

20.012

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. BENOIST D'ETIVEAUD

(Pierre-Henri-Bernard).



TOULOUSE

IMPRIMERIE DE J. DUPIN, RUE DE LA POMME, 14.

1845

50013
BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE TOULOUSE

THÈSE



LE DOCTORAT

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE.

PAR M. BENOIST-ETIENNE

(Pierre-Benoist)

A MON PÈRE.

Amour et Reconnaissance.



TOULOUSE

IMPRIMERIE DE J. DURIX, RUE DE LA POMME, 14.

1843

JUS ROMANUM.

De Peculiis.

I.

Generalia de patriâ potestate apud Romanos.

Quum nobis sit disserendum de peculiis filiorum familias quæ antiquæ parentum potestati in liberos, quoad acquisitionem honorum, novis moribus derogaverunt, operæ pretium est quædam generalia de illâ potestate admodum singulari præmittere. Nam exposito antiquo jure romanæ civitatis, melius videbimus quid institutionum progressus nec non christiana philosophia huic detraxerint, et sic primorum et novissimorum facillima fiet collatio; ex quâ quidem apparebit totâ ratione abhorrere justinianeum jus à jure reipublicæ.

Cæterum est quædam potestas parentibus in liberos naturâ ipsâ permissa atque constituta, quæ apud omnes populos peræquè semper observata est; parentes enim jure naturali liberis alendis et protegendis obligantur, et invicem liberi reverentiam et obedientiam parentibus debent. Sed cum hoc vinculo patria potestas apud Romanos nihil penè commune habet: « Quod jus, ait Gaius, proprium est civium romanorum, ferè enim nulli alii sunt

homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus ». Addit idem commentator, Galatarum quoque gentem credidisse liberos in potestate parentium esse. Ergò illa potestas purè juris civilis erat et adeò lata ut eodem verbo (potestas) jus in servos et in liberos significaretur ; ac proindè filii-familiàs ut servi , alieni juris , soli verò patres-familiàs sui juris dicebantur.

Hanc miram potestatem ascendentibus maribus tantummodo tributam, tempore perpetuam, nec ætate, nec matrimonio liberorum solutam ex legibus regiis oriri ait Papinianus ; quod confirmant fragmenta legum Romuli ubi hæc lex his verbis refertur : Parentum liberos omne jus esto relegandi, vendendi et occidendi. Ulpianus verò existimat oriri ex moribus. Dionysius Halicarnasseus dubitat an jure scripto vel non scripto fuerit inducta. Sunt deniquè qui legi duodecim tabularum ejus originem adscribunt. Hæ sententiæ sibi invicem non adversantur. Multæ enim leges à regibus latæ in consuetudinem et jus moribus receptum faciliè transierunt post reges expulsos, et à decemviris in duodecim tabulis transcriptæ sunt.

Quocumque modo res se habeant, nobis scire sufficiat hoc jus ex barbarie temporum ortum esse, fuisseque quasi lapidem angularem romanæ societatis. Credo etiam fuisse principium hujus stupendæ potentiæ ad quam civitas pervenit : quippe cum mores et facta majorum traditione perpetuâ ad posteris perpetuarentur, studiumque novi statûs non faciliè ingrederetur animos juventutis.

Videamus nunc quibus et in quos hæc potestas compete-
bat : et primò, ut jam diximus, soli paren-
tes masculini sexûs eam habebant, non autem fæ-
minæ quæ nunquam liberos habebant in potestate.

Item nemo liberos in potestate habere potest nisi
sit civis romanus, quod sequitur ex eo quod dixi-
mus jus proprium esse civium romanorum. Quâ
ratione Ulpianus scripsit : Neque peregrinus civem
romanum, neque civis peregrinum in potestate
habere potest.

Hoc jus solis ascendentibus sui juris compete-
bat. Unde hæc regula : qui in alterius potestate est ne-
minem habere potest in suâ potestate. Unus ascen-
dens in quaque domo illud exercebat.

Cæterum in liberos cujusque gradûs et sexûs
compete-
bat, scilicet per masculos descendentes.
Nam qui ex filiabus nascebantur in potestate avi
non erant, quia qui nascuntur patris non matris
familiam sequuntur, unde dictum est mulierem esse
familiæ suæ caput et finis.

Omnes qui hoccemodo sub potestate unius as-
cendentis positi erant familiam civilem compone-
bant et vocabantur agnati. Alii autem qui tan-
tummodo per fæminas jungebantur, cognati erant
et eorum familia dicebatur naturalis.

Addendum est jure antiquo etiam fæminas fuisse
aliquando in potestate virorum, scilicet cum per
usucapionem aut coemptionem aut confarreationem
in manum convenerant, et hoc modo uxor quasi
mariti filia videbatur esse. Sed hoc jus jam tem-
pore Gaii jurisconsulti ut ipse refert in suis com-

mentariis, partim exoleverat, et illius in jure justiniano non apparet vestigium.

Quomodo autem patria potestas constitueretur non difficile est dicere, nam cum civile vinculum esset, solis modis civilibus constitui poterat; qui modi erant justæ nuptiæ, sive matrimonium romanum, adoptio et legitimatio.

Hujus potestatis duo sunt præcipui effectus, alter quoad personam, alter quoad bona liberorum. Primus est ut pater de personâ liberorum tanquam de re suâ possit ad arbitrium disponere; secundus, ut quidquid liberi adquirant patri adquiratur.

De potestate patris in personam liberorum pauca dicemus, cum sit hoc extra subjectam materiam. Igitur vitæ necisque in liberos potestas erat; poterat quoque pater eos vendere aut exponere; hujus juris mentio est in lege duodecim tabularum. Historia nobis refert non semel filium judicatum esse à patre morteque damnatum. Quid Brutum et Manlium Torquatum dicam? Sed hæc potestas contra leges naturæ, amore paterno, moribus et legibus paulatim exolevit. Jus venundandi pariter sublatum est, nec præterquam in casu extremæ necessitatis parentibus servatum. Non potuerunt quoque novissimo jure exponere liberos nisi in casu extremæ necessitatis et sanguinolentos.

Quoad bona, similia jura in filium et in servum patri competebant. Filius enim nihil suum habere poterat, cum esset ipse quasi res patris, nihil acquirere nisi patri: pater et filius una eademque persona censebantur. Habere quidem filius pecu-

lium poterat cum ei pater permetteret partis bonorum suorum administrationem, sed sicuti servus precariter illud possidebat; quod quidem, ut aiunt jurisconsulti, arbitrio patris nascitur crescit, decrescit, moritur. Nobis est dicendum quæ derogationes huic juri antiquo quoad filium successerint: quoad servum autem idem jus semper mansit, servusque omni tempore instrumentum acquisitionis fuit domino ejus.

Cæterum diversa peculia filiis-familiâs jure imperatorum tributa sunt, præter hoc antiquissimum quod dicebatur profectitium, quia ex rebus patris proficiscebatur. Quæ tria numerantur, castrense scilicet, quasi castrense et adventitium. De quibus singulis, singulis sectionibus dispiciemus; et primo loco de peculio profectio, quod est, ut diximus, vetustissimum, disseremus.

SECTIO I.

De Peculio profectio.

Et pauca de hoc peculio dicemus, quum hoc jam notum fecerimus et eodem jure diversis temporibus fuerit constitutum. Igitur pater hujus peculii, veluti peculii servorum, habebat semperque habuit dominium. Sed cum libera administratio rerum quibus componebatur filio permetteretur, consequens fuit ut de hoc negotiari filius posset; atque ideo prætores, æquitate moti, actiones de peculio

et de in rem verso adversus patrem et dominum invenerunt, de quibus in commentario quarto Gaii satis abundeque disseritur. Verba jurisconsulti quæ nulla observatione indigent nobis videntur hic transcribenda : « Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem patris dominive versum erit, ut quamvis sine voluntate patris dominive negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur. In rem autem patris dominive versum intelligitur, quidquid necessariò in rem ejus impenderit filius servusve : veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem ut puta sestertiis quæ servus tuus à Titio mutua accepit, creditori tuo quinque sestertia solverit, reliqua vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes ; pro cæteris vero quinque eatenus quatenus peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si tota decem sestertia in rem tuam versa fuerint, tota decem sestertia Titium consequi posse ; licet enim una est actio qua de peculio, deque eo quod in rem patris dominive versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur ante dispicere solet an in rem patris dominive versum sit ; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem

patris dominive versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur quantum in peculio sit, ante deducitur quod patri dominove, quique in potestate ejus est à filio servove debetur, et quod superest hoc solum peculium esse intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet filius servusve qui in potestate patris dominive est, non deducitur ex peculio: velut si is cui debet in hujus ipsius peculio sit. » Hæc ultima verba, ait Justinianus; eò pertinent ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

Peculii profectitii, ut jam diximus, filius administrationem et nudam detentionem tantummodo habebat. Attamen cum emancipabatur à patre sine mentione peculii profectitii, ei videbatur datum esse. Pater qui filiæ quam habebat in potestate mancipia donavit et peculium emancipatæ non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse (l. 31, p. 2, dig. *de donat.*)

SECTIO II.

De Peculio castrensi.

Peculium profectitium quod patriæ potestati minimè derogabat, et ideo non videbatur posse propriè dici peculium, principio solum notum fuit. Sed regnante Augusto, orta sunt alia peculia in quibus diversa jura filiis-familiâs tributa sunt, hi certam partem bonorum à patrimonio ascenden-

tium separatam habere incipiunt. Peculium dictum est enim quasi pusilla pecunia, sive pusillum peculium (loi 5, § 3, *de pecul.*). Supradictus princeps quum sibi omnes qui se armis addicunt vellet conciliare, filiis-familiâs dominium peculii castrensis, id est omnium bonorum in militiâ acquisite daturumve proficiscentibus concessit. Igitur filii-familiâs quoad illud peculium pro patribus-familiâs habiti sunt, vice patrum-familiâs functi sunt. Hujus mentio est apud Juvenalem, satyr. fin., his verbis :

..... quæ sunt parta labore

Militiæ, placuit non esse in corpore censûs

Omne tenet cujus regimen pater.

Circa hoc peculium hæc duo videbimus, 1^o quæ in eo contineantur, 2^o quid sit in hoc, jus tam filii-familiâs quam patris.

I. Peculium castrense est quod patres aut matres aut alii cognati in militiâ agenti donaverunt, vel quod adquisivit in militiâ ipse filius-familiâs, quod adquisiturus non fuisset, nisi in militiâ esset.

« Nam quod erat et sine militiâ adquisiturus, id peculium jus castrense non est. » (L. 1, dig., lib. 2, *de re militari*).

Interest autem quid à parentibus donatum fuerit. Hinc Alexander imperator : si filius-familiâs fuisti et res mobiles vel se moventes, quæ castrensis peculii esse possunt, donatæ tibi à patre sunt ; eas quoque in cætero peculio castrensi non com-

munes cum fratribus tuis habes. Prædia tamen licet eunti tibi in castra filio pater donaverit, peculii tamen castrensis non sunt. Diverso jure ea prædia habentur, quæ ex occasione militiæ filiis-familiâs obveniunt; hæc enim peculio castrensi cedunt.

Item interest in quibus circumstantiis parentes donaverint, nam « miles præcipua habere debet quæ tulit secum in castra, concedente patre. » (L. 15, Pap. lib. 35 *quæstionum*).

Hæ distinctiones servantur quidem quum parentes, cognati affinesve donaverunt, non quum is donavit aut reliquit qui occasione militiæ duntaxat notus erat; quia scilicet, in his circumstantiis, facile præsumitur solummodo causâ militiæ donatum aut relictum esse.

Hinc imperator Alexander: peculio castrensi cedunt res mobiles quæ eunti in militiam à patre vel à matre aliisve propinquis vel amicis donatæ sunt; item quæ in castris occasione militiæ quærentur; in quibus sunt etiam hæreditates eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiæ occasionem etiamsi res immobiles in his erunt. »

« In castrensi vero peculio prædium donatum (ab eo qui aliunde quam ex militiâ notus est) non esse constat; quamvis empta ex castrensi peculio prædia ejus conditionis efficiantur. (Lex 1. Cod. 1237).

Sed et quod commilito donat aut reliquit, quamvis aliunde quam ex militia notus fuerit, facile intelligitur contemplatione militiæ donasse, peculioque castrensi cedit. Quod ita obtinet si in

eodem loco donator et donatarius militant. Cæterum « hæreditatem castrensi peculio non videri quæsitam, respondi, quam frater patruelis in alia provincia stipendia merens, fratri patrueli cum quo nunquam militavit, reliquit. Sanguinis etenim ratio non militiæ causa meritum hæreditatis accipiendæ præbuerat. » (Lex 16, § 1. Pap. lib. 19 *resp.*)

Quum autem quæritur an quis, contemplatione militiæ militi donaverit, non tam inspicitur quod expressit quàm quod revera voluit: et si castrensis notitia vel affectio non fuerit, donatum castrensi peculio non cedit. Unde patet non posse videri contemplatione militiæ filio-familiâs militi datum quod ei in dotem datum est.

Est etiam peculii castrensis quidquid rebus hujus peculii accedit et consolidatur, quidquid ex rebus castrensibus acquiritur. Hinc, si servus peculii quod ad filium spectat, ab extero stipuletur aut per traditionem accipiat, res ad filium pertinebit. Hinc etiam « si servus peculii castrensis à quocumque sit hæres scriptus, jussu militis adire debet hæreditatem: eaque fiet bonorum castrensis peculii. » (Lex 19, § 1. Tryph. lib. 18, *disput.*)

II. Videamus nunc quid sit jus tam filii-familiâs quam patris in peculio castrensi.

Quoniam filius-familiâs, quoad hoc peculium vice patris-familiâs fungitur, sequitur eum in hoc habere plenissimum jus; æque ac pater-familiâs in rebus suis. Igitur vindicationes horum bonorum solo filio competunt, et si hæreditas obveniat ces-

sura peculio castrensi, adire poterit filius citrà jussum patris et ejus creditores recte adversus eum desiderabunt sibi ex his bonis satisfieri.

