constitution d'hypothèque, l'exercice d'une action immobilière lui sont interdits. Les actes de pure administration sont les seuls qu'il puisse faire sans autorisation ni contrôle (art. 481-485).

Examinons quelles sont les personnes auxquelles est

conféré le droit d'émancipation. La loi distingue à cet égard si l'enfant a encore ses père et mère, s'il n'a que l'un d'eux, ou s'il les a perdus l'un et l'autre. Dans le premier cas, le droit d'émanciper l'enfant appartient exclusivement au père, qui peut l'exercer souverainement, c'est-à-dire sans le concours de sa femme. Dans le second cas, le droit de consentir à l'émancipation appartient au survivant, quel qu'il soit. Enfin dans le troisième cas, le droit de l'émanciper n'appartient ni à ses ascendants, considérés individuellement, ni à son tuteur : la loi le confère à son conseil de famille.

Quant à l'âge auquel l'enfant peut être émancipé, la loi fait encore une distinction. Celui qui a ses père et mère, ou l'un deux seulement, peut être émancipé à quinze ans révolus. Que décider dans le cas où, la mère étant morte, le père survivant a été exclu, destitué ou excusé de la tutelle ?

Aura-t-il néanmoins le droit d'émancipation ? La raison de douter semble venir de ce que le père n'est pas tuteur, et par conséquent n'a pas qualité pour mettre fin à la tutelle. Mais l'article 477 répond nettement à la question. Le droit d'émanciper est une prérogative liée à la qualité de père. C'est comme père et non comme tuteur que le père émancipe. Or, cette qualité subsiste toujours en lui, même après son exclusion de la tutelle.

Le mineur resté sans père ni mère ne pourra être émancipé que par le conseil de famille, et seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis (art. 478). On comprend cette différence quant à l'âge. Lorsque l'enfant est sous

L'autorité paternelle ou maternelle, il n'y a pas à craindre que son père ou sa mère fasse une émancipation prématurée; l'affection éclairée qu'ils portent à leur enfant, l'intérêt qu'ils ont à conserver leur puissance et avec elle les attributs et les avantages qu'elle comporte, sont une garantie contre ce danger. Il n'en est plus de même lorsque l'enfant est sous la puissance d'un tuteur étranger : la loi a dû craindre qu'il ne cherchât dans une émancipation prématurée le moyen de se décharger indirectement du fardeau de la tutelle.

L'émancipation s'opère par une simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Elle doit toujours durer jusqu'à la majorité : on ne peut pas accorder une émancipation à terme ni sous condition. Mais la conduite de l'émancipé peut devenir telle qu'elle exige la révocation de l'émancipation. C'est ce qui a lieu lorsque le mineur émancipé a contracté des engagements excessifs (art. 484 et 485); par exemple, quand n'ayant qu'une fortune médiocre, il se livre à des dépenses inutiles et purement voluptuaires. Il se peut toutefois que les engagements du mineur ne puissent pas être réduits, si grand que soit l'excès qu'ils renferment; tel est le cas où le mineur a eu recours à des machinations frauduleuses pour tromper les tiers qui ont contracté avec lui. L'émancipation peut-elle alors être révoquée? Nous l'admettons sans difficulté, car si la loi veut que l'émancipé dont les engagements ont été réduits rentre en tutelle, c'est qu'il est incapable; or, la circonstance que les juges ont rejeté sa demande en réduction, à cause du dol ou de la mauvaise foi dont il

s'est rendu coupable, ne fait que rendre plus évident le danger qu'il y aurait à lui laisser l'administration de sa fortune (1).

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

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

(1) Marcadé, sur l'art. 485; M. Demolombe, t. 2, n° 346.

dans tous les cas, le mariage entraîne irrévocablement l'émancipation.

8° *Droit de consentir à l'adoption.*

Avant la Révolution, l'adoption proprement dite était inconnue en France. Mais l'usage y avait introduit un mode de disposer qui présentait quelque analogie avec l'adoption, savoir : les institutions contractuelles ou testamentaires, faites sous la condition que le donataire ou l'héritier porterait le nom et prendrait les armes du donateur ou du testateur.

Il est aisé de comprendre que l'adoption ait été très-pratiquée à Rome, car elle donnait le moyen de perpétuer le nom des familles sans enfants, de perpétuer surtout l'influence sociale de l'aristocratie. Mais elle n'a jamais été en usage dans notre ancienne France, quoiqu'elle fût de nature à servir les intérêts de la féodalité. Elle a été introduite dans nos mœurs par la loi du 18 janvier 1792, qui ne fit, du reste, qu'en établir le principe ; elle n'en détermina ni la nature, ni la forme, ni les effets. Enfin, les rédacteurs du Code civil l'ont réglementée avec un soin minutieux.

L'adoption, dans notre droit, a pour principe cette opinion si favorable aux bonnes mœurs que les plus vives jouissances des passions ne sauraient remplacer les plaisirs simples de l'amour paternel. Cette opinion ira troubler le célibataire au milieu des voluptés illégitimes qui consomment sa fortune et sa jeunesse. Elle le rappellera sans cesse aux plaisirs honnêtes et au bonheur

de la vertu. Mais nous reconnaissons que cette paternité fictive, si chère à toutes les républiques anciennes, ne peut s'allier avec nos mœurs.

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

Ces formalités nous prouvent que le législateur s'est plu à multiplier toutes les difficultés possibles autour de cette institution qui se présentait à ses yeux avec un caractère trop aristocratique pour mériter sa bienveillance. Aussi nous nous rallions sans réserve à l'opinion émise dans un remarquable ouvrage par notre savant maître, M. Huc, qui estime que l'adoption rivale du mariage et ennemie de la famille, n'a jamais sérieusement pénétré dans nos mœurs, et qui la verrait disparaître sans étonnement ni regret (1).

(1) Le Code civil italien et le Code Napoléon, par M. Huc.

Nous venons de voir que jamais on ne peut adopter un individu qui n'a pas atteint sa majorité. C'est là un inconvénient que le Code civil a voulu, mais que cependant il s'est empressé d'atténuer en inventant ce qu'il a appelé la *Tutelle officieuse*, qui n'est autre chose qu'un acheminement vers l'adoption. Traiter de cette matière serait sortir de notre sujet et franchir les étroites limites que nous nous sommes imposées. Aussi nous nous bornerons à dire que la tutelle officieuse est un acte de bienfaisance, de dévouement, par lequel on se charge gratuitement du soin d'un enfant mineur, en attendant qu'on puisse se l'attacher par le lien définitif de l'adoption (art. 361, 364).