Quum plenum et integrum jus filio competat, contrà, pater nullum jus in hoc peculio habere videtur quamdiu filius vivit. Itaque ei adimere peculium castrense pater, nec emancipando nec dando in adoptionem potest. Unde sequitur occasione hujus peculii patrem minimè inquietari posse creditoresque filii non posse agere adversus patrem actione de peculio.

Hæ regulæ partim in præmio tit. XII Institutionum Justinianearum, *Quibus non est permissum facere testamentum*, scriptæ sunt his verbis : « Ex hoc intelligere possumus quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque, patre mortuo, cum fratribus commune esse; sed scilicet proprium ejus esse qui id in castris adquisierit, quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur. »

Quoniam filius dominus est peculii castrensis, illud donare inter vivos sine dubio potest; sed quoad testamentum aliquæ observationes necessariae sunt.

Quum factio testamenti activa esset apud Romanos juris publici, non privati, consequens erat solos quibus concessa lege aliquâ erat, eam habere; quippe cum in principio testamenta calatis comitiis

conderentur sicut ipsæ leges. Ergo, quamdiù mansit respublica propriè dicta, duo rationes impediunt quominus filii-familiâs testarentur : prima quod non haberent testamenti factionem activam ; secunda, quod patrimonio carerent, nec ob id facere testamentum possent quum testamentum sit lex privata de alicujus patrimonio. Sed cum imperatores filiis-familiâs dominium bonorum in militiâ acquiritorum tribuissent, consequens fuit ut testamenti quoque factionem eis darent. Et hoc ita exprimitur in præmio tituli XII Institutionum Justinianearum :

« Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeò quidem ut quamvis parentes eis permiserint, nihilò magis jure testari possint : exceptis videlicet iis quos antea enumeravimus et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani ; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militiâ, id est veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de peculio castrensi testamentum, pertinebit hoc ad eum quem hæredem reliquerint ».

Nam quemadmodum in peculio castrensi pater superstite filio nullum jus habet ; ita et post ejus

mortem, quum de eo disposuit, nullum jus in eo sibi vindicare pater potest :

« Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum *jure communi* pertinebit. » (Ibid.)

Post mortem enim filii qui de peculio castrensi non disposuit, pater retrò creditur hujus semper fuisse dominus.

Sunt tamen qui hæc verba, *jure communi*, aliter interpretantur, et credunt Justinianum de jure communi successionum, non de jure peculii loqui. Peculium enim, inquiunt, patri conceditur nullis liberis vel fratribus superstitibus ; undè sequitur jus patris, Justiniani tempore, non esse privilegium patriæ potestatis, esse autem acquisitionem jure communi successionum, tertio ordine, nullis liberis vel fratribus superstitibus. Et sic sentio.

Valdè autem interest an pater intestati filii bona castrensia obtineat, an ipse filio ex ejus testamento hæres existat.

Nam « pater qui castrense peculium intestati filii retinebit, æs alienum intrà modum ejus, et annum utilem jure prætorio solvere cogitur. »

« Idem si testamento scriptus hæres extiterit, perpetuò jure civili, ut hæres convenietur. » (Lex 17, Pap. lib. 2 *definitionum*).

SECTIO III.

De Peculio quasi-castrensi.

Quum peculium castrense ex favore militiæ emergisset, mox favore quorundam munerum, novum peculium in usum venit, dictum quidem quasi-castrense, quia ad imitationem castrensis introductum erat.

Disputant doctores an jure Pandectarum jamjam hoc peculium receptum fuerit; hujus tamen mentio fit in plerisque textibus. Verum hi textus interpolati esse potuerunt à Triboniano, ut ait Balduinus.

Illud certum est, ex constitutione Constantini, omnes palatinos principes quidquid occasione hujus muneris adquisierunt, instar peculii castrensis habere posse. (Lex 1. Cod. 12, 31. *de Castr.*)

Officiales etiam præfecti prætoris hoc jure gaudent; putà scriniarii (custodes actorum) exceptores (id est qui acta notis excipiebant) et cæteri (Lex fin. Cod. 12, 37).

Administratores provinciarum eodem jure utebantur.

Hoc jus advocatis indulcerunt Theodosius junior et Valentinianus III. (Lex 8. Cod. lib. 2, 8).

Ex constitutione Leonis et Anthemii « presbyteris et diaconis permittitur omnia quæcumque dum in clericali sunt, acquirunt instar peculii quasi

castrensis habere, ità ut patri in cujus potestate sunt, hæc non quærantur, nec ea conferre tenèantur et de his possint testari. (Lex 34. Cod. lib. 1, 3, *de episc. et cleric.*.)

Justinianus testamenta de his rebus etiam quærelæ inofficiosi exemit.

Novellâ suâ 123, cap. 9, hoc jus peculii quasi-castrensis porrexit ad subdiaconos, lectores et cantores. Cæterum voluit ut liberi, aut his non extantibus parentes, in his bonis legitimam partem ferant.

Cæterum quæcumque de peculio castrensi dictæ sunt, eadem et de quasi-castrensi dicta esse intelliguntur.

Unum verbum addendum. Quum imperatores Leo et Anthemius solis presbyteriis et diaconis jus testandi de suo peculio quasi-castrensi concessissent, Justinianus hoc constitutione permisit omnibus qui habent talia peculia. Quod nos docet in institutionibus suis (Inst. tit. XI, *de militari testam.*, § 6.

SECTIO IV.

De Peculio adventitio.

Quoad cætera bona quæ filio aliunde quàm à patre-familiâs obveniebant, nec cedebant peculio castrensi, patri quoque usque ad Constantini imperium acquisita sunt, et hoc est quod dicitur in

paragrapho primo tituli IX Institutionum Justinianearum : « Igitur liberi nostri utriusque sexus quos in potestate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis) hoc parentibus suis acquirebant sine ullâ distinctione. Et Gaius, paragrapho 87, commentarii 2 Institutionum suarum, scribit : « Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliâ qualibet causâ acquirant, id nobis acquiritur ; ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo, si hæres institutus sit, nisi nostro jussu hæreditatem nobis acquirat, proindè atque si nos ipsi instituti essemus, et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur. »

Sed Constantinus quartum quoque genus peculii creavit, quod vocatum est adventitium ; quod, ex constitutione hujus imperatoris, omnibus bonis filio-familiâs à matre sive testato sive intestato relicticonflabatur. Pater autem in hoc peculio tantummodo usumfructum habebat, nudâ proprietate penes filium remanente. Verba autem constitutionis sunt hæc :

« Res quæ ex matris successione, sive ex testamento, sive ab intestato, fuerint ad filios devolutæ, ita sint in parentum potestate ut utendi fruendiduntaxat habeant in diem vitæ facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinent, etc. »

Postea imperatores Arcadius et Honorius voluerunt ut eodem jure regeretur quidquid avus, avia,

proavus, proavia, ex maternâ lineâ venientes, nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamento, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam intestati successione conferrent.

Theodosius et Valentinianus, Leo et Anthemius in lucris nuptialibus et sponsalibus idem jus esse voluerunt.

Sed constitutio Justiniani multò magis generalis fuit, quia, ut ait ipse in institutionibus suis, et liberis pepercit et patribus honorem debitum servavit. « Sancitum etenim est ut si quid ex re patris filio obveniat, hoc secundùm antiquam observationem, totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est quod ex patris occasione profectum est hoc ad eum reverti. Quod autem ex aliâ causâ sibi filius-familiâs acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat; dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus vel prosperâ fortunâ accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat. »

Hæc ità disposita sunt, manente scilicet jure supradicto de castrensi et quasi-castrensi peculio cujus plenum dominium penes filium semper fuit.

Quamdã quoque observationem induxit Justinianus de peculio adventitio; cujus ratio in institutionibus ejus exponitur his verbis :

« Hoc quoque à nobis dispositum est et in ea specie ubi parens, emancipando liberum ex rebus quæ acquisitionem effugiunt, sibi tertiam partem retinere si voluerat, licentiam ex anterioribus con-

stitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis; et inhumanum quiddam accidebat ut filius rerum suarum ex hac emancipatione, dominio pro parte tertiâ defraudetur et quod honoris ei ex emancipatione, additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideòque statuimus ut parens, pro tertia eorum honorum parte dominii quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum sed ususfructus retineat: ita etenim res intactæ, apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

Quid autem vult hic ususfructus dimidiæ partis quum scilicet pater jam totius usumfructum habeat. Hoc explanare non difficile est: accipe enim quod totus ususfructus quem pater pro patriâ potestate habet, cum hac potestate sponte demissa desinat. Et tunc nova ratione novus ususfructus dimidiæ partis incipit.

Itaque patria potestas quæ vigeat jure antiquo quoad bona filiorum, magnoperè delapsa est regnante Justiniano; in peculio profectitio enim, id est à patre profecto, hæc potestas intacta remansit, cujus quidem etiam jure Justiniano plenum dominium, permissa precariter filio possessione et administratione, apud patrem-familiâs fuit. Sed filius-familiâs quoad peculia castrensia et quasi-castrensia vice patris-familiâs fungitur habetque plenum dominium, et disponere de his potest sive inter vivos sive testamento. Denique cæterorum bonorum ex quacumque causa obvenientium cedentiumque pe-

culio adventitio, nudum dominium filius-familiâs habet, usufructu tantummodo penes patrem remanente : quod etiam aliquando non habet pater, putà si sub hac conditione bona filio-familias relicta sunt.

Ergo non potest in novo jure dici unam eandemque personam censi patrem et filium-familiâs. Filius propriam personam habet ; familia divisa est, jus antiquæ Romæ abiit.



DROIT CIVIL.

De la Puissance des Pères et Mères sur leurs Enfants naturels reconnus, et de la Tutelle de ces mêmes Enfants.

« L'abandon absolu de l'enfant naturel
serait contre l'humanité. »

PORTALIS.

De la Puissance des Pères et Mères sur leurs Enfants naturels reconnus.

La société se compose de familles ou sociétés particulières. Les principes les plus durables au cœur de l'homme, sont ceux qu'on nous permettra d'appeler *les principes de famille*. Donner à ces sociétés particulières des règles qui permettent au chef de diriger vers le bien ceux qui sont encore vierges de tous vices, est chose importante. Pour améliorer les masses, il faut d'abord agir sur les individus. A ce titre seul, la constitution de la famille méritait de fixer l'attention du législateur. Le législateur a compris quelle était sa mission. Mais en dehors de la famille, il existe des êtres qui, isolés dans la société, sont, par leur isolement même, plus exposés à commettre des fautes : ce sont les enfants naturels. Eux

aussi devaient être l'objet de dispositions particulières. C'est à l'examen de ces dispositions que nous allons nous livrer.

Les seuls mots enfants légitimes, opposés à ceux-ci, enfants naturels ou bâtards, révèlent toute l'importance de la question.

La naissance d'un enfant naturel est, comme on l'a très bien dit, un malheur pour la société, pour la famille et pour l'enfant lui-même. Le législateur ne pouvait prévenir cet événement; mais, par de sages dispositions, il lui était facile de rendre le mal moins grand. Pour cela, il fallait traiter l'enfant naturel avec défaveur, punir en lui la faute de ses parents. Cette mesure est cruelle, injuste même, mais elle était indispensable, *salus populi suprema lex*; avant tout, la famille légitime devait être favorisée. Telle est l'idée générale qui a présidé à la rédaction du titre des enfants naturels.

L'enfant naturel peut être naturel simple, incestueux ou adultérin. Le premier seul peut être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, ou reconnu; les autres ont dû être traités plus sévèrement; la reconnaissance même est prohibée à leur égard.

L'enfant naturel simple est reconnu ou il ne l'est pas. Le premier cas doit seul fixer notre attention.

Les règles de la reconnaissance sont fixées par la loi.

L'enfant naturel, alors même qu'il est reconnu, ne saurait être assimilé à l'enfant légitime; l'intérêt public, la morale le défendent. Ce principe a été

consacré par toutes les législations ; seule, la loi de brumaire an II y a dérogé ; mais elle n'a eu et ne pouvait avoir qu'une existence éphémère. Le mariage, seule source de la famille véritable, devait être encouragé. Au mariage, honneurs et privilèges ; au concubinage, honte et exclusions.

L'enfant légitime fait partie de la famille ; des liens civils l'unissent aux parents de ses père et mère ; il est appelé à leurs successions ; il représente leurs personnes.

L'enfant naturel reconnu est en dehors de la famille ; il est étranger , même aux ascendants de ses auteurs. Il n'existe entre eux aucune obligation. Tous droits à leurs successions lui sont interdits ; ceux qu'il exerce sur les biens de ses père et mère sont très restreints , et la loi lui refuse le titre d'héritier.

Ces distinctions établies, le législateur ne pouvait méconnaître l'existence de l'enfant naturel ; des droits devaient lui être garantis. Ces droits ont été déterminés ; nous ne les énumérerons pas , mais de leur consécration nous devons conclure que certaines relations légales ont été établies entre l'enfant et les père et mère qui l'ont reconnu.

Quelques articles du code viennent à l'appui de notre opinion , et sont une reproduction de la loi de nature.

L'homme à sa naissance est débile et faible ; il doit recevoir d'autrui les secours sans lesquels il ne saurait exister. La vie physique seule ne constitue pas l'homme ; il est en lui un principe intelligent

et moral qu'il faut développer. Abandonné à ses seules forces, il s'égarerait ; un conseil lui est nécessaire. Ce conseil, pour l'enfant naturel comme pour l'enfant légitime, c'est le père.

Il existe des relations entre le père et le fils. Mais quelle est leur nature, leur étendue ? Le père a sur son fils droit de puissance. Mais dans quelles limites ce droit doit-il être resserré ? Ces limites sont-elles les mêmes que celles assignées au père légitime ? En d'autres termes, les dispositions relatives à l'enfant légitime sont-elles d'une manière générale applicables à l'enfant naturel ?

Deux solutions opposées ont été données à cette question.

Des auteurs pensent qu'on doit appliquer aux père et mère naturels les règles tracées pour les père et mère légitimes, sauf les exceptions spécialement indiquées par les textes. D'autres pensent, au contraire, que la puissance conférée aux premiers doit être strictement limitée aux cas prévus implicitement ou explicitement par la loi.

La raison de douter provient du silence de la loi, ou plus exactement de ses dispositions incomplètes ; elle ne pose aucun principe général.

De ces deux opinions, la dernière nous paraît préférable. Dans le doute qui résulte des textes, nous avons, pour les raisons suivantes, jugé plus convenable de décider en faveur de l'enfant naturel.

Nous posons comme principe que l'intérêt de l'enfant doit seul être pris en considération.

La famille légitime est une société établie et réglée par la loi ; elle a pour base le mariage, et pour but la procréation d'enfants qui doivent perpétuer l'existence du père.

La famille naturelle est le résultat d'une association prohibée par les lois divines et humaines ; elle a pour base une faute, et pour but le seul plaisir des sens.

Cette double définition, si elle est juste, suffit pour expliquer les avantages conférés à la famille légitime, et les peines portées contre la famille naturelle.

Le mariage est l'union des esprits et des corps. Les époux contractent un lien que la mort seule peut briser. L'épouse est fière de sa fécondité ; l'époux reçoit le nouveau-né comme un gage d'avenir ; tous deux ils se plaisent à développer en lui ses facultés intellectuelles et morales ; ils exercent une surveillance de tous les jours, de tous les instants. Dans le mariage, le législateur a dû confier à la tendresse des conjoints la surveillance et la direction de leurs enfants, la gestion des biens qui peuvent leur appartenir.

Le concubinage est formé par le seul attrait du plaisir. L'homme et la femme craignent d'aliéner leur liberté. L'estime réciproque, seule base de toute affection durable, ne préside pas à cette union. Ils s'efforcent de cacher à tous les yeux leurs coupables relations. Leur désir le plus cher est la stérilité de leur union. Mais si la nature trompe leurs espérances, si la femme a conçu, bien loin de se réjouir,

ils dissimulent le résultat de leur faute, heureux si, avant sa naissance, l'enfant n'est pas victime d'un crime.

Ce simple exposé nous paraîtrait devoir suffire pour établir la vérité de notre proposition. Des causes différentes ont dû produire des effets différents. Mais à ces diverses considérations, nous pouvons en ajouter d'autres non moins puissantes.

Souvent nous nous plaignons à le reconnaître, le père et la mère de l'enfant naturel s'efforcent de lui rendre douce une existence qu'il a, en quelque sorte, droit de leur reprocher; mais bien souvent aussi le père, se retranchant derrière la loi, repousse un titre qui lui est odieux. Bien souvent la mère, méconnaissant les devoirs les plus sacrés, s'empresse d'éloigner ce témoignage vivant de sa chute; l'enfant est abandonné. Si, dans ces deux cas, nous supposons que l'enfant use du bénéfice de la loi et prouve qu'il est fils de tel père, de telle mère, est-il possible d'accorder à ce père, à cette mère, *malgré eux*, les droits accordés aux père et mère légitimes? Bien plus, est-il possible de reconnaître ces mêmes droits à celui qui, guidé par l'appât du gain, peut s'attribuer une fausse paternité?

L'affirmative ne saurait être admise, et pourtant elle serait une conséquence nécessaire du système que nous combattons, car la loi ne distingue pas.

Ces considérations générales se fortifient encore des dispositions de la loi et même de son silence. Ce silence, qui a lieu de nous étonner, ne peut être attribué à l'oubli, encore moins à l'indifférence; le

motif véritable nous paraît être la matière elle-même.

Chez toutes les nations civilisées, les bâtards ont été vus avec défaveur; mais chez toutes, les institutions n'ont pas été identiques. Maltraités par les lois romaines et par le droit ancien, même par le droit canonique, ils ont été plus favorisés par la loi de brumaire an II; mais les rédacteurs du code ne pouvaient adopter exclusivement l'un ou l'autre de ces systèmes : le premier était contraire à l'humanité, le second à l'ordre social et à la morale publique.

A Rome, le concubinat n'était pas ce qu'il est de nos jours, c'est-à-dire n'ayant d'autre règle que le pur caprice des concubins; il était soumis à des lois, et cependant les enfants nés du concubinat n'étaient pas soumis à la puissance du père. *Qui ex te et uxore tuâ nascitur in tuâ potestate est*, telles sont les expressions restrictives de la loi. Un des effets de la légitimation, fut précisément de placer sous la puissance du père ceux qui, d'après les textes primitifs, étaient *sui juris*. Les enfants nés de la débauche ne pouvaient être sous la puissance du père; ils étaient désignés sous le nom de *vulgò quæsitî*, et à Rome on ne reconnaissait à la mère aucune autorité.

La puissance paternelle chez les Romains était une institution purement civile. Le christianisme fit intervenir le droit naturel, et rendit à la mère sa place dans la famille; mais la condition de l'enfant naturel fut toujours la même.

D'après notre droit ancien, il existait une différence entre les bâtards nobles et les bâtards roturiers. Les premiers avaient une famille; on disait des seconds, *nec genus nec gentem habent*. Les ordonnances de 1600, 1602, 1629, ont eu pour but de rétablir l'égalité; mais toujours en France les bâtards des rois ont reçu les honneurs dus aux princes. Il existe un arrêt du parlement de Paris qui décide que le bâtard peut contracter mariage nonobstant toutes oppositions du père ou de la mère. De cet arrêt, en date du 1.^{er} février 1662, nous pouvons conclure que, d'après le droit coutumier, ou tout au moins d'après la coutume de Paris, les pères et mères n'avaient aucune puissance sur leurs enfants naturels reconnus.

De ce que nous avons dit de la puissance des pères et mères naturels d'après le droit romain et le droit ancien, il ne faut pas conclure que les enfants n'étaient tenus, vis-à-vis de leurs auteurs, à aucune obligation, qu'ils étaient entièrement étrangers les uns aux autres. Une pareille conclusion serait fausse; toujours et nécessairement l'enfant, pour son plus grand intérêt, a dû au moins dans son bas âge obéir aux prescriptions paternelles. A Rome, le préteur, chez nous, le juge, auraient maintenu l'autorité des pères et mères, mais dans de justes limites. A tout âge, l'enfant même naturel doit respect à ses père et mère. La loi de la nature a dû suppléer à l'insuffisance de la loi civile.

Le droit intermédiaire ou loi de brumaire au II eut pour objet d'assimiler l'enfant naturel et l'enfant

légitime, innovation malheureuse dont la conséquence directe était l'abolition du mariage. Toutefois, nous devons constater dans cette loi l'adoption d'une règle depuis longtemps jugée indispensable et reproduite dans nos codes : la recherche de la paternité est interdite.

Les rédacteurs du code avaient à concilier les intérêts opposés de l'enfant, de la famille, de la société. Cette tâche était difficile à remplir; aussi, dans tout ce qui a trait aux enfants naturels, et spécialement dans la matière qui fait l'objet de notre étude, on remarque de fâcheuses lacunes. La cause en est, d'après nous, dans l'impossibilité reconnue de donner à la puissance paternelle des règles générales et certaines. La loi a voulu laisser aux juges le pouvoir de statuer selon les circonstances.

Cette interprétation peut donner lieu à plusieurs objections.

La première est tirée des art. 158 et 383 du code civil; l'un relatif au droit de correction accordé aux pères et mères, l'autre au consentement que doit obtenir des mêmes personnes l'enfant naturel qui veut contracter mariage. Des dispositions contenues dans ces articles, on croit devoir décider qu'aux pères et mères naturels est dévolue la puissance paternelle, et que cette puissance est absolue.

La première conséquence nous paraît juste; jamais nous n'avons eu l'intention de dénier toute puissance aux pères et mères. Il n'en est pas ainsi de la seconde. La puissance paternelle, d'après nous, se divise en deux parties bien distinctes : l'une dé-

férée par la nature même, l'autre par la loi. La puissance paternelle est établie en faveur de l'enfant; mais la loi civile, pour honorer le mariage, accorde aux pères et mères légitimes certains avantages qui ne peuvent être conférés aux pères et mères naturels. Ainsi, nous croyons pouvoir dire par avance que ces derniers ne peuvent réclamer la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs non émancipés. De plus, la position de l'enfant naturel dans la société, dans la famille, exige que la loi de la nature soit elle-même renfermée dans ses limites les plus étroites. L'enfant a droit à la protection de ses père et mère; mais si cette protection lui manque, s'il est pour lui plus avantageux d'être confié aux soins de telle ou telle personne, le droit des père et mère se réduira au simple droit de surveillance.

Ils auront toujours droit au respect.

Les art. 158 et 383 semblent venir à l'appui; leur existence même et l'esprit qui les a dictés en fournissent la preuve.

Si le législateur avait voulu assimiler le père naturel au père légitime; s'il avait supposé que cette assimilation fût une conséquence de la paternité naturelle, il aurait statué d'une manière générale, les articles dont nous nous occupons eussent été inutiles.

Les motifs qui ont dicté ces articles se résument dans ces paroles de M. Portalis : « L'abandon absolu de l'enfant naturel serait contre l'humanité ». Ces paroles, prononcées lors de la rédaction du titre

du mariage, sont bien mieux applicables au droit de correction, et prouvent jusqu'à l'évidence que l'intérêt de l'enfant a seul motivé leur adoption.

Nous trouvons encore une preuve dans la restriction de l'art. 383, qui déclare communs à l'enfant naturel quelques textes du titre de la puissance paternelle, et garde sur les autres un silence absolu. Nous aurons ultérieurement à apprécier la portée d'application de cet article.

La deuxième objection consiste à dire que, d'après les dispositions qui imposent aux père et mère le devoir de nourrir leurs enfants, qui établissent entre eux des droits réciproques de succession, le législateur a voulu traiter les père et mère naturels comme les père et mère légitimes.

Cette objection n'est pas fondée. La loi accorde des aliments aux enfants en vertu d'un principe d'équité consacré en ces termes par Loysel : « Qui fait le bâtard doit le nourrir ». Le droit romain et notre droit ancien imposaient aux père et mère la même obligation, et cependant on n'avait pas cru devoir comme conséquence admettre le droit de puissance. Le droit de succession est aussi une consécration du droit naturel, dont la loi civile doit toujours être l'expression. On ne pouvait méconnaître l'existence de l'enfant; il fallait lui faire une part. Le père succède au fils; mais les liens du sang exigeaient qu'il en fût ainsi, *fiscus post omnes*. La puissance paternelle est aussi fondée sur la nature, mais la circonstance de bâtardise a dû rendre suspecte l'affection des père et mère.

Il serait possible qu'on nous accusât de juger trop sévèrement les pères et mères naturels ; mais à cela nous répondrons par des faits malheureusement trop vrais. Bien souvent les tribunaux ont à sévir contre des parents qui abusent de leur autorité, et presque toujours il s'agit d'enfants naturels.

Enfin, on peut nous opposer qu'il est impossible de concilier l'exercice de la puissance paternelle avec l'autorité accordée aux juges, de scinder cette même puissance.

Nous ferons observer que cette difficulté n'est qu'apparente. Le code, art. 302, au titre du divorce, nous en fournit la preuve. Cet article porte : « Les enfants seront confiés à l'époux qui aura 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 ». Ce pouvoir accordé aux juges en matière de divorce, a été appliqué par la doctrine et la jurisprudence au cas de séparation de corps, et doit être, par argument *à fortiori*, déclaré commun au cas de paternité naturelle. Cet art. 302 limite la puissance paternelle, mais ne la détruit pas. Le père ou la mère qui aura été privé de la garde de l'enfant aura toujours le droit de surveiller son éducation ; c'est un droit attaché à la qualité de père. L'art. 303 ajoute en effet : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entre-

tien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Enfin, nous résumant, nous dirons que de la nature même des choses, de l'esprit et du texte de la loi, il résulte que les père et mère naturels ne jouissent pas d'une manière générale de toutes les prérogatives attachées à la qualité de père et mère légitimes, que leurs droits sont très restreints, et que ceux-là seuls doivent leur être accordés qui ont été consacrés par une disposition formelle. Comme règle, nous ajoutons que les juges sont appelés à prononcer dans les cas non prévus.

Ce point bien établi, il nous est difficile de tracer les règles d'après lesquelles les juges devront décider. Une seule nous paraît susceptible d'être posée, nous l'avons déjà indiquée : c'est le plus grand intérêt de l'enfant. Le soin de décider en quoi consiste cet intérêt, doit nécessairement être abandonné à leurs lumières.

L'intérêt de la société a voulu que l'enfant naturel fût traité avec rigueur ; mais lorsque cet intérêt n'existe plus, l'humanité réclame en faveur de celui qu'on a dû punir d'une faute qui n'est pas la sienne.

Notre travail sur la puissance paternelle se divisait naturellement en deux parties bien distinctes : la première, celle que nous avons terminée, est une question qui nous a permis d'exposer les principes généraux en cette matière ; la seconde, celle que nous allons traiter, est l'ensemble des questions particulières nées ou à naître, pour la solution desquel-

les nous aurons souvent recours à ce qui a été dit précédemment.

Ainsi, nous avons décidé que les textes qui régissent la famille ne sont pas sans distinction applicables à la famille naturelle ; nous devons actuellement rechercher quelles règles leur sont communes, quelles règles au contraire sont particulières à chacune d'elles.

Les dispositions comprises au titre de la puissance paternelle sont de deux natures bien différentes : les unes sont la consécration d'un principe de morale qu'il ne devrait pas être nécessaire de formuler ; les autres sont, il est vrai, également basées sur le droit naturel, mais ce droit est insuffisant par lui-même, il a dû être complété par le législateur.

Les premières ne présentent aucune difficulté. L'art. 371 les résume toutes : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ». Cet article est évidemment applicable aux enfants naturels, bien que l'art. 383 puisse faire supposer le contraire.

La solution des secondes n'est pas aussi facile.