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

L'enfant, quel que soit son âge, n'est jamais absolument libre de se marier comme il l'entend : le mariage, en effet, n'intéresse pas seulement ceux qui le contractent, il engage aussi, jusqu'à un certain point, l'honneur et la fortune de leurs familles, par les rapports d'alliance et les obligations qu'il est appelé à créer. En outre, cet acte de subordination vis-à-vis des parents est un hommage rendu à leur expérience sage et éclairée, qui ne manquerait pas de désapprouver un choix honteux et déshonorant. Il faut donc que l'influence de la famille pèse plus ou moins sur une détermination si importante. Voici, en résumé, comment notre Code règle cette matière :

Les fils jusqu'à vingt-cinq ans, les filles jusqu'à vingt et un ans ne peuvent, à peine de nullité, contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère (art. 148); si les père et mère sont morts, les aïeuls et aïeules les remplacent (art. 150), et s'il n'y a ni aïeul, ni aïeule, il appartient au conseil de famille de statuer (art. 160). — De vingt-cinq à trente ans, les fils, et de vingt-un à vingt-cinq ans, les filles, peuvent se passer du consentement de leurs ascendants; mais ils sont tenus de leur demander conseil par trois actes respectueux, signifiés par notaire, de mois en mois; un mois après la troisième signification, ils peuvent se marier (art. 151, 152, 153). — Enfin, après que les enfants ont dépassé, les fils trente ans, les filles vingt-cinq ans, ils doivent encore demander conseil; mais un seul acte respectueux suffit: un mois après sa signification, il leur est permis de passer outre à la célébration du mariage (art. 153.) L'absence du consentement des ascendants constitue un empêchement dirimant; le défaut d'actes respectueux n'est qu'un empêchement prohibitif.

Les père et mère peuvent encore, au moyen d'une signification, faite dans la forme légale, empêcher la célébration du mariage de leur enfant. L'homme, en effet, se trouve habile à contracter mariage avant que sa raison, mûrie par le temps, le mette en garde contre les entraînements des passions du premier âge: la loi a dû dès lors le protéger contre lui-même, en lui donnant un guide pour le diriger dans l'acte le plus important de sa vie. De plus, ce droit d'opposition a pour but de prévenir les mariages contractés au mépris d'un empê-

chement dirimant ou prohibitif. L'effet direct de l'opposition, c'est d'obliger l'officier de l'état civil à surseoir à la célébration. Et si l'opposition n'est pas fondée, le tribunal doit en donner main-levée; mais elle aura toujours eu ce résultat, de retarder le mariage et de forcer les époux à réfléchir sur l'union qu'ils projettent (article 173).

L'Eglise a combattu les règles de notre Code en matière de consentement. En effet, elle a déclaré inutile le consentement des père et mère, bien qu'elle ait toujours enseigné que se marier malgré leur volonté est une faute, mais une faute n'allant pas jusqu'à rendre le mariage nul. Dans notre ancienne jurisprudence, les lois de l'Etat reconnaissaient l'efficacité des lois canoniques, quant au sacrement de mariage. Cela explique comment dans beaucoup de coutumes le consentement des parents n'était pas une condition essentielle à la validité du mariage. Dès le seizième siècle, cet état de choses disparut, grâce à l'influence des romanistes, et la prohibition de se marier sans le concours de l'autorité paternelle, avant qu'on eût l'âge de vingt-cinq ans accomplis, devint commune aux deux sexes. Les édits de nos rois étaient conçus, à cet égard, dans des termes qui ne sont point équivoques (1), la jurisprudence y était conforme, et les cours souveraines annulaient constamment les mariages des filles mineures de vingt-cinq ans, lorsque leurs père et mère n'y avaient pas consenti.

(1) Voir l'édit de 1556, l'ordonnance de 1579, la déclaration de 1639.

Avant 1789, il n'y avait d'autre officier de l'état civil que le prêtre, c'est-à-dire qu'on ne reconnaissait alors que des actes de bénédiction nuptiale. L'acte ou le contrat civil disparaissait dans le sacrement, l'ordre civil était absorbé par l'ordre religieux. Le nouveau droit public de la France laisse subsister le sacrement, sans l'imposer, et sécularise l'état des citoyens en créant des officiers publics chargés pour tous, sans distinction de culte, de constater le contrat civil de mariage. La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira le mode par lequel les mariages seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. (Constitution du 3 septembre 1791, titre II, article 7). Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil (Loi du 18 germinal, an X, art. 54).

Le Code civil, avons-nous vu, n'exige que jusqu'à vingt-un ans, pour les filles, le consentement préalable et formel des père et mère. C'est une innovation, car les anciennes ordonnances avaient, sur ce point, des dispositions communes aux mâles et aux filles, et l'âge de vingt-cinq ans était, pour les deux sexes, l'époque de rigueur avant laquelle ils ne pouvaient pas contracter un mariage valable, s'il n'était consenti par les personnes qui avaient l'exercice de la puissance paternelle : ce sont les rédacteurs du Code civil qui, les premiers, ont établi une différence pour le terme de la majorité, relative au mariage entre les filles et les mâles. Ce chan-

gement leur a paru si naturel et si heureux, que M. Portalis, orateur du Gouvernement, chargé de le proposer au Corps législatif, n'a pas craint d'affirmer qu'il n'avait pas besoin d'être expliqué, et que tous les législateurs avaient senti la nécessité d'avancer pour les filles, et de reculer pour les mâles, l'époque de la majorité dans son rapport avec le mariage. Néanmoins, il a cru devoir ajouter : « que la nature se développe » plus rapidement dans un sexe que dans l'autre, qu'une » fille qui languirait péniblement dans une longue at- » tente, perdrait une partie des attraits qui favorise- » raient son établissement, et même que souvent elle » se trouverait exposée à des dangers qui compromet- » traient sa vertu » (1).

Les décrets des 18 février 1809 et 28 février 1810 disposent que les enfants ne peuvent entrer dans les ordres sacrés ou dans les congrégations religieuses sans le consentement des parents, conformément aux articles 148, 149 et 150 du Code civil, et selon les mêmes distinctions. La loi est donc moins favorable au mariage qu'à la prononciation des vœux monastiques, puisque les décrets que nous venons de citer ne prescrivent pas la signification d'actes respectueux après vingt-cinq ans pour les garçons, après vingt-un ans pour les filles.

(1) Discours de M. Portalis, orateur du Gouvernement au Corps législatif, sur le titre V du livre I^{er} du Code civil, concernant le mariage, séance du 16 ventôse, an XI.

III

Participation de la mère à la puissance paternelle.

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

Les deux attributs que le législateur a voulu faire partager à la femme avec son mari sont le droit de consentir au mariage des enfants et le droit de consentir à leur adoption.

Le fils, jusqu'à vingt-cinq ans, la fille, jusqu'à vingt-un ans, ne peuvent, nous l'avons dit, contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Passé cet âge, ils sont encore tenus de demander, par un acte respectueux, le conseil de leurs père et mère. De vingt-cinq à trente ans pour les fils, de vingt-un à vingt-cinq ans pour les filles, trois actes respectueux sont nécessaires et doivent être faits de mois en mois. Un mois après le troisième, l'enfant peut passer outre au mariage. Ces formalités ne portent point atteinte à la liberté des mariages, mais elles ajoutent quelques anneaux de plus à la chaîne précieuse qui unit le père et les enfants.

« Une épreuve de trois mois est trop courte ; les actes
» respectueux à un mois d'intervalle se suivent de trop
» près, disait, lors de la discussion du Code civil, le
» grand-juge ministre de la justice, pour que l'objet de
» la loi puisse être rempli ; son but, en effet, est de

» donner aux passions le temps de s'amortir, soit qu'il
» s'agisse de faire revenir les parents de préventions
» mal fondées, soit qu'il faille ramener à la raison le
» fils qui se porte à un mariage mal assorti.» Il opinait,
en conséquence, pour que le temps d'épreuves fût de
six mois entiers (1).

Bigot-Préameneu et Treilhard objectèrent « qu'un
» délai trop long pouvait donner lieu à des désordres
» scandaleux qu'il fallait prévenir; que six mois ne suf-
» firaient pas pour calmer les passions; qu'on devait
» beaucoup compter sur de sages remontrances plu-
» sieurs fois réitérées, et qu'il ne fallait pas perdre de
» vue que la famille de celui au mariage duquel l'autre
» famille s'oppose, est dans une position désagréable,
» et que le refus de consentement ne doit pas être un
» obstacle trop long au mariage que la loi autorise » (2).

L'article 148 porte qu'*en cas de dissentiment, le consentement du père suffit*. Le pouvoir de la mère se borne à formuler des observations, à approuver ou désapprouver. Dans le cas où elle émet un avis différent de celui du père, le Code opte pour le père.

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

(1) Discussion du Code civil au Conseil d'état, tome II, page 29.

(2) Discussion du Code civil au Conseil d'état (idem.)

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

Nous savons que chaque fois qu'un désaccord s'établit entre le père et la mère, c'est la volonté du premier qui doit prévaloir. Mais la magistrature peut-elle intervenir comme pouvoir modérateur et de haute surveillance dans le cas où le père abuse de sa puissance ou ne remplit pas les obligations qui lui sont imposées? M. Demolombe s'est fait le défenseur de l'enfant (1). Cet auteur reconnaît que l'art. 335, C. p. est le seul qui stipule, dans certains cas, quelque chose en faveur de l'enfant.

Mais il résulte, dit-il, des travaux préparatoires, que les législateurs avaient l'intention d'accorder aux tribunaux le pouvoir de régler, dans certains cas, la puissance paternelle, mais que ce projet n'eût pas de suite immédiatement, pour ne pas entraver la marche

(1) Demolombe, t. VI, p. 276.

des législateurs, sous la condition d'être repris dans la suite, mais qu'il fût oublié. Les sentiments qui ont inspiré les auteurs de ce système sont très-louables, disent MM. Dalloz, mais nullement juridiques. Lorsqu'en matière civile il n'y a pas de textes précis, le ministère public n'a pas d'action; il doit en être de même des tribunaux.

La cour de Paris a rendu un arrêt dans ce sens (1) : elle a décidé qu'un père ne pouvait être déchu de la puissance paternelle pour cause de dissipation et d'inconduite notoire. Le premier système, quoique moins juridique que le second, nous semble plus naturel, et nous n'hésitons pas à déclarer que les raisons qui nous décident nous paraissent très-attachantes. Peut-on laisser, en effet, l'enfant entre les mains de son père, qui, une fois condamné, peut exercer de nouveau, à l'expiration de sa peine, des vengeances contre l'auteur involontaire de son incarcération. Il peut encore arriver que les mauvais traitements ne constituent pas un délit, mais que par leur continuité ou leur caractère, ils finissent par altérer la santé physique et intellectuelle de l'enfant. Dès lors il faut à tout prix l'enlever du milieu dans lequel il est jeté. D'ailleurs la puissance paternelle est un pouvoir tutélaire et de protection et non un pouvoir démoralisateur. Aussi le législateur n'a pas pu vouloir laisser quand même l'enfant dans un lieu qui lui était funeste et lier les mains des magistrats, c'eût été, de sa part, sanctionner brutalement la tyrannie

(1) 23 août 1825.

domestique. Nous disons donc avec M. Demante que les magistrats chargés de faire exécuter les lois suivant les vues du législateur, ont mission de conserver à la puissance paternelle son caractère indélébile de défense et de protection. Toutefois, dans le cas où une lutte viendrait à s'établir entre le père et le fils, les tribunaux devraient agir avec une prudence extrême, et s'environner de toute la modération et l'impartialité dont la magistrature ne se départit jamais.

Nous reconnâtrons en terminant que ce système, quoiqu'étant le plus logique, ne protège que très-imparfaitement la personne de l'enfant; car les cas où le ministère public songera à intervenir seront bien rares, le plus souvent il ignorera les faits: lorsque enfin, dans les cas extrêmes, il se décidera à appeler le père en justice, les juges pourront repousser son action s'ils pensent que l'ordre public n'est pas suffisamment intéressé dans le débat. Pour toutes ces raisons, nous admettons que, plus que personne, la mère a pour mission d'exercer vis-à-vis du père le contrôle à la fois le plus vigilant et le plus entouré de garanties. Sans la refuser au ministère public, c'est donc principalement à la mère que nous accorderons l'action civile dans l'intérêt de ses enfants; à la mère, que le Code civil proclame investie, conjointement avec le père, de la jouissance de l'autorité paternelle. Lui refuser ce droit, ce serait lui retirer les moyens d'accomplir vis-à-vis de ses enfants les devoirs qu'elle a librement acceptés en se mariant.

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

Lorsque le mari prédécède, il semblerait que la mère, alors définitivement soustraite à l'autorité maritale, dût avoir au même titre et avec la même plénitude que lui la puissance paternelle tout entière. Cependant, parmi les attributs que nous avons énumérés, il en est deux, le droit de correction et le droit de choisir un tuteur testamentaire, qui ne sont laissés à la mère survivante que sous certaines restrictions. Parlons d'abord du droit de correction.