La puissance paternelle a un double objet, protéger la personne, veiller à la conservation des biens. Ce double objet donne naissance à un double droit qui, dans la famille légitime, repose sur la tête du père. L'art. 373 C. civ. consacre ce droit sur la personne ; l'art. 389 id. est relatif aux biens. L'application de ces articles aux père et mère naturels nous paraît contraire à la loi. Nous croyons donc devoir décider que le père n'est pas adminis-

trateur légal de la personne et des biens de son enfant reconnu.

Cette question, par sa généralité, a une très-grande affinité avec celle que nous avons étudiée en premier lieu ; les raisons que nous avons données s'appliquent également à l'une et à l'autre : aussi la discussion devra-t-elle se réduire à un simple résumé. Ainsi nous éviterons les répétitions.

L'enfant légitime à sa naissance est placé sous la puissance et la garde du père : lui seul doit ordonner, la mère doit obéir. La famille est une société ; la condition d'existence de toute société est d'avoir un chef : ce chef, c'est le père. De plus, les époux habitent sous le même toit et l'enfant est toujours placé près de l'un et de l'autre.

L'union qui a eu pour résultat la naissance de l'enfant naturel ne présente pas les mêmes caractères. La mère n'est pas soumise à l'autorité du père ; libre de fixer sa demeure où elle le juge convenable, elle cohabite rarement avec lui. D'après la nature, la mère a sur l'enfant plus de droits que le père : la mère est certaine et le père ne l'est pas. La reconnaissance du père lui confère des droits, l'enfant porte son nom ; mais ces droits ne sont pas tellement exclusifs de ceux de la mère qu'il doive nécessairement être préféré à cette dernière.

L'art. 373 s'exprime ainsi : « Le père seul exerce cette autorité *durant le mariage*. » Les termes de cet article sont restrictifs ; ils ne peuvent être invoqués par le père naturel : il n'y a pas mariage.

L'art. 389 n'est pas moins explicite ; il porte :

« Le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs ». Ces termes *durant le mariage* sont trop formels pour permettre la moindre extension. L'esprit qui les a dictés est d'accord avec la forme.

A ces textes bien positifs, aux considérations générales déjà produites, à l'argument tiré de l'art. 302, on oppose, non pas des textes précis, il n'en existe pas (et eux seuls pourraient renverser notre opinion), mais les art. 158, 383, 757, 765 C. civ. Nous avons déjà combattu les arguments reproduits de ces textes; nous nous en référons à ce qui a été dit, et nous terminerons cette discussion par une question qui nous paraît de nature à faire disparaître l'ombre même du doute.

Dans la question telle qu'elle a été posée, trois intérêts se trouvent en lutte, l'intérêt du père, celui de la mère, celui de l'enfant. Or, nous le demandons, en l'absence de tout texte, et ici ce n'est pas le cas, auquel de ces divers intérêts d'après l'équité naturelle doit-on accorder la préférence? La réponse n'est pas douteuse. L'enfant, victime d'une faute qui lui est étrangère, doit seul être pris en considération.

Le pouvoir de décider à quelle personne doit être confiée la garde de l'enfant est conféré aux juges, et ce, par argument de l'art. 302. Dans ce choix, les juges, comme nous l'avons dit, doivent consulter le seul intérêt du mineur. Cet intérêt varie suivant les circonstances, de l'âge, du sexe de l'enfant, de la position sociale et surtout de la moralité des

père et mère, enfin de leur affection présumée. On doit faire droit à la demande de la mère qui veut nourrir son enfant. Décider autrement, serait contrarier la nature. Mais les juges peuvent toujours désigner une autre personne pour continuer l'œuvre confiée à la première. Leur décision antérieure est toujours précaire et conditionnelle; il n'y a pas violation de la chose jugée.

Nous pensons aussi que, le père et la mère représentant les mêmes garanties, cette dernière doit être préférée. Il faut encourager la mère à faire l'avoué de sa faute, à la réparer autant qu'il est en elle, et lui procurer ainsi le seul moyen possible de réhabilitation. L'amour maternel peut faire oublier bien des fautes (1).

Nous refusons au père de le reconnaître comme administrateur légal; mais nous devons avouer que, dans la pratique, l'enfant se trouve sous la garde de celui qui l'a reconnu le premier. Ce pouvoir, que nous qualifierons de pouvoir *de fait*, doit cesser lorsqu'il y a contestation entre le père et la mère; le juge doit prononcer. Nous pensons même, par argument de l'art. 302, que le ministère public est investi du droit de requérir que l'enfant soit confié à d'autres mains. Le ministère public est, en effet, le défenseur-né de tous ceux qui sont faibles,

(1) On doit suivre cette règle, surtout lorsque la mère a déclaré ne pas reconnaître pour père celui qui s'est attribué cette qualité.

de tous ceux qui sont opprimés ; enfin la société est intéressée.

Le pouvoir d'administrer conféré par les juges est très étendu , mais il ne porte aucune atteinte à la puissance paternelle proprement dite. Ainsi il a été jugé avec raison que la mère chargée de la garde de son enfant a , par cela seul , qualité suffisante pour intenter contre le père une action en réclamation d'aliments ; mais il serait contraire à la morale de priver le père ou la mère de tout droit de surveillance.

Le père n'est pas administrateur légal. Cette solution rend aisée une question très difficile relativement à l'enfant légitime , celle de savoir si on doit réputer non écrite la clause testamentaire qui prive le père et la mère de l'administration des biens légués. La solution , par rapport à l'enfant naturel , ne présente pas de difficultés.

La cour de cassation a même décidé (1837) que la mère instituée légataire adhère , par son acceptation , aux conditions imposées par le testateur , et doit se conformer aux dispositions prises pour l'éducation de l'enfant. L'intérêt de l'enfant exigeait qu'il fût ainsi prononcé. La mère peut seulement réclamer des juges qu'ils examinent si ces dispositions ont été adoptées pour le plus grand intérêt de l'enfant.

Pour être conséquents , nous devons refuser aux père et mère naturels la jouissance des biens de leurs enfants , jouissance accordée aux seuls père et mère légitimes.

Un auteur a soutenu l'opinion contraire, se fondant précisément sur le droit de puissance accordé aux parents naturels. Mais comme nous l'avons démontré, cette puissance doit être resserrée, dans les limites déterminées par la loi, et l'art. 384 fait mention seulement des père et mère unis par le mariage. « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. » L'art. 383 ne déclare pas qu'on doive l'application aux père et mère naturels. Ce simple rapprochement nous paraît une preuve suffisante.

La jouissance légale est, il est vrai, accordée comme compensation des frais d'éducation et d'entretien; mais ce motif n'est pas le seul : la loi a voulu avantager les époux et honorer le mariage. C'est ainsi que l'art. 386 déclare priver de la jouissance celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé. L'obligation de nourrir, d'élever les enfants, dérive du droit naturel; la jouissance des biens est au contraire un bénéfice de la loi civile. Les père et mère naturels sont obligés, mais ils ne peuvent prétendre droit au bénéfice. Nous leur accorderons seulement le droit de retenir ou réclamer sur les revenus des enfants les sommes employées pour leur entretien.

Nous terminerons par cette maxime dont on ne

peut contester la justesse d'application : *nemo ex suo delicto emolumentum consequi debet.*

Les obligations des père et mère sont de telle nature que nous pensons qu'il a été bien jugé dans une espèce où le père et la mère d'un enfant naturel reconnu refusant de lui donner asile, l'un d'eux a été condamné à le recevoir. Nous devons ajouter qu'il avait été reconnu que cette introduction forcée de l'enfant chez son auteur, ne présentait pour lui aucun danger.

Il a été également bien jugé par une cour royale lorsqu'elle a décidé que le père, et à son défaut la mère, avaient le droit d'émanciper leur enfant. L'émancipation nous paraît être une émanation de la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire de cette partie du pouvoir donné au père par la nature elle-même, et dont le juge ne saurait le priver. Tel est, par exemple, le droit de surveillance. L'art. 477 au chapitre de l'émancipation ne distingue pas entre la paternité légitime et la paternité naturelle, et nous ne voyons pour l'enfant aucun danger sérieux. On doit le décider ainsi, par analogie, du droit accordé par tous les auteurs aux père et mère légitimes, alors même qu'ils ont été exclus ou destitués de la tutelle. Ce droit d'émancipation émane en effet de la seule qualité de père et non de celle de tuteur.

Quelle que soit d'ailleurs la personne chargée de la garde de l'enfant, du vivant du père, lui seul a le droit d'émanciper. L'art. 477 dit : « Le mineur

même non marié pourra être émancipé par son père, ou à défaut de père, par sa mère.... »

Du droit d'émanciper accordé aux parents naturels, il ne faut pas conclure qu'ils aient également le droit de nommer un curateur ; cette nomination doit être faite par le conseil de famille. Les motifs de décider sont : 1^o après l'émancipation, la puissance paternelle n'existe plus ; 2^o des termes de l'art. 480 il résulte que les père et mère légitimes ne peuvent nommer un curateur ; et on ne peut supposer que la loi ait voulu conférer un avantage aux père et mère naturels. Cet art. 480 est d'ailleurs par ses termes également applicable aux uns et aux autres ; il porte : « Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé assisté d'un curateur, qui lui sera nommé par le conseil de famille. »

Parmi les textes insérés au titre de la puissance paternelle, un seul, d'après nous, donne lieu à de graves difficultés, non pas en lui-même, mais par les conséquences qu'on pourrait en déduire : c'est l'art. 383. Cet article s'exprime ainsi : « Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus ». Cet article doit-il être appliqué littéralement, c'est-à-dire doit-on déclarer étrangers à l'enfant naturel tous les textes compris au même titre ?

Nous ne saurions embrasser l'affirmative. L'art. 371, dont il a déjà été question, est une preuve du contraire. Mais avant de passer à l'examen des autres, nous devons présenter quelques observa-

tions. Les textes auxquels renvoie l'art. 383 sont relatifs au droit de demander, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, la détention de l'enfant dont le père aurait à se plaindre. Ces textes nous paraissent en opposition avec le système adopté par le législateur. Comment comprendre en effet que la loi (art. 380), dans la crainte que le père légitime remarié ne se laisse influencer par sa seconde femme au point d'abuser de son autorité, lui permette seulement de requérir la détention des enfants du premier lit, et permette au père naturel de recourir à la voie d'autorité? La précaution prise à l'égard du père légitime remarié est de toute sagesse; mais les motifs en sont bien mieux applicables au père naturel. Adopter le système contraire nous aurait paru plus juste; le juge n'aurait pas été forcé de consacrer une injustice. Mais la loi est formelle: nous devons l'appliquer. Une seule considération peut expliquer ces dispositions, c'est le pouvoir conféré aux juges d'enlever au père l'administration de la personne et des biens de son enfant. C'est donc un nouvel argument à l'appui de ce que nous avons dit sur le pouvoir accordé aux juges.

Si le père naturel est marié, nous déciderons, par analogie de l'art. 380, qu'il peut seulement requérir la détention de son enfant. Cet article porte: « Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377 ». Nec obstat l'art. 383; il y a même rai-

son de statuer pour le père légitime remarié et pour le père naturel marié à une personne autre que la mère de l'enfant.

L'art. 382 doit , pour les mêmes motifs , être déclaré commun à l'enfant naturel. Il serait contraire à tout principe de supposer que le père naturel doit jouir de plus de droits que le père légitime.

L'art. 381 dit : « La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition , conformément à l'art. 377 ». Cet article donne lieu à la question de savoir si la mère naturelle survivante et non mariée pourra seule requérir la détention. La difficulté provient de ce que l'enfant naturel n'a pas de parents. Néanmoins nous admettrons la négative par analogie des règles relatives au conseil de famille. Le peu d'intérêt que présente cette question nous dispense d'entrer dans de plus longs développements. Le juge pourra toujours rejeter la demande si elle lui paraît dictée par la passion ou par une vaine crainte. Ce que nous aurons à dire sur la composition du conseil de famille lui servira de complément.

Nous devons reconnaître comme applicable à la famille naturelle l'art. 372, ainsi conçu : « Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ». Toutefois nous devons faire observer que ces mots *sous leur autorité* ne peuvent porter préjudice au pouvoir du juge.

L'art. 374 n'est pas littéralement applicable aux enfants naturels. « L'enfant ne peut quitter la maison

paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de vingt ans révolus ». Quelquefois, en vertu de l'arrêt du juge, l'enfant doit habiter une maison autre que celle de son père, mais alors il ne peut quitter cette maison sans permission du juge, si ce n'est pour cause d'enrôlement.

Ici se termine l'examen des dispositions de lois qui se trouvent au titre de la puissance paternelle; il en est que nous passons sous silence, parce que, d'après le système que nous avons adopté, elles ne sauraient être d'aucune utilité. Telles sont celles des art. 385 et 387, relatifs : le premier, aux charges de la jouissance accordée aux père et mère sur les biens de leurs enfants; le second, aux biens qui doivent être exceptés de la règle posée dans l'art. 384.

Notre législation, comme on a pu le remarquer, diffère de notre droit ancien, et accorde aux père et mère naturels une plus grande puissance. Ainsi, nous avons cité un arrêt du parlement de Paris, d'après lequel le bâtard pouvait contracter mariage sans le consentement de ses père et mère. Une règle contraire a été adoptée; l'intérêt de l'enfant l'exigeait; cette règle se trouve formulée dans l'art. 168.

« Les dispositions contenues aux art. 148 et 149, et celles des art. 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans les cas prévus par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus ». (Art. 158.)

Avant d'examiner les textes indiqués, nous croyons devoir faire remarquer l'omission de l'art. 150, relatif au consentement à obtenir des aïeuls et aïeules. La raison de cette omission a déjà été donnée : la loi civile ne reconnaît aucune parenté entre l'enfant naturel et les familles de ses auteurs.

L'acte le plus important de la vie est le mariage ; on ne pouvait abandonner les enfants à leurs passions, il leur fallait un conseil, ce conseil, c'est le père, la mère. Le respect filial exigeait également qu'il en fût ainsi, alors même que l'enfant serait, par son âge, présumé capable de se diriger lui-même.

Tels sont les motifs qui ont donné naissance aux articles ci-dessus énumérés ; ils sont également applicables à l'enfant naturel et à l'enfant légitime.