La mère ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, et même elle a besoin en outre du concours des deux plus proches parents paternels (art. 381). La loi a voulu mettre à côté de la faiblesse de la femme, trop portée à s'alarmer et à recourir aux moyens extrêmes, à côté d'une veuve exposée à la critique et aux médisances, des témoins impartiaux pouvant attester la nécessité de cette mesure de rigueur. Tels sont à peu près les motifs donnés par M. Réal devant le corps législatif. Ces précautions nous paraissent excessives, car l'amour maternel, en général plus intense que l'amour paternel, éloignera la mère encore plus que le père de toute pensée d'abus.

L'article 381 ne parle que de la mère veuve non remariée, mais il faudrait étendre sa disposition aux cas où, pendant le mariage, le père se trouve dans l'impossibilité juridiquement reconnue, d'exercer la puissance paternelle, et ne pas tirer argument *a con-*

trario, du silence de la loi. Elle n'a statué évidemment que sur l'hypothèse la plus générale.

En refusant absolument le droit de correction à la mère remariée, la loi nous montre qu'elle redoute beaucoup plus pour la femme que pour le mari les conséquences d'un second mariage; c'est qu'en effet la situation de l'homme est toujours plus indépendante que celle de la femme, tandis que la veuve subit le pouvoir de son second mari, lequel agit pour elle. Cette raison ne nous satisfait pas entièrement, puisque remariée ou non, la veuve continue à être chargée du devoir d'éducation, dont le droit de correction nous semble être le corollaire nécessaire. On aurait donc pu ne pas la dépouiller complètement de ce dernier droit. Si la mère devient veuve de nouveau par la mort de son second mari, l'esprit de la loi s'oppose à ce qu'elle recouvre sur les enfants du premier lit l'exercice du droit de correction, car l'influence du deuxième mari peut lui survivre à lui-même. Remarquons que la mère n'a pas besoin d'assembler le conseil de famille, le consentement des deux plus proches parents lui suffit.

Mais faudrait-il qu'il y eût unanimité dans la volonté de ces trois personnes? Nous le croyons. La loi a d'abord exigé deux parents et non un seul; deux sûretés valent mieux qu'une, il y a moins de chance d'entente préjudiciable à l'enfant. C'est bien là du reste l'idée rendue par le texte, le mot *concours* nous paraît assez clair.

Qu'arriverait-il si l'enfant n'avait plus de parents paternels; cette situation équivaldrait-elle pour la mère

à la perte de son droit de correction ? L'article 381 semble le supposer, si l'on ne s'en tient qu'à sa formule limitative. Mais cependant ce serait, suivant nous, donner de la loi une interprétation trop judaïque. Nous ne prétendons pas pour cela que la mère pourrait alors exercer son autorité sans aucun contrôle, ce serait aller trop loin et la vérité nous semble être entre ces deux opinions extrêmes. Aussi nous appliquerons par analogie l'article 409, et nous remplacerons les deux parents par deux amis du père (1).

Le père est toujours maître d'abrèger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise (379 1^o) ; mais l'article ne parle pas de la mère, aussi lui a-t-on contesté le droit de grâce. Proudhon le lui a complètement refusé, la loi ne parlant pas de la mère, l'exclut par cela seul, telle est son argumentation.

D'autres jurisconsultes, et Marcadé est de ce nombre, ont modifié le droit de grâce entre les mains de la mère, ils ont subordonné ce droit aux conditions exigées par l'article 381, pour que la mère puisse faire détenir son enfant ; c'est-à-dire qu'ils ont voulu le concours des deux plus proches parents paternels. Cette opinion, à notre avis, est tout-à-fait arbitraire, elle distingue là où la loi n'a pas distingué ; nous la repoussons comme n'étant pas fondée en droit. Nous n'admettons pas pour cela l'opinion de Proudhon ; pourquoi enlèverait-on à la mère le plus noble attribut de la puissance paternelle, le droit de pardonner ? Mais nous disons que le droit de

(1) MM. Aubry et Rau, t. 4, p. 605.

grâce appartient à la mère, et qu'elle l'exerce sans le concours de qui que ce soit. Si l'article 379 ne parle que du père, c'est que la mère n'exerce l'autorité paternelle que par exception.

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

Ces restrictions apportées aux pouvoirs des femmes sont basées sur un motif qu'il importe de donner. Le Code civil craint la *faiblesse* et l'*inexpérience* de la femme ; il la regarde comme naturellement peu apte au

manièrement des affaires. C'est là un principe bien éloigné des vieilles idées romaines sur l'incapacité des femmes. Montesquieu, dans son *Esprit des Loix*, nous a révélé l'esprit du système romain. Chez ce peuple, l'incapacité absolue de la femme a une première cause dans sa faiblesse physique. Une autre cause est dans sa faiblesse morale, qui l'éloigne également de l'étude et des affaires. Son incapacité résulte enfin de la bienséance publique, et de cette pudeur que la femme doit conserver avec soin comme une des sources de son empire.

C'est à cause de leur incapacité absolue que les femmes, sous la république, furent constamment assimilées aux mineurs pour toutes les obligations civiles. Auguste allégea d'abord, puis supprima par degrés cette tutelle. Le droit coutumier détruit l'incapacité absolue de la femme pour les affaires civiles, et la soumet pendant le mariage à une incapacité relative.

Dans notre droit, la femme, mariée ou non, devrait être tout aussi capable que l'homme, au moins quant à ses droits civils. Si elle n'est pas toujours placée sur la même ligne, c'est, comme le dit Pothier, *à cause de la déférence qu'elle doit à son mari*.

Sauf les exceptions que nous venons de signaler, le droit de puissance paternelle reste entier sur la tête de la mère survivante, et cela quand même elle serait dépouillée de la tutelle. Il peut arriver, en effet, que la puissance paternelle et la tutelle soient exercées par deux personnes différentes. En général, le survivant des père et mère est en même temps le tuteur de ses

enfants; mais s'il est exclu ou excusé, le tuteur datif qui le remplace s'occupe de l'administration des biens du mineur, tandis que le père ou la mère conserve sur sa personne les droits que nous avons étudiés. On comprend combien cette situation est grosse de conflits entre le père ou la mère survivant et le tuteur. Mais, d'un autre côté, les deux pouvoirs se surveillent et se contrôlent réciproquement. Durant le mariage, l'enfant trouvait aide et protection auprès de la mère; le mariage dissous, le conseil de famille, le tuteur, le subrogé-tuteur, succèdent au rôle du conjoint prédécédé et peuvent, par conséquent, déférer aux tribunaux les actes du survivant qui pourraient gravement préjudicier aux intérêts matériels, moraux ou intellectuels de l'enfant.