Il y a deux cas à considérer : celui où le fils est mineur de 25 ans, la fille mineure de 21 ans ; celui, au contraire, où le fils est majeur de 25 ans, la fille majeure de 21 ans.

Le premier cas est réglé par les art. 148 et 149. L'enfant, pour se marier, doit nécessairement obtenir le consentement de ses père et mère ; en cas de dissentiment, celui du père suffit. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

Le deuxième cas est réglé par les art. 151, première partie, 152, 153, 154 et 155 ; l'enfant doit seulement requérir le conseil de ses père et mère.

Nous devons encore distinguer : le fils est mineur de 30 ans, la fille mineure de 25 ans, ou bien, ils

ont atteint cet âge. S'ils sont mineurs, trois actes respectueux devront être signifiés; dans le cas contraire, un seul suffira. L'art. 154 indique les formalités de ces actes; l'art. 155 indique les moyens d'y suppléer, lorsque celui auquel ils auraient dû être signifiés est absent.

Toute disposition législative doit avoir une sanction; d'où la conséquence que les art. 156 et 157 C. civ. sont applicables aux officiers de l'état civil qui ont procédé au mariage d'enfants naturels n'ayant pas obtenu le consentement de leurs père et mère, ou n'ayant pas requis leur conseil.

Une conséquence bien plus importante, est le droit accordé aux père et mère, de demander la nullité du mariage contracté sans leur consentement. Cette décision résulte incontestablement du simple rapprochement des art. 158 et 182.

Ce droit, accordé aux père et mère, appartient également à l'enfant, mais il est soumis aux restrictions de l'art. 183.

Aux père et mère appartient aussi le droit de demander la nullité d'un mariage contracté dans les cas prévus par l'art. 184, c'est-à-dire pour défaut d'âge, de bigamie, d'inceste; sauf toutefois les exceptions comprises dans les art. 185 et 186. L'art. 184 porte : « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux art. 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, *soit par tous ceux qui y ont intérêt*, soit par le ministère public ». On ne peut confondre les père et mère naturels avec les person-

nes désignées par l'art. 187 ; il suffit de lire les art. 186 et 191 pour être convaincu.

Cet art. 191 nous paraît aussi devoir s'appliquer aux père et mère naturels ; en un mot , nous dirons, qu'en ce qui concerne le mariage , les père et mère naturels sont entièrement assimilés aux père et mère légitimes.

Comme eux , ils jouissent du droit de former opposition. (Art. 173). Les règles sont les même , d'où la conséquence que l'art. 168 leur est également applicable.

La conséquence directe du pouvoir accordé aux père et mère naturels , est l'application des art. 192 et 193 ; chargés de surveiller leurs enfants , ils sont coupables de n'avoir pas empêché la violation de la loi.

L'enfant naturel devait être l'objet de la sollicitude du législateur. Les dispositions que nous venons de résumer rapidement ne suffisaient pas ; il fallait encore prévoir le cas où l'enfant n'aurait ni père ni mère connu , et celui où les auteurs de la reconnaissance seraient décédés.

Ces deux éventualités sont en dehors de notre sujet , mais elles s'y rattachent trop intimement pour qu'il nous soit permis de les passer sous silence.

L'art. 159 dit : « L'enfant naturel qui n'a point été reconnu , et celui qui , après l'avoir été , a perdu ses père et mère , où dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté , ne pourra , avant l'âge de 21 ans révolus , se marier qu'après avoir

obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé. »

Cet article, en lui-même, est d'une application facile, mais il donne lieu à la question suivante : Le mariage qu'un enfant naturel aurait contracté en contravention aux dispositions de l'art. 159, sans le consentement d'un tuteur nommé à cet effet, pourrait-il être argué de nullité par le tuteur ou par l'enfant ?

En ce qui concerne le tuteur, la solution n'est pas douteuse ; ce droit lui est refusé. Cela résulte du silence de l'art. 182 et de la discussion de ce même article. Lors de sa rédaction, le tribunal, faisant précisément mention de l'art. 159, proposa formellement d'accorder ce pouvoir au tuteur ; mais il ne fut pas fait droit à cette réclamation : il ne nous appartient pas de critiquer les dispositions de la loi ; cependant, nous dirons qu'il aurait été plus juste et plus rationnel de décider autrement.

En ce qui concerne l'enfant, nous dirons avec de nombreux auteurs, que le droit de demander la nullité ne saurait lui être refusé. Nous le décidons ainsi par argument de l'art. 146 ; le consentement de l'enfant seul ne présente aucune garantie, et par argument des art. 159 et 182 combinés. On ne saurait sans injustice et sans humanité lui refuser ce droit. On ne comprendrait pas qu'il fût traité différemment de l'enfant légitime.

Par analogie des règles établies pour le mariage, nous devons décider que les enfants naturels qui veulent entrer dans les ordres sacrés, ou prononcer

des vœux dans une congrégation religieuse, sont, en ce qui concerne le consentement à obtenir de leur père et mère ou le conseil à leur demander, soumis aux mêmes obligations que les enfants légitimes.

Par analogie des mêmes règles, nous regarderons comme applicable à la famille naturelle l'art. 346 au titre de l'adoption. Cet article a pour but d'exiger le consentement des père et mère du mineur de 25 ans qui veut se faire adopter. Même décision en ce qui concerne l'art. 361 relatif à la tutelle officieuse.

Jusqu'à ce moment, nous avons supposé l'enfant reconnu à sa naissance par son père et sa mère; cependant, ce cas est le plus rare; nous devons donc examiner les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

L'enfant, à sa naissance, peut être reconnu par son père ou sa mère, seul, ou abandonné par l'un et l'autre, et reconnu postérieurement.

La première hypothèse ne présente aucune difficulté, au moins actuelle; la mère seule est connue, le père seul a déclaré sa paternité; il n'y a pas lieu à la puissance paternelle, mais bien à la puissance tutélaire. Nous croyons devoir le décider ainsi par analogie de l'art. 390.

Dans la deuxième hypothèse, lorsque l'enfant est abandonné, il est recueilli par l'administration des hospices; alors, la société toute entière intervient; elle accorde au faible la protection qui lui est nécessaire, elle jouit de tous les droits du père,

et les exerce à l'encontre même de celui auquel l'administration a pu confier momentanément la garde de l'orphelin. Ce pouvoir, déferé à l'administration, est essentiellement subordonné à la condition, que nul ne se présentera et ne reconnaîtra l'enfant; il cesse de plein droit en faveur du père ou de la mère qui a reconnu. Cette solution est une conséquence de la loi de pluviôse an 13, et de l'art. 383; enfin, elle résulte du droit naturel et du plus grand intérêt de l'enfant. Il a même été jugé que la reconnaissance d'un enfant déposé à l'hospice, confère au père qualité pour exercer tous les droits qui dérivent de la puissance paternelle, pour intenter, au nom de l'enfant, l'action en recherche de la maternité, alors même qu'il n'a pas encore réclamé et obtenu la remise de l'enfant. Il a été ainsi décidé, en vertu de l'art. 334, qui déclare que la seule reconnaissance suffit pour attribuer autorité, et nonobstant l'art. 339; la reconnaissance doit être présumée vraie jusqu'à la preuve contraire.

Nous devons ajouter que, par argument de l'art. 302, si ces père et mère sont dans une telle position de fortune et de moralité, qu'il soit plus avantageux pour l'enfant de rester sous la garde de l'administration, les juges pourront les priver de cette garde, mais on ne pourra leur refuser de communiquer avec leur enfant.

Il est possible qu'on taxe cette mesure d'arbitraire, mais on ne saurait contester sa moralité.

Pour terminer ce qui est relatif à la puissance paternelle, il nous reste à examiner une question qui peut servir d'introduction au chapitre de la tutelle; c'est pour ce motif que nous l'avons réservée comme finale.

Le père, avons-nous dit, n'est pas administrateur légal; l'administration peut être confiée par les juges, soit au père, soit à la mère, soit à une tierce personne. Cela posé, nous demanderons s'il appartient réellement aux juges de nommer cet administrateur, et s'il ne serait pas mieux de nommer un tuteur. En d'autres termes, y a-t-il lieu de nommer un tuteur du vivant du père et de la mère naturels?

La négative consacrée par arrêt de la cour de Pau (1822) nous paraît préférable. A l'appui de notre opinion, nous invoquerons l'art. 390 : « Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs, et non émancipés, appartient de plein droit au survivant des père et mère. » Cet article ne s'applique évidemment qu'aux père et mère légitimes; cependant, nous croyons pouvoir tirer un argument par analogie de ce qu'il décide dans sa première partie, qu'il y a lieu à la tutelle seulement après la mort naturelle ou civile de l'un des époux. Durant le mariage, le père est administrateur légal et non tuteur; il n'y a pas de subrogé-tuteur, pas de conseil de famille; ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque; le motif en est tout entier dans le contrôle qu'exerce la mère sur la gestion du père. La mère naturelle, il est vrai, n'est pas

pour exercer cette surveillance dans une condition aussi favorable que la mère légitime; mais le choix des juges nous paraît être une garantie assez forte pour sauvegarder l'enfant contre toute malversation. L'épouse divorcée peut moins encore que la mère naturelle surveiller l'administration du père, et cependant, après le divorce prononcé on n'admettait pas qu'il y eût lieu à la nomination d'un tuteur: l'art. 390 s'y opposait, cela résultait également des art. 302 et 303. En outre, l'intérêt de l'enfant exige qu'on encourage le père à le reconnaître et à réparer sa faute; le soumettre à une tutelle lorsqu'il a été désigné par le tribunal, serait provoquer un résultat opposé.

Dans le cas où l'enfant est confié à une personne étrangère, cette personne n'est pas tutrice, mais bien mandataire. Comme telle, elle est responsable, mais ses biens ne sont pas grevés d'une hypothèque légale; le choix des juges, la surveillance du père, celle de la mère suffisent. De plus, aucune disposition de loi ne commande de mettre en tutelle l'enfant naturel qui a ses père et mère; il ne peut y avoir de tutelle là où se trouvent un père et une mère.

De la Tutelle des Enfants naturels reconnus.

Il est de droit naturel que le fort accorde protection au faible; ce principe, consacré par la loi civile, sert de base à la puissance paternelle et à la

puissance tutélaire, mais l'application en est difficile, au moins par rapport aux enfants naturels.

Dans l'étude que nous avons faite de la puissance paternelle, nous avons pu recourir à des textes; ces textes étaient incomplets, il est vrai, mais ils ont pu nous diriger dans notre marche, et nous faire connaître l'esprit du législateur. Relativement à la tutelle, rien ne pourra nous servir de guide; la discussion, la loi, sont également muettes; la lecture seule des motifs du code civil et des textes suffit pour ne laisser aucun doute à ce sujet.

Ce silence est extraordinaire; mais, d'après nous, il ne saurait avoir d'autre cause que l'oubli; les rédacteurs du code étaient hommes, ils étaient faillibles.

Quelle que soit la justesse de notre opinion, nous croyons pouvoir dire que les arguments à tirer des dispositions existantes, sont seulement des arguments par analogie.

A Rome, la tutelle était définie: *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa*. Cette définition est en tout conforme à l'esprit de notre législation, et c'est en cela, surtout, que brillent les jurisconsultes romains; les principes qu'ils tracent, les définitions qu'ils donnent sont pris dans la nature même des choses et doivent nécessairement être adoptés par toutes les nations.

Dans le droit français on distingue plusieurs espèces de tutelles: tutelle des père et mère, tutelle

testamentaire, tutelle des ascendants, enfin tutelle dative.

Cette division posée, une question générale se présente aussitôt; ces différentes espèces de tutelles sont-elles également applicables aux enfants naturels et aux enfants légitimes?

La négative est incontestable; la loi, en effet, ne reconnaît aucun lien de parenté entre l'enfant naturel et les père et mère de ses auteurs; l'action pour vol est même admise entre eux; il n'y aura donc jamais lieu à la tutelle des ascendants.

La question de la tutelle testamentaire est, en quelque sorte, subordonnée au choix que nous aurons à faire entre la tutelle des père et mère, et celle déferée par le conseil de famille; c'est donc désormais entre ces deux dernières que nous devons resserrer le débat.

Ainsi, lorsque l'enfant naturel a été reconnu par l'un ou l'autre de ses père et mère; lorsque, ayant été reconnu par l'un et l'autre, l'un d'eux est décédé, y a-t-il lieu à la tutelle de celui qui, seul, a reconnu, de celui qui a survécu, ou bien, au contraire, y a-t-il lieu à la tutelle dative?

Cette question a, plusieurs fois, été soumise à la cour suprême, et toujours elle a éludé la difficulté au moyen de considérants puisés dans la position particulière des parties; la doctrine et la jurisprudence sont divisées; aussi c'est seulement après de longues méditations que nous avons opté pour la tutelle dative.

Il n'y a de tutelle légale que celle qui est déferée par la loi, et dans la loi on ne trouve aucune disposition qui attribue la tutelle des enfants naturels aux père et mère qui les ont reconnus. Bien loin de là, l'art. 390, déjà cité, est conçu dans des termes qui s'opposent manifestement à cette décision; ces termes sont, en effet, restrictifs. Il est possible que cette application aux seuls enfants légitimes ait été dans l'intention du législateur. La position de l'enfant naturel, dans la famille, dans la société, n'est pas la même que celle de l'enfant légitime; une suspicion bien juste s'est attachée aux père et mère naturels; la puissance qui leur a été dévolue est resserrée dans les limites les plus étroites; comme conséquence directe de ce système, on devait leur refuser la tutelle légale.

Dans le silence de la loi, nous appliquerons ce principe, si souvent répété : l'intérêt de l'enfant doit seul être pris en considération, et alors, si le père est réellement animé d'intentions bienveillantes, si cela est avantageux pour l'enfant, nul doute que le conseil de famille qui, ici, remplace le juge, ne lui défère la tutelle; dans le cas contraire, il est mieux de ne pas exposer les intérêts de l'enfant, sauf ensuite à destituer le père qui malverserait.