L'article 373 porte que le père *seul*, durant le mariage, est investi de la puissance paternelle; d'un autre côté, l'article 381 ne parle que de la mère survivante: nous ne dirons cependant pas, avec Proudhon, que la mort *seule* du père investit la mère de ce droit. Malgré l'autorité de ce jurisconsulte, nous pensons, avec la plupart des auteurs, qu'une impossibilité physique ou légale, pour le père, d'exercer la puissance paternelle, la ferait naître immédiatement au profit de la mère. En effet, la puissance paternelle est commune au père et à la mère; si la mère en est privée pendant le mariage, c'est que, le plus souvent, la présence de son mari met obstacle à son droit. Or, si le mari, pour une raison ou pour une autre, perd l'exercice de la puissance paternelle, n'est-il pas logique que la mère le remplace? « *cessante causa, cessat effectus.* »

La loi n'a donc statué que *de eo quod plerumque fit*, elle ne pouvait régler toutes les hypothèses, et l'esprit dans lequel a été conçu notre titre permet de le compléter. La loi a fait du reste elle-même l'application des principes que nous émettons ici. C'est ainsi qu'en cas d'absence elle donne à la mère la surveillance des enfants mineurs et tous les droits qu'avait le mari relativement à leur éducation et à l'administration de leurs biens; c'est ainsi que l'article 2 du Code de Commerce déclare que le mineur émancipé doit avoir soin, avant d'entreprendre un commerce, de se faire autoriser par son père ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père.

Concluons donc de ce qui précède que les articles 373 et 381 ne doivent pas être pris à la lettre, et qu'aujourd'hui, comme autrefois, la puissance paternelle pourra être exercée par la mère, non-seulement à la dissolution du mariage lorsque le père sera mort, mais en outre « dans le cas auquel, pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer. » — Ajoutons qu'il en serait de même si le père coupable d'excitation à la débauche envers ses enfants est, en vertu de l'article 335 du Code pénal, privé de la puissance paternelle.

La dégradation civique n'entraîne point la déchéance de la puissance paternelle, l'article 34 énumère limitativement les déchéances encourues en pareil cas et la perte de la puissance paternelle n'y figure point.

Il n'en est pas de même de l'interdiction légale; il est vrai qu'elle n'anéantit pas le droit de puissance paternelle, mais elle fait perdre à l'interdit l'exercice de ce

droit. Ici, malgré la règle que l'interdit conserve la jouissance, mais non l'exercice de son droit, on peut dire cependant qu'il perd l'un et l'autre; car, dans notre matière, jouissance et exercice ne font qu'une seule et même chose. Il y aura donc, en réalité, suspension de l'exercice et de la jouissance de la puissance paternelle pendant toute la durée de la peine.

L'interdiction judiciaire étant fondée sur une incapacité naturelle qui rend l'exercice de la puissance paternelle aussi impossible que celui de n'importe quel droit, nous devons donner ici la même solution que pour l'interdiction légale. Le même résultat se produira encore si le père, sans être interdit, est admis dans une maison d'aliénés en vertu de la loi du 30 juin 1838.

Revenant à l'art. 335 du Code pénal, nous dirons que le législateur ne punit les ascendants et les tuteurs que lorsqu'il y a eu de leur part vis-à-vis de leurs enfants et pupilles une provocation directe à la débauche et au libertinage. La provocation indirecte, plus commune et non moins dangereuse, est en possession de l'impunité. Il n'en est pas ainsi dans certaines législations, notamment dans le Code prussien : l'ascendant et le tuteur qui n'ont favorisé qu'indirectement par des discours et des actes licencieux la corruption des mineurs en leur puissance, sont dépouillés de cette puissance, ainsi que de toutes ses prérogatives. Le livre 1^{er}, titre IX du Code civil, dit que le père coupable perd les droits de garde, d'éducation, de correction et de jouissance légale. Comme en droit pénal on ne peut pas étendre les termes

de la loi, ni raisonner par analogie, nous en concluons qu'il conserve tous les autres attributs de la puissance paternelle; par exemple, le droit d'émancipation, le droit de consentir au mariage, etc.

Les rédacteurs du Code civil ayant admis la dissolution du mariage par le divorce, réglèrent ainsi la situation des enfants : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne (art. 302). » La loi du 8 mai 1816 a aboli le divorce. Mais on se demande si la séparation de corps, qui en tient lieu, produit l'effet que nous venons de signaler. Nous croyons que toutes les dispositions concernant le divorce s'appliquent à la séparation de corps, à moins d'impossibilité manifeste. Nous admettons donc que les tribunaux, en prononçant la séparation de corps, doivent, par application de l'article 302, confier la puissance paternelle à l'époux demandeur, lorsque ce sera le mari. Mais dans le cas où la séparation de corps est prononcée sur la demande de la femme, nous pensons que l'intérêt des familles et des considérations supérieures d'ordre public réclament que la puissance paternelle soit confiée à un tuteur spécial, qui tiendra la balance égale entre le père et la mère, qui les montrera sans cesse à leurs enfants comme dignes de leur amour et de leur respect, et qui s'estimera heureux de

rapprocher l'un de l'autre les auteurs de leurs jours, et de pouvoir remettre intacte au père l'autorité dont il aura eu temporairement l'exercice (1).

Dans toutes les hypothèses que nous venons de parcourir, comme il n'y a pas, excepté le cas d'absence, d'articles formels investissant de plein droit la mère de la puissance paternelle effective, il faudrait admettre que les tribunaux constateraient d'abord l'état d'impossibilité où est le père d'exercer cette puissance, afin d'éviter toute usurpation de la part de la mère. Or, il n'est pas nécessaire, comme nous l'avons déjà vu, que la mère soit veuve pour devenir le chef de la famille; mais nous rappelons aussi qu'elle n'exercera alors la puissance paternelle que dans les limites qui lui sont assignées par la loi quand elle l'exerce de son chef. Souhaitons, en terminant, que le législateur fasse disparaître toute distinction offensante pour la mère et lui permette, chaque fois que l'autorité maritale ne s'y opposera pas, d'exercer par rapport à la personne, comme par rapport aux biens des enfants, les mêmes droits que le père.

(1) De Bonald, Du Divorce au dix-neuvième siècle, page 192.

APPENDICE

De la puissance paternelle sur les enfants naturels.

Nous n'avons pas à reproduire ici les conséquences de la distinction faite en droit romain entre les *liberi naturales* et les *liberi legitimi*, nous laissons aussi de côté l'étude du droit de bâtardise ou négation des droits de l'enfant naturel sous l'ancien régime. Nous nous bornerons à indiquer quelles sont, parmi les dispositions que nous venons d'étudier sur la puissance paternelle concernant les enfants légitimes, celles applicables aux enfants naturels.

Reconnaissons tout d'abord que les rédacteurs, en face des traditions injustes du passé, à l'égard des enfants naturels, en face des dispositions trop favorables édictées par le droit intermédiaire, ont senti le besoin d'innover et de se tenir à égale distance d'une sévérité exagérée et d'une bienveillance trop grande, reconnaissant que dans le premier cas on outrageait la nature et dans le second on portait atteinte à la sainteté du mariage, au respect dû à la famille légitime.

Mais en faisant cette heureuse innovation, ils n'ont pas su nous en indiquer toutes les conséquences. De l'insuffisance de la loi naît cette question préliminaire : faut-il reconnaître en principe aux père et mère naturels une puissance égale à celle des père et mère légitimes, convient-il de l'étendre ou, au contraire, de la restreindre ?

Se plaçant surtout au point de vue de l'intérêt de l'enfant, et reconnaissant que de cette situation anormale pouvait naître des embarras plus sérieux pour le père naturel que pour le père légitime, qu'il pouvait y avoir du côté de l'enfant une insubordination sourde et continuelle, un certain nombre d'auteurs ont proposé d'armer de droits plus absolus ce père dont l'enfant était porté à méconnaître l'autorité.

D'autres, au contraire, comparant le mariage au fait illicite qui a eu pour résultat la naissance de l'enfant, et faisant de la puissance paternelle une sorte de récompense, trouvent logique de diminuer les pouvoirs du père naturel,

Les partisans de ces deux premières opinions se sont placés à un point de vue beaucoup trop exclusif ; de là leur erreur. Les uns, en effet, n'ont songé qu'à l'intérêt de l'enfant et les autres l'ont trop peu ménagé ; ces derniers se sont trop uniquement préoccupés de la seule idée de déchéance à imposer au père naturel. La vérité est entre ces deux opinions ; suivant nous, l'intérêt de l'enfant exige que la puissance paternelle naturelle soit, autant que possible, égale à la puissance paternelle légitime. — Examinons les points sur lesquels il ne peut y avoir doute.

Il est bien évident, tout d'abord, que l'article 203 est applicable aux père et mère naturels ; le fait de la filiation une fois reconnu, que cette filiation soit légitime ou naturelle, entraîne toujours cette conséquence qu'il faut nourrir, entretenir et élever l'être auquel on a donné le jour. « L'abandon absolu des enfants natu-

rels, a dit Portalis, serait contre l'humanité. » Cette vérité a été reconnue de tout temps. « *Matrem cogemus vulgo quæsitos liberos alere, nec non ipsos eam,* » disait le droit romain (L. 5, § 4, Dig. *De agnosc. et alend., lib.*). Dans l'ancien droit français, on jugeait, nous dit Loysel, que « qui fait l'enfant doit le nourrir. »

Peut-être on pourrait dire aussi que l'obligation dont nous parlons prend naissance dans l'article 1382, qui oblige l'auteur d'un fait dommageable à le réparer. — On peut encore tirer un argument de l'article 765 qui établit le droit des enfants naturels à la succession de leurs père et mère.

En retour, l'enfant naturel, comme l'enfant légitime, sera soumis toute sa vie au devoir d'honneur et de respect envers ses père et mère. N'est-ce pas la conséquence la plus générale que l'on puisse tirer de cette autorité conférée par notre Code aux parents sur leurs enfants naturels reconnus? Il est d'autres conséquences; par exemple, le droit pour les père et mère naturels de consentir au mariage de leurs enfants ou d'y former opposition, conséquences sur lesquelles la loi ne nous laisse aucun doute (art. 158, 159, 147, 149, etc.).

Pour l'enfant naturel comme pour l'enfant légitime, ces obligations se prolongent au-delà de sa majorité ou de son émancipation.

Mais le droit de garde, d'éducation, de correction et d'administration des biens appartient-il aux père et mère naturels, et dans quelles limites? Ce sont là tout autant de points sur lesquels notre plan forcément restreint ne nous permet pas d'insister. Toutefois, afin d'être

conséquent avec ce que nous avons dit plus haut, nous croyons que tous les droits que la puissance paternelle confère, tous les devoirs qu'elle impose aux père et mère légitimes, sont communs aux père et mère naturels. Cette interprétation est confirmée, en ces termes, par M. Réal, dans son discours au corps législatif : « Le législateur, qui a reconnu que la puissance paternelle, *uniquement fondée sur la nature*, ne reçoit de la loi civile qu'une confirmation, a dû, pour être conséquent, accorder aux père et mère naturels qui ont reconnu leur enfant *une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime.* »

CONCLUSION

Montesquieu, dans ses *Lettres Persanes*, s'incline devant la profonde sagesse des législateurs qui ont donné aux pères une grande autorité sur leurs enfants. « Rien, suivant lui, ne soulage plus les magistrats, » rien ne dégarnit plus les tribunaux, rien ne répand » plus de tranquillité dans les états, où les mœurs font » toujours de meilleurs citoyens que les lois. C'est de » toutes les puissances celle dont on abuse le moins ; » c'est la plus sacrée de toutes les magistratures ; c'est » la seule qui ne dépend pas des conventions, qui les » a même précédées..... Les familles sont mieux ré- » glées dans les pays où l'on met dans les mains pater- » nelles plus de récompenses et de punitions ; les pères

» sont l'image du créateur de l'univers : quoiqu'il puisse
» conduire les hommes par son amour, il ne laisse pas
» de les attacher encore par la crainte et par l'espé-
» rance. »

Environ à la même époque, l'illustre d'Aguesseau, l'honneur et l'oracle de la magistrature française, s'élevait avec force dans ses éloquents plaidoyers contre les atteintes portées à la puissance paternelle. Comment vent-on, a dit M^{me} de Staël, que l'enfant qui ne respecte pas la puissance paternelle que la nature institue, respecte le pouvoir que fondent la politique et les lois ! C'est donc au sein de la famille qu'il faut rappeler les mœurs qui font aimer l'autorité publique et privée, qui détachent l'homme du culte exagéré de lui-même pour le rendre aux sentiments du devoir et d'une juste obéissance.