Cette destitution est un mal qu'il est mieux de prévenir; d'ailleurs, personne n'ignore que dans l'administration du tuteur, comme dans toute autre, l'administrateur peut commettre à dessein des fautes légères en apparence, quant à la moralité, mais préjudiciables à l'enfant; il est facile d'obliger le

tuteur à ne pas faire, mais le contraindre à saisir toutes les occasions favorables est chose impossible.

Il est également reconnu, qu'il répugne aux conseils de famille de flétrir un homme, un père, une mère, pour avoir abusé de la position de leur enfant; ne donnons pas à l'enfant un nouveau motif de regretter sa naissance.

Vainement on nous opposerait les art. 158 et 383; ils sont étrangers à la matière, et pourraient même donner lieu de penser que le législateur, en gardant le silence sur la question de la tutelle, après avoir statué sur la puissance paternelle, a voulu faire l'application de cette maxime : *Inclusio unius, exclusio alterius*.

Les termes de l'art. 405 sont également impuissants pour renverser notre opinion; cet article porte, il est vrai : « Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé *restera sans père ni mère...* » Mais il ne doit pas être pris isolément; il s'interprète par ceux qui le précèdent, par ceux qui le suivent. D'après ce mode d'interprétation, dont on peut contester l'excellence, il est impossible de ne pas abandonner cet argument. Cet art. 405 est, en effet, placé à la section IV du titre de la tutelle, et les sections I, II, III, sont exclusivement applicables à l'enfant légitime. Des termes mêmes de l'art. 405, 406 et suivants, il résulte que l'enfant légitime, lors de leur rédaction, était seul présent à l'esprit du législateur.

L'art. 765 donne lieu à une autre objection. On dit, qu'en établissant les père et mère naturels, successeurs aux biens laissés par leur fils, la loi, par ap-

plication d'un principe général en cette matière, les a désignés comme tuteurs de droit. La tutelle, en effet, doit être dévolue à ceux qui doivent hériter; le père et la mère ont le plus grand intérêt à bien administrer des biens qui, un jour, pourront accroître leur patrimoine.

Cet argument n'est pas d'une telle valeur, qu'il doive nécessairement détruire notre système. Ce principe: la tutelle doit de préférence être accordée à l'héritier présomptif, a pour objet l'intérêt exclusif des personnes auxquelles on voudrait imposer la charge d'administrer, bien qu'elles soient étrangères au mineur. *Tutela est onus publicum*, la tutelle est une charge, et la charge doit être imposée aux parties intéressées, *onus esse debet ubi est emolumentum*. C'est donc faire une fausse application du principe ci-dessus mentionné, que de décider, que nécessairement le père et la mère doivent être tuteurs; autre chose est un droit, autre chose est un devoir. La tutelle a été introduite dans l'intérêt exclusif de l'enfant; celui-ci, et non le père, doit être pris en considération.

Le motif tiré de l'intérêt du père, de bien administrer, est juste; mais différentes considérations doivent faire prévaloir notre opinion. Les père et mère naturels sont sans cesse exposés aux reproches de leurs parents et de la société, difficilement l'affection qu'ils éprouvent pour leur enfant résistera aux suggestions de chaque jour. De plus, cette fécondité qui honore une mère légitime, est souvent chez la mère naturelle un préjugé puissant contre

sa moralité; le conseil de famille doit être juge, et décider si le père, si la mère sont dignes d'une semblable mission.

On objecte encore, que dans la section VII, relative aux causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution de la tutelle, la paternité naturelle n'est pas mentionnée; mais à cette objection s'applique ce que nous avons dit sur l'art. 405 : le législateur a voulu statuer sur la famille légitime, et non sur la famille naturelle. Nous en trouvons la preuve dans les art. 446 *in fine*, et 449, qui font partie de cette même section.

Si, abandonnant les textes invoqués, nous passons aux motifs tirés de considérations générales, nous atirons à réfuter les objections suivantes. La tutelle est une image de la puissance paternelle dont elle émane; elle est accordée à ceux qui sont présumés éprouver, pour le mineur, la plus grande affection; enfin, si le législateur a gardé le silence, c'est qu'il a voulu revenir au droit naturel.

Au premier moyen, nous répondrons ce que déjà nous avons dit plusieurs fois : la tutelle, il est vrai, est une émanation de la puissance paternelle, mais cette puissance, quant à la paternité naturelle, a été singulièrement restreinte. De cette restriction, il résulte que si le législateur avait statué sur la tutelle, comme conséquence, il aurait prononcé en faveur de la tutelle dative; on ne peut supposer qu'il eût voulu être en contradiction avec lui-même. La tutelle déférée aux père et mère est d'ailleurs un hommage rendu au mariage. Au moyen tiré de l'af-

fection présumée des parents, nous dirons que cette affection doit, pour des raisons précédemment données, être considérée comme douteuse; enfin, la nature désigne, il est vrai, les père et mère comme protecteurs-nés de leurs enfants, mais la loi, dans ce qui est relatif à la puissance paternelle a dérogé à cette règle. La position de l'enfant, dans la société, dans la famille, son origine, nécessitaient cette dérogation, dérogation bien mieux applicable à la puissance tutélaire.

Une dernière difficulté nous reste à résoudre, celle de savoir comment il sera possible de composer un conseil de famille: l'enfant naturel n'a pas de parents, des étrangers porteront peu d'intérêt à la gestion des biens d'une personne qui ne leur est attachée par aucuns liens, les intérêts de l'enfant auront à souffrir de cette négligence.

La réponse, au premier moyen, se trouve dans l'art. 409, qui permet au juge de paix de désigner pour former le conseil de famille des amis du père et de la mère, alors même qu'il existerait des parents du mineur, lorsqu'ils sont domiciliés en dehors d'un certain rayon du lieu où la tutelle a été déférée.

Nous n'ignorons pas que, le plus ordinairement, il est impossible d'appliquer ce raisonnement à l'enfant naturel, lors par exemple, qu'il a été reconnu par le père seul ou la mère seule; mais cet argument, pour prouver trop, ne prouve rien. En effet, qu'il y ait lieu à la tutelle dative ou à celle des père et mère, il faudra toujours un conseil de famille.

Cette justification n'est pas la seule que nous ayons à présenter ; et ici , notre réponse s'applique également au reproche d'indifférence porté contre les membres du conseil de famille. On ne peut supposer que des hommes , auxquels la loi donne mandat de protéger celui qui est faible , n'accompliront pas religieusement leur mission , bien qu'ils soient étrangers au mineur. Une pareille supposition est trop honteuse pour l'humanité , pour que nous pensions devoir insister davantage.

Relativement à la composition du conseil de famille , il n'est dans aucun cas indispensable d'appeler les parents des père et mère de l'enfant naturel ; dans l'ordre civil il n'existe entre eux aucune parenté. Il est même mieux de ne jamais les appeler sans connaissance de cause. Il a été ainsi jugé par argument des art. 407 et 409. Ce dernier s'exprime ainsi : « Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux ou dans la distance désignée par l'art. 407 , le juge de paix appellera , soit des parents ou alliés , domiciliés à de plus grandes distances ; soit dans la commune même , des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur ».

Il a été également jugé , par argument des mêmes articles , que le survivant des père et mère naturels , n'ayant reconnu l'enfant qu'après la nomination du tuteur , le conseil de famille qui a procédé à cette nomination , a pu être composé exclusivement d'amis du prédécédé , domiciliés ou non dans la

commune où s'est ouverte la tutelle. La nomination du tuteur est valable; elle doit être maintenue; le père ou la mère naturels, qui a reconnu postérieurement à cette nomination, doit se reprocher d'avoir négligé ses devoirs envers l'enfant. Si la reconnaissance avait été antérieure, le conseil de famille aurait été composé différemment, et le même tuteur n'aurait peut-être pas été nommé; mais l'intérêt du mineur exige qu'il n'y ait pas de changement.

L'art. 395 porte : « Si la mère tutrice veut se remariar, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée ». Cet article donne lieu à la question suivante : Si nous supposons que la mère a été élue tutrice, et qu'elle se marie, la tutelle lui sera-t-elle enlevée, le conseil de famille sera-t-il appelé de nouveau à déférer la tutelle? L'affirmative est évidente: le conseil de famille peut avoir eu confiance à la mère non mariée, et craindre que le mari cotuteur ne change ses dispositions à l'égard de son enfant, ou plus exactement, ne gère lui-même dans un intérêt autre que celui de l'enfant.

Le choix que nous avons fait de la tutelle dative, l'exclusion de la tutelle légale des père et mère, nous indique la solution du point de savoir s'il peut y avoir lieu à la tutelle testamentaire.

Pour être conséquents, nous devons embrasser la négative; le père et la mère ne peuvent disposer à l'égard d'une tierce personne d'un droit qu'ils n'ont pas eux-mêmes. Ce droit accordé au dernier vivant des époux est un privilège accordé au mariage; il ne peut être étendu hors des cas prévus par la loi. Nous trouvons encore un argument dans l'art. 400; cet article porte : « Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage; ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. »

Pour nous résumer, nous dirons que des différentes espèces de tutelle reconnues par la loi, une seule est applicable à la famille naturelle : c'est la tutelle dative. Les règles de cette tutelle sont d'ailleurs les mêmes pour l'enfant légitime et pour l'enfant naturel.

Des Enfants incestueux ou adultérins.

D'après le titre de notre thèse, il semble que les règles, précédemment tracées, ne peuvent s'appliquer à l'enfant adultérin ou incestueux. L'art. 335 dit, en effet : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » Cependant, il est des cas où les père et mère sont connus. Ainsi, par exemple, lorsqu'un mariage, célébré publiquement, a été annulé, comme entaché de bigamie ou d'inceste,

et par des personnes de mauvaise foi; ainsi, encore dans le cas de désaveu (312, 313) et de contestation de légitimité (325). Dans ces divers cas, les père et mère sont connus. On ne peut abandonner l'enfant; la société a dû sévir plus fortement contre lui, sa naissance est un véritable scandale, mais on n'a pu méconnaître la voie de la nature. Il existe entre les père et mère, et les enfants incestueux ou adultérins, des relations légales; les art. 702, 763, 764, au chapitre des successions irrégulières, en sont des preuves incontestables.

Ces relations, en ce qui touche la puissance des père et mère, et la tutelle, sont régis d'après les mêmes principes que les enfants naturels simples reconnus. Le juge devra consulter le plus grand intérêt de l'enfant; la tutelle sera toujours dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille.

Dans notre travail, nous avons dû, en quelque sorte, nous créer un système. Peu d'auteurs se sont occupés d'une question si intéressante; encore le plus souvent différent-ils d'opinion. La jurisprudence est également partagée; la loi laisse beaucoup à désirer; aussi, bien souvent, avons-nous hésité pour la solution des questions que nous avons eu à examiner. Dans l'incertitude et le doute, nous avons adopté pour principe le plus grand intérêt de l'enfant; ce principe, nous l'avons appliqué dans toutes les questions douteuses; il n'est, du reste, aucune de nos solutions qui ne soit conforme à la doctrine de quelques auteurs, ou à la jurisprudence de quelques cours.

DROIT ADMINISTRATIF.

Du Maire.

Entre tous les fonctionnaires publics, le maire est sans contredit celui dont les rapports avec les citoyens sont le plus fréquents. Chef de l'association communale, le maire est encore officier de l'état civil, officier de police judiciaire, juge de simple police, agent de l'administration.

Ces différentes fonctions lui ont été attribuées par un grand nombre de lois. La plus récente est celle du 18 mai 1837. Cette loi, dans les matières qu'elle règle, peut être considérée comme un résumé de celles qui l'ont précédée.

Le principe de l'unité administrative a été posé dans la loi du 14 décembre 1789, qui admit la commune comme dernier degré de la division territoriale et administrative. Avant 1789, le pouvoir central n'était pas assez fort ; les différentes provinces successivement réunies à la couronne de France avaient conservé leurs privilèges, leur droit public et privé. Dans les provinces elles-mêmes, l'application d'une mesure d'intérêt général présentait de grandes difficultés. Les communes, quoique ayant perdu une grande partie de leurs droits, étaient encore puissantes. La révolution put seule briser ces

résistances, et permettre de poser ces grands principes qui nous régissent : unité législative, unité judiciaire, unité administrative.

La loi du 14 décembre 1789 divisa la France en départements, districts et communes. Cette dernière division, la seule dont nous ayons à nous occuper, fut considérée comme un être moral susceptible d'avoir un patrimoine. Il devait en être ainsi; car les relations de chaque jour qui existent entre les habitants d'un territoire peu étendu, créent pour eux une communauté d'intérêts qu'on devait respecter. Mais ces intérêts, la commune ou ses agents devaient-ils, pouvaient-ils en obtenir la libre administration ?

Nous ne saurions le penser. Tout propriétaire, il est vrai, a le droit de disposer de sa chose comme il le juge convenable; mais, appliqué aux communes, ce principe en aurait détruit un autre d'un ordre plus élevé : celui de l'unité administrative. Cette unité serait gravement compromise, impossible même. Si la commune était entièrement indépendante, celle-ci pourrait alors résister au pouvoir supérieur et arrêter sa marche. Dans l'intérêt de la commune elle-même, il fallait qu'un pouvoir supérieur, plus éclairé, étranger aux passions locales, pût la préserver contre une mauvaise administration, et la faire concourir au bien-être général.

Sous ce premier point de vue, le pouvoir central a donc le droit d'intervenir dans la nomination des premiers fonctionnaires municipaux. Mais si nous considérons la commune comme dernier degré de

la division administrative et devant être le lieu d'application immédiate de la loi, cette question ne pourra plus être douteuse. Le pouvoir central a dû faire choix d'un représentant. Ce représentant naturel est le maire. Ce choix du maire était pour le trésor une grande économie, et l'élection de ce magistrat était une garantie suffisante de capacité. Ces deux motifs expliquent également pourquoi le maire est investi des différentes fonctions précédemment énumérées; elles ajoutent à la considération qui lui est due.

La loi de 1789 ne faisait pas intervenir le pouvoir dans la nomination du maire et des adjoints, les électeurs communaux avaient seuls ce droit. Cette loi fut en partie changée par celle du 25 juin 1793, et entièrement abrogée par celle du 14 frimaire an II. Le comité du salut public devint la seule autorité. Le procureur de la commune fut remplacé par un agent national chargé de rendre compte tous les huit jours. A ces deux lois succéda celle du 5 fructidor an III, changée elle-même par celle du 28 pluviôse an VIII. Dans cette dernière, on adopta un principe entièrement opposé à celui qui avait dicté la loi de 1789; les citoyens furent privés du droit d'élire le maire, les adjoints et même les conseillers municipaux; le pouvoir central absorba tout.

La loi du 21 mai 1831 a su concilier les droits de l'état et ceux de la commune. Aux électeurs appartient la nomination des conseillers, au roi celle du maire et des adjoints. L'art. 10, l. 1831, porte en effet : « Les conseillers municipaux sont élus par

l'assemblée des électeurs communaux ». L'art. 3 id. dit : « Les maires et les adjoints, qui doivent être pris parmi les conseillers, sont nommés par le roi, ou, en son nom, par le préfet..... ».

Chaque commune a un conseil municipal, un maire et un ou plusieurs adjoints, selon les besoins du service, c'est-à-dire selon la population. La proportion est établie dans l'art. 2 id.

Dans les communes de plus de 3000 habitants ou qui sont chefs-lieux d'arrondissement, le maire est nommé par le roi; dans les autres, le préfet procède à cette nomination (art. 3 id.). Les garanties d'un bon choix doivent être proportionnées à l'importance des intérêts qu'il faut sauvegarder.

Le choix du gouvernement n'est pas seulement circonscrit dans le tableau des conseillers municipaux; le maire doit en effet présenter quelques autres conditions non exigées de tous les conseillers. Ainsi, par exemple, l'art. 4, l. 1831, porte : « Les maires et adjoints doivent avoir leur domicile réel dans la commune ». L'art. 15 id. dit au contraire : « Les membres du conseil municipal seront tous choisis sur la liste des électeurs communaux, et les trois quarts au moins parmi les électeurs domiciliés dans la commune ». La raison de cette différence est facile à saisir. Investi de fonctions en quelque sorte journalières, le maire doit nécessairement résider dans le lieu où il est appelé à les exercer.

Si maintenant nous passons aux incompatibilités, nous devons remarquer qu'il n'y a pas corrélation intime entre les fonctions de maire et celles de con-

seiller municipal. Ainsi, l'art. 8 id. dispose : « Il y a incompatibilité entre les fonctions de maire et d'adjoint et le service de la garde nationale ». Cette prohibition n'est pas reproduite au sujet des conseillers municipaux. Le maire ne peut faire partie de la force publique qu'il a droit de requérir. Les conseillers municipaux ne sont pas dans le même cas. L'art. 6 id. fait connaître les autres fonctions incompatibles avec celles de maire.

Les maires sont nommés pour trois ans ; mais du droit de nomination découle celui de suspension et de révocation. L'art. 3 id., *in fine*, est ainsi conçu : « Ils peuvent être suspendus par un arrêté du préfet, mais ils ne sont révocables que par une ordonnance du roi ».

Les nombreuses attributions du maire ont nécessité l'adjonction de plusieurs membres du conseil municipal ; leurs fonctions sont de remplacer le maire en cas d'empêchement et de délégation. L'art. 2 id. prévoit le cas où les habitants d'une partie de la commune ne pourraient accidentellement se transporter au chef-lieu.

L'art. 5 id. prévoit également le cas où le maire et les adjoints ne pourraient remplir leurs fonctions. Ils sont alors remplacés par le conseiller municipal premier inscrit au tableau, c'est-à-dire celui qui, lors des élections, a obtenu le plus grand nombre de suffrages. L'adjoint délégué ne saurait à son tour déléguer la mission qui lui est confiée.

Actuellement nous devons nous livrer à l'examen particulier des diverses attributions du maire.

Avant, il est bon de dire que le maire, comme tout fonctionnaire, doit prêter serment avant d'entrer en exercice. La question de validité des actes fait avant cette prestation de serment est des plus délicates.

Du Maire, officier de l'Etat civil.

Trois faits de la vie humaine doivent surtout être constatés avec soin : la naissance, le mariage, la mort. Les règles sont tracées au tit. II, liv. I^{er}, cod. civ. Avant 1789, ces registres étaient tenus par les curés des paroisses. Pour plusieurs motifs, l'assemblée constituante jugea convenable de confier ce travail au maire de la commune. Les curés continuent de tenir des registres ; mais ces registres n'ont aucune valeur ; ils peuvent seulement être consultés par les juges et former un commencement de preuve ou même une preuve entière, selon le plus ou moins d'exactitude avec laquelle ils sont tenus. Il n'en est pas ainsi des registres tenus par le maire ; le maire est revêtu d'un caractère officiel ; les actes qu'il déclare vrais font foi jusqu'à inscription de faux. Nous devons ici faire une précision, et distinguer entre les faits que les maires ont mission de constater et ceux qui lui sont étrangers. Les premiers seuls doivent être attaqués par la voie de l'inscription de faux.

Nous ne croyons pas devoir insister davantage sur ce point. Des peines sont prononcées contre le maire

lorsqu'il transgresse ses devoirs. Une question cependant nous reste à examiner, ou plutôt à indiquer, car elle ne nous paraît susceptible d'aucun doute sérieux.

Le maire, comme officier de l'état civil, jouit-il du privilège connu sous le nom de *garantie des fonctionnaires publics*? Nous ne saurions le penser. Le principe a été posé en ces termes par la loi du 3 septembre 1791 : « Les juges ne pourront citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». La constitution du 22 frimaire an VIII a ajouté, dans son art. 75 : « Les agents du gouvernement autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'état. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Le maire, officier de l'état civil, n'est pas administrateur. La répression des délits qu'il a commis peut avoir lieu sans autorisation du conseil d'état. L'indépendance de l'administration, que ces dispositions ont eu pour but de garantir, ne saurait être compromise.

Du Maire, Officier de Police judiciaire.

Punir les crimes et délits est un devoir pour la société. Mais pour en connaître les auteurs, il est souvent nécessaire d'agir avec la plus grande célérité; un simple retard, un instant perdu, suffisent quelquefois pour faire disparaître les traces qui

peuvent conduire à la découverte de la vérité. Pour prévenir autant qu'il est possible ce fâcheux anéantissement de preuves, il a fallu investir un grand nombre de magistrats du droit de les recueillir. Il existe encore un autre motif. Souvent l'intervention du magistrat peut arrêter l'entier accomplissement du crime. C'est à ce double titre que le maire a été nommé officier de police judiciaire. L'art. 1, cod. instr. crim., nous fait connaître le but de l'institution de la police judiciaire; il dit : « La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ». L'art. 9 du même code investit le maire de ces fonctions.

Dans les communes populeuses où il y a un commissaire de police, le maire n'est pas officier de police judiciaire. Ceci résulte des art. 11 et 14 même code. Ce dernier article prévoit le cas d'empêchement du commissaire de police, et décide qu'alors le maire le remplacera, mais seulement dans le cas où il n'y aura dans la commune qu'un seul commissaire de police. L'art. 11 décide que les maires seront compétents pour constater même les délits forestiers, bien que ce soin soit principalement confié aux gardes forestiers et aux gardes champêtres. Dans les campagnes, le maire est dans les meilleures conditions possibles pour agir efficacement; nul plutôt que lui n'est instruit des événements qui peuvent troubler la tranquillité publique.

Cependant il n'a pas toujours capacité suffisante pour constater les crimes. En règle générale, le juge d'instruction est seul compétent. La capacité du maire est limitée par les art. 49 et 50 C. inst. crim., aux cas de flagrant délit ou de réquisition du chef de la maison. Le caractère du flagrant délit et les cas qui y sont assimilés sont déterminés par l'art. 41. Le maire alors, mais seulement alors, a le droit de décerner des mandats d'amener, d'interroger les témoins et les coupables, de dresser procès-verbal de toutes les circonstances relatives au fait ; en un mot, de faire tous les actes permis au procureur du roi dans les mêmes circonstances (art. 49 et 50 id. combinés). Le maire est tenu (art. 53 id.) d'envoyer immédiatement au procureur du roi le procès-verbal qu'il a dressé. Le maire reçoit également les dénonciations de crimes ou délits, et au cas où il ne pourrait par lui-même dresser procès-verbal à l'effet de constater le crime ou délit, il doit immédiatement transmettre la dénonciation au procureur du roi (art. 54 id.). L'art. 29 id. lui prescrit aussi de donner avis au même magistrat de tous les crimes ou délits dont il aura pu avoir connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Cet article est complété par l'art. 30, qui impose la même obligation à tout individu ayant été témoin d'un attentat, soit à la vie, soit à la propriété d'autrui, soit à la sûreté publique. L'intérêt général exigeait qu'il en fût ainsi ; chaque citoyen est intéressé au maintien de l'ordre. Le maire est officier de police auxiliaire du procureur de roi, et

peut , dans les cas des art. 32 et 46 , être délégué par ce magistrat.

Du Maire , juge de police.

« La justice , pour produire tous les heureux résultats qu'on est en droit d'en attendre , doit être d'un accès facile ; il faut que le magistrat soit placé à côté des justiciables comme le prêtre à côté des fidèles , et qu'il puisse entendre en quelque sorte , aussitôt qu'ils sont proférés , les cris de tous ceux qui implorent son autorité ». Ces paroles de l'un de nos professeurs , très justes en ce qui concerne les matières civiles , sont mieux applicables encore aux matières criminelles. Tel est le motif qui a fait attribuer juridiction au maire pour la répression de certains délits.

L'art. 166 C. inst. crim. indique dans quels cas ce magistrat est compétent. « Les maires des communes non chefs-lieux de canton connaîtront concurremment avec les juges de paix des contraventions commises , dans l'étendue de leur commune , par les personnes prises en flagrant délit , ou par des personnes qui résident dans la commune ou qui y sont présentes lorsque les témoins y seront aussi résidants ou présents , et lorsque la partie réclamante conclura , pour ses dommages-intérêts , à une somme déterminée qui n'excédera pas celle de 15 fr. Ils ne pourront jamais connaître des contraventions attribuées exclusivement aux juges de paix par l'art.

139, ni d'aucune des matières dont la connaissance est attribuée aux juges de paix comme juges civils ». Il y a urgence de décider : le maire, mienx que tout autre, peut entendre les plaintes et juger. Le peu d'importance du litige a voulu qu'on n'obligeât pas les témoins et les parties à se transporter au chef-lieu du canton.

Les art. 167-168 indiquent quelles personnes doivent remplir auprès de cette juridiction les fonctions de ministère public et de greffier. Les art. 169 et 170 ont pour objet de restreindre les frais d'instruction de la cause; enfin l'art. 171 déclare applicable à cette juridiction les dispositions d'un grand nombre de textes relatifs à l'instruction et au jugement des causes soumises au juge de paix siégeant comme juge de police.

Le maire quelquefois remplit les fonctions de ministère public (art. 144). C'est lorsque le commissaire de police que la loi désigne spécialement se trouve empêché. Dans ce cas, le maire peut déléguer un de ses adjoints.

Du Maire, chef de la Commune.

La protection que l'état accorde à la commune est, ainsi que nous l'avons dit, en rapport avec les intérêts qu'il faut défendre. Le maire, premier magistrat municipal est chef du conseil de la cité, il le préside; sa voix est même prépondérante en cas de partage; il est le chef de l'administration.

Ainsi le veut le loi. Mais ses pouvoirs ne sont pas aussi étendus qu'on pourrait le croire au premier abord. Les actes que seul il peut faire comme administrateur des intérêts pécuniaires de la commune sont en effet très restreints ; souvent, ainsi que nous le verrons ultérieurement, il exécute seulement les volontés du conseil municipal.

Les fonctions de maire chef de la commune ont un double objet, la police propre à la commune et l'administration de ses biens et revenus.

Sous le premier point de vue, les attributions du maire sont trop nombreuses pour qu'il nous soit permis de les énumérer. Elles sont principalement indiquées dans les art. 3 et 4 du titre II de la loi du 24 août 1790, résumés au paragraphe 1^{er} de l'art. 10 de la loi du 18 juillet 1837.

Ce paragraphe s'exprime ainsi : « Le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure, 1^o de la police municipale, de la police rurale et de la voirie municipale..... »

Dans ces différents cas, le maire agit en dehors de la surveillance du conseil municipal ; mais les arrêtés qu'il prend doivent être immédiatement transmis au sous-préfet. Le préfet peut les annuler ou les suspendre. Ils sont d'ailleurs exécutoires par provision, sauf ceux qui portent règlement permanent et qui sont les plus importants. Ces derniers ne doivent être ramenés à exécution qu'un mois après la réception de l'expédition à la sous-préfecture constatée par un récépissé. Ce contrôle de l'au-

torité supérieure est un juste tempérament du pouvoir accordé au maire.

Il est bon, du reste, de faire observer que l'autorité du maire n'est, dans ces matières, entièrement indépendante de celle du conseil municipal qu'autant qu'il statue sur des objets auxquels ne rattache pour la commune aucun intérêt pécuniaire.

Ainsi, relativement à la police municipale, le maire peut ordonner le balayage et l'arrosage des rues, régler l'heure d'ouverture des marchés et des lieux de spectacle, exercer son inspection sur les denrées exposées en vente, prohiber les attroupelements, prescrire la fermeture des portes à une heure déterminée, empêcher la divagation des insensés ou furieux; en un mot, prendre toutes les mesures propres à maintenir le bon ordre et à assurer la sécurité publique. Sous ce point de vue, tout est laissé à l'arbitraire du maire. On cite même un arrêté interdisant de fumer dans les maisons particulières. Cet arrêté, déféré au conseil d'état, a échappé à sa censure, parce que dans ce cas, le maire, statuant comme organe du pouvoir exécutif, le recours contentieux n'était pas possible.