Certains publicistes prétendent que le Code civil, en désarmant le pouvoir du père, a favorisé cet instinct d'indépendance qui caractérise les générations nouvelles. Est-il bien vrai que le sentiment du respect s'efface dans la famille ? Nous n'avons pas à examiner cette question ; mais nous estimons que les rédacteurs du Code ont sanctionné le pouvoir paternel sans l'exagérer, et protégé l'enfant sans pour cela l'émanciper ni trop tôt, ni trop brusquement. Leur œuvre, à notre avis, ne saurait être avantageusement révisée dans son ensemble.

Mais, en même temps que les années s'écoulent et que les générations se succèdent, il surgit des besoins nouveaux qui nécessitent de nouveaux remèdes et s'im-

posent aux justes préoccupations du législateur vigilant. C'est ainsi qu'il s'est occupé plusieurs fois de l'importante question du *travail des enfants dans les manufactures*, et personne assurément ne se plaindra de cette nouvelle restriction apportée à l'autorité paternelle. La loi de 1841 était incomplète ; car, outre qu'elle n'organisait pas d'inspection, elle permettait aux enfants d'entrer dans les ateliers à l'âge de huit ans. M. Jules Simon, dans un remarquable ouvrage où il examine cette question, montre combien il est dangereux pour la famille et pour la société de permettre à l'enfant d'user ses forces et sa faible énergie à un âge où le développement physique est presque nul. Aux termes de l'article 2 de la loi du 19 mai 1874, les enfants ne pourront être employés par les patrons avant l'âge de douze ans révolus. Néanmoins, il y a des cas où ils peuvent travailler à un âge plus tendre, comme aussi la limite s'étendra jusqu'à seize ans pour certaines industries. Les enfants de dix à douze ans peuvent être employés dans certaines manufactures indiquées par la loi, sauf dans la papeterie. D'autres travaux dangereux et difficiles sont interdits jusqu'à l'âge de seize ans, notamment les travaux dans les mines et carrières, l'abattage et le poisage. Il en est de même du graissage et du nettoyage des machines. Les enfants de douze ans ne pourront être employés plus de douze heures par jour, et en intercalant des repos.

Le législateur s'est aussi préoccupé du travail intellectuel. Nul enfant ne pourra être désormais employé par un patron que tout autant qu'il sera constaté que

cet enfant fréquente une école publique ou privée. L'instituteur sera tenu de délivrer dans ce but un certificat de présence. Les filles âgées de moins de vingt-un ans ne pourront être employées par les patrons les dimanches et jours fériés. Elles ne seront pas employées non plus durant la nuit. Dans cette dernière disposition, le législateur s'est inspiré des raisons supérieures de morale et d'ordre public. Il importe, en effet, que l'atelier où travaille la jeune fille soit respecté et ne devienne pas pour elle un lieu de perdition, d'où elle ne rapporterait dans le sanctuaire de la famille que des germes de corruption et de vices.

Des inspections seront faites pour s'assurer si toutes les prescriptions de la loi sont observées. Les inspecteurs constateront les certificats d'assiduité délivrés par les instituteurs. L'expérience ne justifie que trop cette intervention du pouvoir social, et l'on voit encore des parents égarés refuser de se soumettre aux prescriptions de la loi, qui, plus prévoyante que leur tendresse, veut restaurer la vie de famille par l'amélioration matérielle et morale de l'ouvrier.

L'assemblée nationale, toujours soucieuse des intérêts de l'enfant, a voté encore deux lois pour améliorer son sort; l'une est à la date du 7 décembre, l'autre à la date du 23 décembre 1874.

La première qui n'a point été votée sans des difficultés de toute nature, est relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. « Tout individu, y est-il dit, qui fera exécuter par des enfants de moins de seize ans des tours de force péril-

leux, ou des exercices de dislocation ; tout individu autre que les père et mère , pratiquant les professions de saltimbanque, montreur d'animaux ou directeur de cirque, qui emploiera dans ses représentations des enfants âgés de moins de seize ans , sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 16 à 200 fr. La même peine sera applicable aux pères et mères exerçant les professions ci-dessus désignées , qui emploieraient dans leurs représentations leurs enfants âgés de moins de douze ans (art. 1). Les pères et mères pourront, en outre, être privés des droits de la puissance paternelle (art. 2).

L'autre loi , celle du 23 décembre 1874, a été votée sur la proposition de M. Théophile Roussel , député de la Lozère. Elle a pour but d'arrêter les progrès toujours croissants de la mortalité des nouveaux-nés. L'article 1 dispose que tout enfant âgé de moins de deux ans , placé, moyennant un salaire, en nourrice, en sevrage ou en garde, hors du domicile de ses parents, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé. Mais comme il importe, dans un intérêt humanitaire, de se préoccuper du propre fils de la nourrice, il a été décidé que toute personne qui voudrait se placer comme nourrice, devrait se procurer un certificat du maire constatant que son enfant est encore vivant, et qu'il est âgé de moins de sept mois. Les nourrices sont soumises au contrôle d'un comité placé sous la surveillance du préfet, et dans le sein duquel figurent deux membres du conseil général et deux mères de famille.

Toute personne qui a reçu un nourrisson est tenue d'en faire la déclaration à la mairie dans les trois jours de l'arrivée de l'enfant, de déclarer la remise de l'enfant à ses parents ou à une autre personne, et, s'il y a lieu, de communiquer à qui de droit la mort de l'enfant, dans le délai de vingt-quatre heures. Nul ne peut exercer la profession d'*intermédiaire* pour placer les enfants en nourrice. Comme compensation de cette minutieuse réglementation, les nourrices, pour le paiement de leurs mois de nourrice, ont une créance privilégiée.

C'est par l'exposé succinct de ces quelques lois restrictives de la puissance paternelle, que nous terminons la modeste étude qui fait l'objet de ce travail. Nous nous sommes borné à l'étude de ce pouvoir domestique d'où dépendent tant d'intérêts divers; encore, il faut le dire, avons-nous été très-incomplet. Bien des questions ont dû être omises, qui ne se rattachaient qu'indirectement à notre sujet; quelques autres ont été à peine effleurées qui nous eussent entraîné trop loin. On nous pardonnera, nous l'espérons, en faveur de nos efforts. La carrière que nous devons parcourir était vaste; nous avons à suivre la puissance paternelle depuis le sombre despotisme de l'ancienne Rome jusques et y compris l'autorité bienfaisante telle que l'a établie notre législation actuelle dans le sanctuaire domestique.