C'est également le maire qui, dans le cas d'incendie, inondation et autres sinistres, a mission de diriger les secours.

Comme auxiliaires dans l'exercice de ses différents devoirs, le maire a sous ses ordres les commissaires de police et autres employés au maintien de

la tranquillité publique. Le maire peut requérir la force publique.

Comme exemples de mesure de police rurale, nous indiquerons la fixation des bans de vendange, l'échenillage, la nécessité pour les cultivateurs d'enfermer leurs pigeons à certaines époques, la prohibition d'allumer du feu à une certaine distance d'amas de paille et autres matières combustibles.

Sous le rapport de la voirie, nous devons rappeler la distinction établie entre la grande et la petite voirie. Relativement à la première, le maire doit constater les contraventions concurremment avec les ingénieurs et autres agents. En ce qui concerne la seconde, le maire donne les alignements et doit se conformer, pour la délivrance des permis, aux plans adoptés par l'administration. Il doit encore régler l'étalage sur la voie publique, les saillies des auvents et balcons, la circulation des voitures, prohiber le jet de corps susceptibles de blesser les passants.

Pour terminer cette énumération déjà trop longue, nous dirons que le maire a la surveillance de tous les lieux publics et des établissements particuliers d'où pourrait résulter quelque danger pour les habitants. Le maire et ses subordonnés doivent dresser procès-verbal des contraventions aux règlements de police.

Comme sanction de l'autorité du maire en cette matière, l'art. 471 C. pén. prononce des peines pour l'infraction des arrêtés pris compétemment. Les juges ne peuvent examiner le plus ou moins

d'opportunité des mesures prescrites par le maire ; ils doivent obéir à la loi.

Du droit accordé au maire de prendre des arrêtés découle naturellement celui de faire revivre et de rappeler aux citoyens ceux qui ont été rendus antérieurement.

Le maire, bien que chargé spécialement de la police municipale, ne peut cependant se refuser à faire exécuter dans sa commune les arrêtés généraux pris, soit par le préfet, soit par le ministre. D'un autre côté, ceux-ci ne sauraient faire des règlements d'un intérêt spécial. Nous pensons même que le préfet ne saurait modifier l'arrêté pris par le maire ; il doit l'approuver ou le rejeter purement et simplement.

La commune a de nombreuses obligations. Pour subvenir aux frais qu'elle doit supporter, elle a des ressources de différente nature ; les unes sont le produit des biens qu'elle peut posséder ; les autres, et celles-ci sont en général de beaucoup supérieures, proviennent, soit des impôts directs perçus sur les habitants de la commune, soit de l'octroi municipal, soit enfin de quelque une des sources énumérées dans les art. 31 et 32 de la loi de 1837, au titre des dépenses et recettes. Il importait à la commune, à l'état, qu'une sage administration veillât à ses intérêts.

Les biens communaux peuvent être divisés en trois catégories, ceux qui ne sont susceptibles de donner aucun revenu, ceux dont les produits sont

perçus en nature par les habitants ; ceux enfin qui sont exploités au profit de la caisse communale.

Relativement aux premiers, le maire est chargé de la surveillance et de l'entretien. Pour les autres, le maire est moins administrateur que chargé d'exécuter les décisions du conseil municipal. Ceci résulte de l'art. 17 (l. de 1837) qui attribue au conseil municipal le droit de régler le mode d'administration des biens communaux ; les conditions des baux à ferme ou à loyer dont la durée n'excède pas 18 ans pour les biens ruraux, et 9 ans pour les autres biens ; le mode de jouissance et de répartition des fruits communaux autres que les bois ; enfin les affouages, en se conformant aux lois forestières. Les délibérations prises à cet égard doivent, aux termes de l'art. 18, être soumises au préfet, qui, dans un certain délai, a la faculté de les annuler. Ce délai est de 30 jours, et l'exécution peut être suspendue pendant une nouvelle période de 30 jours. La loi a pris soin de distinguer entre les baux de courte durée et ceux qui excèderaient 18 ou 9 ans. Le conseil municipal peut seulement délibérer sur l'opportunité de ces derniers ; la délibération est exécutoire seulement après l'approbation de l'autorité supérieure.

Le conseil municipal est appelé à délibérer dans les cas nombreux énoncés dans l'art. 19, et ces cas se trouvent précisément reproduits dans l'art. 10, au titre des attributions du maire.

Le maire alors représente seulement la commune. Ainsi, aux termes du paragraphe 6 de l'art. 10

(1837), il souscrit les marchés, il passe les baux des biens et les adjudications des travaux communaux dans les formes établies par les lois et règlements. Aux termes du paragraphe 7 id., il souscrit les actes de vente, d'échange, de partage, d'acceptation de dons ou legs, d'acquisition, de transaction; enfin, dit le paragraphe 8, il représente la commune en justice.

En ce qui concerne les dons ou legs, le maire peut toujours accepter à titre conservatoire, mais seulement en vertu d'une délibération du conseil municipal. Il peut aussi intenter toutes actions possessoires et faire les actes conservatoires ou interruptifs de prescription. Ceci résulte du paragr. 2 art. 10, l. 1837.

L'art. 16 id. dispose que, dans les adjudications, le maire doit être assisté de deux conseillers municipaux. Il est établi juge des difficultés relatives aux opérations préparatoires de l'adjudication. La décision est prise par le maire et les deux conseillers municipaux. Il faut, dans cette circonstance, faire à ces trois magistrats l'application de ce principe admis en matière civile et administrative : que nul fonctionnaire ne peut se rendre adjudicataire, soit directement, soit indirectement, lorsqu'il est chargé de surveiller l'adjudication.

Les recettes communales sont toutes destinées à pourvoir aux dépenses obligatoires ou facultatives. Ces recettes et ces dépenses constituent le budget de la commune.

Le maire prépare le budget et le soumet à la délibération du conseil municipal ; il est ensuite approuvé par le préfet ou par le roi , selon l'importance du revenu de la commune. Le soin de surveiller les recettes et les dépenses forme une des principales attributions du maire. Il est assisté , pour la perception et le paiement , par le receveur municipal. Celui-ci ne peut d'ailleurs solder aucune dépense qu'après ordonnancement du maire et dans les limites des crédits accordés.

Les recettes municipales pour lesquelles ne sont pas dressés des rôles de taxe ou de sous-répartition s'effectuent sur états dressés par le maire et visés par le sous-préfet.

En principe , les crédits portés au budget ne doivent pas être dépassés par le maire , et l'art. 38 n'y fait exception qu'en faveur des dépenses obligatoires déterminées par l'art. 30. Cependant le conseil municipal a la faculté de porter à son budget un crédit pour dépenses imprévues. Le maire peut employer ce crédit avec approbation du sous-préfet et du préfet. La loi a même voulu que dans les communes où ne réside pas l'un de ces deux fonctionnaires le maire pût , sans approbation préalable, appliquer le montant de ce crédit aux dépenses urgentes , sauf à en référer immédiatement au sous-préfet , et à rendre compte au conseil municipal dans sa plus prochaine session ordinaire.

Les comptes du maire pour l'exercice clos sont soumis à l'examen du conseil municipal , qui délibère sous la présidence d'un de ses membres nommé

au scrutin , et vote en l'absence du maire. Les adjoints , dans ce cas , ne peuvent être appelés à suppléer le maire , car ils ont pu prendre part à son administration. La délibération est adressée directement par le membre président au sous-préfet , et soumise à l'approbation définitive du préfet ou du ministre , selon l'importance du revenu de la commune.

Au cas où le maire , dans son compte-rendu , réclamerait des sommes par lui payées dans l'intérêt de la commune et non votées par le conseil municipal, celui-ci est appelé à décider si on doit prendre en considération les motifs de nécessité allégués par le maire , ou si ce dernier doit supporter les dépenses par lui ordonnées. Ainsi il a été décidé en 1835 que le maire ne pouvait obtenir le remboursement des avances par lui faites pour une dépense que le conseil ne trouvait pas suffisamment motivée.

Responsable des actes de son administration , le maire a dû avoir le droit de choisir ses employés. La loi lui accorde le droit de nomination à tous les emplois communaux pour lesquels elle ne prescrit pas un mode spécial de nomination. Ainsi , le maire nomme seul le secrétaire de la mairie. Du droit de nomination découle celui de suspension et de révocation. Il est d'autres emplois pour lesquels l'autorité du maire ne saurait suffire ; ainsi , il nomme les gardes-champêtres , mais cette nomination doit être approuvée par le conseil municipal , et ratifiée par le sous-préfet , qui a seul droit de les instituer. Ainsi ,

par exemple, si l'octroi communal est mis en régie, c'est le préfet qui nomme, sur une liste triple présentée par le maire. S'il existe un préposé en chef, le maire, avec l'approbation du préfet et du directeur général des contributions indirectes, présente un candidat; au ministre des finances appartient le droit de nomination.

Dans les communes il existe un grand nombre d'établissements à elles propres; le maire en a la surveillance; mais là ne se borne pas toujours son droit. La commune est quelquefois obligée de subvenir aux frais de ces établissements; elle doit, dès lors, avoir le droit d'intervenir dans leur administration. Ainsi, la commune, en cas d'insuffisance des revenus de la fabrique, est obligée de fournir aux dépenses du culte; le maire est, de droit, membre du conseil de la fabrique. (Décr. du 30 décem. 1809.) Il servira d'intermédiaire entre le conseil de fabrique et le conseil municipal.

Nous ferons les mêmes observations en ce qui concerne les hospices : le maire est président-né des commissions qui les administrent, sa voix est prépondérante en cas de partage.

Le maire est aussi président des bureaux de bienfaisance; il surveille les dépôts de mendicité, les salles d'asile et les prisons.

Il est d'autres établissements communaux, dont le but est la propagation des lumières. Chaque commune doit avoir une école primaire élémentaire ou se réunir à d'autres, au cas d'insuffisance de son revenu. Dans le premier cas, le maire est président du

comité de surveillance ; dans le second , les maires des différentes communes en sont tous membres ; le président est alors nommé par le comité d'arrondissement.

Les attributions , sous ces derniers points de vue , peuvent , en quelque sorte , être considérées comme une délégation du pouvoir supérieur ; cependant , les rapports intimes qui existent entre ces établissements et la commune , ne sauraient être méconnus ; elles sont donc , en quelque sorte mixtes , et servent de transition naturelle au titre suivant.

Du Maire , agent de l'administration supérieure.

Le maire , par la nature multiple de ses fonctions , par l'influence qu'elles doivent lui donner auprès de ses concitoyens , est dans la position la plus favorable , pour faire exécuter , dans sa commune , les ordres du pouvoir central. On devait donc confier à la même personne les fonctions municipales , et le soin de veiller à l'exécution des lois. Cette réunion ordonnée par l'assemblée constituante avait été rejetée par le décret du 14 frim. an II , mais la loi de l'an VIII a consacré de nouveau les principes posés par le législateur de 1789.

Les fonctions du maire , agent de l'administration , nous paraissent être d'une double nature ; il peut être considéré comme un agent chargé , tantôt d'éclairer le pouvoir , tantôt de mettre à exécution les ordres qui lui sont transmis hiérarchiquement.

Sur le premier rapport, pas de difficultés; le maire est tenu de fournir les renseignements qui lui sont demandés; il est l'intermédiaire du pouvoir et de ses administrés.

Sous le second rapport, le principe de subordination est également certain; mais les nombreuses lois qui ont consacré les droits du maire nous en rendront impossible l'examen détaillé.

Agent de l'autorité, le maire doit obéir ou se démettre de ses fonctions; aussi, ne saurait-il être responsable des actes faits en exécution des ordres qui lui ont été transmis. Comme conséquence, il ne saurait être mis en jugement sans une autorisation préalable du conseil d'état. L'art. 75 de la constitution de l'an VIII lui est évidemment applicable; l'administration seule doit être juge du point de savoir s'il a agi conformément à ses ordres.

L'art. 9 de la loi de 1837 indique, en ces termes, les divers cas de délégation : « Le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure : 1^o de la publication et de l'exécution des lois et règlements; 2^o des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois; 3^o de l'exécution des mesures de sûreté générale. »

On pourrait encore dire d'une manière plus générale : la commune étant le dernier terme de la division administrative, le maire est obligé d'intervenir dans toutes les circonstances où le gouvernement veut faire connaître ou faire exécuter une mesure qui s'applique aux citoyens pris individuellement.

C'est ainsi que, pour les élections, soit des députés, soit des membres des conseils généraux ou des arrondissements, le maire est chargé de préparer le travail des listes pour les électeurs domiciliés dans sa commune, et de les publier quand elles ont été arrêtées par le préfet; mais il est chargé plus spécialement de la confection des listes municipales; il juge en premier ressort les réclamations qui y sont relatives, préside par lui ou par ses adjoints les différentes sections, et décide avec le bureau, mais d'une manière provisoire, les difficultés qui peuvent s'élever.

La garde nationale étant, en principe général, organisée par communes, c'est au maire qu'appartient le travail préparatoire des contrôles; il prépare de même et publie les tableaux de recensement pour le tirage au sort, et assiste le préfet dans les opérations du tirage; procède à la confection des tableaux de recensement quinquennal pour la fixation de la population; intervient dans les enquêtes d'expropriation; délivre les passeports à l'intérieur; il est chargé des enquêtes *de commodo et incommodo*; enfin, il coopère à l'exacte répartition des impôts, et fait partie de la commission qui doit évaluer les valeurs locatives.

Nous ne poursuivrons pas davantage cette énumération; qu'il nous suffise d'avoir indiqué les principales attributions du maire, et fait connaître les principales règles. Il n'a jamais été dans notre pensée de présenter un tableau complet de la matière;

un semblable travail eût été au-dessus de nos forces, et ne peut trouver place dans une thèse.

En terminant nous dirons, que de toutes les magistratures, celle dont nous nous sommes occupés, est peut-être la plus humble, mais elle est la plus méritoire. Le maire ne reçoit aucun traitement, et se dévoue au bien-être de ses concitoyens; il a droit à la considération générale et au respect de chacun.

Vu par le Président de la Thèse,

DELPECH.