Nous avons tâché de rester autant que possible dans notre sujet, et s'il nous est arrivé d'aborder certaines matières qui semblaient s'y rattacher d'une façon moins intime, c'est que de leur développement dépendait l'intelligence d'autres points de doctrine nécessaires à ex-

poser. D'ailleurs tout ce qui se rattache à la famille est si profondément gravé dans notre cœur, qu'il nous est indispensable d'aller y puiser la plupart des notions que le Code le plus parfait serait impuissant à nous donner. Comme le dit fort bien M. Troplong, ce n'est pas la loi qui a fait la famille. Elle peut sans doute l'organiser ; mais elle ne fait alors que travailler sur le fonds que la nature lui a donné, où elle est d'autant plus parfaite, qu'elle se rapproche davantage de ces lois immuables, innées, que le Créateur a gravées dans nos cœurs. Rappelons donc en terminant, que la puissance paternelle prend sa source première dans le droit naturel, et appliquons-lui ces éloquents et célèbres paroles de Cicéron prononcées, il est vrai, à l'occasion du droit de légitime défense, mais qui peuvent être étendues à tout principe de la loi naturelle : « *Hæc est non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus ; verum ex naturâ ipsâ arripuimus, hausimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti sed imbuti sumus.* »



POSITIONS

DRÔIT ROMAIN

I. Les enfants qu'un citoyen romain a sous sa puissance au moment où il se donne en adrogation, subsistent comme lui la *minima capitis deminutio*.

II. Tant qu'il n'y a pas quasi tradition de la part du propriétaire, il ne peut résulter des pactes et stipulations un véritable droit réel d'usufruit ou de servitude prédiale.

III. La *litis contestatio* n'opère pas novation.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

I. La première rédaction de la loi salique a été orale : ses textes glosés sont antérieurs aux textes non glosés.

II. Le servage puise son origine dans la confusion des *lites* avec les colons.

III. Les institutions contractuelles remontent au droit germanique.

CODE CIVIL

I. La possession d'état doit être admise comme preuve de la filiation naturelle.

II. Les actes que le mineur a faits seul et sans l'assistance du tuteur, ne sont nuls qu'en cas de lésion. Mais le mineur doit être assimilé à un majeur quant aux actes faits par lui valablement avec l'assistance de son tuteur. Enfin, pour les actes qui requièrent d'autres formalités que l'assistance du tuteur, ils sont radicalement nuls, s'ils ont été faits sans cette assistance.

III. Les meubles incorporels doivent être rapportés en moins prenant.

PROCÉDURE CIVILE

I. Pour se porter intervenant, il faut avoir un intérêt né et actuel.

II. Il peut arriver qu'une intervention soit recevable, encore bien qu'elle ne porte pas sur l'objet de la contestation primitive : c'est lorsque cette intervention est connexe, dans sa cause, avec les débats de cette contestation.

III. La tierce-opposition principale, à la différence de l'intervention, n'est dispensée du préliminaire de la conciliation qu'à raison de son but ordinaire, et de son utilité commune qui tend à arrêter l'exécution d'un jugement obtenu.

DROIT CRIMINEL

- I. L'interdit légalement peut disposer par testament.
- II. Les circonstances qui aggravent le fait qu'il s'agit de punir étendent leurs effets aux complices, lors même qu'elles dérivent de qualités personnelles à l'auteur principal.
- III. Le jury est, dans certains cas, juge d'une question de droit.

DROIT COMMERCIAL

- I. Il n'entre dans les comptes-courants que les valeurs que l'intention probable des parties était d'y faire entrer.
- II. Celui qui a reçu un endossement de procuration a le droit de céder la propriété de l'effet par un endossement translatif.
- III. La preuve écrite du contrat d'assurance sera exigée *ad solemnitatem*.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

- I. Le fait d'imposer un cautionnement à tout journal qui se fonde n'est pas une mesure vexatoire et anti-libérale.

II. La prise à partie n'a point été atteinte par le décret du 19 septembre 1870.

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

DROIT DES GENS

I. L'intervention de la part d'un état dans les affaires soit intérieures, soit extérieures d'un autre état, doit être admise dans certains cas.

II. Lorsque le mari change de nationalité pendant le mariage, la femme n'est pas obligée de suivre la nouvelle nationalité que choisit son mari : en revanche, la femme ne peut changer de nationalité sans l'autorisation de son mari.

III. L'extradition doit être considérée dans les relations internationales comme une nécessité. Cette théorie est préférable à celle qui admet la répression de la part du pays dans lequel s'est réfugié le coupable.

ÉCONOMIE POLITIQUE

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

II. La liberté commerciale et l'absence de toute entrave douanière à la frontière est la meilleure condition

d'un peuple pour la production, l'échange et la consommation, pour l'accroissement de sa richesse, pour le maintien de la paix, pour les progrès de la civilisation.

Vu par le Président de la Thèse,

C. GINOULHIAC.

Vu par le Doyen,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur,

C. CHAPPUIS.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Cette Thèse sera soutenue, en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

De la *Patria potestas*.

Généralités.	9
I. — Sources de la puissance paternelle.	15
1° Justes noces.	15
2° Légitimation.	19
3° Adoption.	24
II. — Principaux effets de la <i>patria potestas</i>	27
1° Droit de vie et de mort; droits de correction et de garde.	27
2° Droit au respect.	43
3° Droit de consentir au mariage.	47
4° Droit de choisir un tuteur testamentaire.	53
5° Droit d'exhérédation.	58
6° Droit du père sur les acquisitions des enfants.	71
III. — Modes d'extinction de la puissance paternelle.	77

DROIT FRANÇAIS

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

Droit ancien.	91
Code civil. — Division du sujet.	107
I. — A qui appartient la puissance paternelle.	108

II. — Principaux attributs de la puissance paternelle.	113
1° Droit au respect.	113
2° Obligation de nourrir, entretenir et élever.	116
3° Droit de garde.	119
4° Droit de correction.	122
5° Obligation alimentaire.	131
6° Droit de choisir un tuteur testamentaire.	135
7° Droit d'émancipation.	137
8° Droit de consentir à l'adoption.	142
9° Droit de consentir au mariage et d'y former op- position.	144
III. — Participation de la mère à la puissance paternelle.	149
1° Ses pouvoirs pendant que le père exerce la puis- sance paternelle.	149
2° Ses pouvoirs quand le père vient à manquer.	154
Appendice. — De la puissance paternelle sur les enfants naturels.	164
Conclusion.	167
Positions.. . . .	174

