



BIBLIOTECA CENTRALA
A
UNIVERSITAȚII
DIN
BUCUREȘTI

No. Curent *M.567* Format.....

No. Inventar *16132* Anul.....

Secția..... Raftul.....

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

~~No. 90675.~~

DE LA

308129
BIBLIOTECA CENTRALA

PUISSANCE PATERNELLE

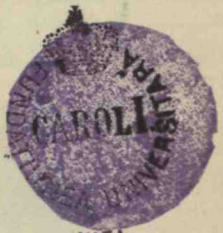
A ROME, EN FRANCE ET EN ROUMANIE

PAR

1881

CONSTANTIN C. ARION

DOCTEUR EN DROIT



DONAȚIUNEA
AL. DJUVARA

16132.

BIBLIOTECA CENTRALĂ
UNIVERSITARĂ
BUCUREȘTI

PARIS

L. LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22.

1878

347.634

11564
1944

CONTROL 1953

PC 95/95

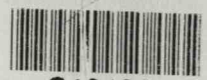
CONTROL 195

1961



AL. DJAVARA
DOMATINEA

B.C.U. Bucuresti



G16132

10101

LA PUISSANCE PATERNELLE

INTRODUCTION

L'autorité paternelle est un droit.

Comme tout droit, elle ne peut résulter que d'un devoir, et ce devoir de la paternité est avant tout un besoin du cœur, tant il est inhérent à la nature humaine.

On est engagé envers ces pauvres enfants qu'on a mis au monde. Leur naissance leur a imposé la nécessité de la vie physique et de la vie morale, on doit leur donner les moyens d'y satisfaire. Et en mettant au cœur des parents une ineffable tendresse, combien la nature a fait du plus difficile des devoirs le plus doux.

On a dit que l'autorité du père était contraire à la nature, car l'homme naît libre. Le droit naturel ne permet aucune dépendance.

Est-ce là une véritable dépendance? Non. La puissance paternelle n'est que l'exercice du droit de protection.

L'enfant naît faible. Il a besoin de défense, de soins et d'amour.

De qui exiger ce grand dévouement qui lui est nécessaire, si ce n'est de ses parents ?

La faiblesse naturelle de l'enfant, la tendresse naturelle des parents, voilà les véritables bases de la famille. La nature elle-même impose ce lien, et si le père est le chef de la famille, c'est qu'il en est le protecteur naturel.

A l'origine, l'homme ne connaît pas d'autre principe que celui de la force. Il dompte la nature. Et ce n'est que lorsqu'il est sorti triomphant de cette grande lutte que la première notion du droit se développe chez lui.

Cette première notion est celle du mien. Grâce à son génie, il a inventé l'arc qui lui assure la nourriture, le vêtement qui le couvre, la hutte qui l'abrite, il a conquis les troupeaux et les champs qui l'enrichissent.

Sa première civilisation commence avec ses premières richesses, avec le droit de propriété. Mais ce droit n'est encore fondé que sur la force.

L'homme fort, voilà l'homme qui domine. Avant tout, il doit pouvoir défendre. Et de même qu'il défend sa cabane et son champ, il défend son enfant et sa femme. En les défendant, il se les assujettit, et son droit de protection devient un droit de propriété.

Sa femme même, avec laquelle il fonde la famille, comment la prend-il ? Par la force. Toutes

ces légendes de l'antiquité : les exploits d'Hercule à Thespies, l'enlèvement d'Iole, d'Hélène, l'enlèvement des Sabines par les Romains, ne sont que les échos des temps passés. Cette conquête de la femme par le rapt existe à l'origine chez tous les peuples, quelle que soit la race (1). Elle existe aujourd'hui encore, et pas seulement à l'état de symbole, chez plusieurs peuples sauvages (2).

Ainsi droit de propriété sur la femme et sur l'enfant, donc droit absolu, droit de destruction, droit de vie et de mort, voilà la première puissance dans la famille.

Plus tard, les cités se forment, mais les cités elles-mêmes ne sont que la réunion de ces familles où le chef est tout.

La vie extérieure n'existe que pour lui seul. Il vit dans la cité pour lui et pour les siens.

Les lois politiques commencent à l'assujettir, mais il n'y a pas de pouvoir qui puisse franchir le seuil du foyer domestique, et il reste chez lui le maître tout-puissant.

Ce caractère absolu de l'autorité dans la famille, nous le rencontrons chez tous les peuples anciens. « Le père est le maître et commande chez lui

(1) Elle existait chez les Juifs, nous en avons une preuve dans le livre des Juges. Les hommes de la tribu de Benjamin enlevèrent 400 vierges de Calez-Gilead pour se marier avec elles.

(2) Chez les noirs de l'Australie, voir à ce sujet l'article : *La Famille dans le passé*, de M. Lesigne, dans la *Philosophie positive* de Mai-Juin 1878.

« comme le dieu de la maison, » disent les lois de Manou.

Dans l'exaltation des croyances primitives, tout principe d'autorité se résume dans la religion. La religion antique intervint dans la famille pour donner au père un caractère plus auguste.

Les dieux eux-mêmes sont des pères, parce qu'ils sont tout-puissants (1). C'est ainsi que le titre de père devient l'emblème de l'autorité, et que sa toute-puissance est considérée comme divine. C'est lui qui, sur la terre, représente le dieu, c'est lui qui juge, qui frappe, qui récompense et qui protège.

Chez tous les peuples anciens, on voit la famille avec le droit absolu du père.

Chez les Hébreux, le père peut tuer son enfant, l'offrir à Dieu comme le sacrifice le plus grand. Mais de bonne heure déjà, l'affection tempère ce droit. Abraham n'ose pas accomplir le cruel sacrifice, car il a entendu la voix de Dieu, la voix de la nature qui parlait dans son âme.

Moïse, parmi ses commandements divins, met celui-ci : « Honore ton père et ta mère, afin que tu sois heureux et que tu vives longtemps sur la terre (Exode, XX). » Et ce n'est pas là seulement un précepte de morale, car celui qui aura maudit son père ou sa mère sera puni de mort (Deuter., XXVII, 16).

(1) J. Grim., *Antiq. all.*; Fustel de Coulanges, *Cité ant.* Autorité dans la famille.

Le père à son tour doit protection à l'enfant. Son droit commence à être mitigé par l'intervention des anciens qui formaient le tribunal de chaque ville : « Quand un homme aura un enfant « méchant et rebelle, n'obéissant pas à la voix de « son père et à la voix de sa mère, et qu'ils l'au- « ront châtié, et que, nonobstant cela, il ne les « écoute point, alors le père et la mère le pren- « dront et le mèneront devant les anciens de la « ville : C'est ici notre fils qui est méchant et « rebelle, et tous les gens de la ville le lapideront « et il mourra. » (Deut., XXI, 18 et suiv.) (1).

Moïse enlève ainsi au père le droit de vie et de mort. Néanmoins le pouvoir du patriarche dut rester grand, car il est le maître, le roi, le juge dans sa famille.

En Grèce, il y a une grande différence entre les deux républiques qui se partagèrent la civilisation et le génie grec, entre Sparte et Athènes.

A Sparte, Lycurgue confond toutes les familles dans l'Etat. L'enfant n'appartient plus à son père, il appartient à l'Etat, qui donne à tous les enfants une éducation commune, destinée à développer la force du corps et les vertus civiques. Tous doivent se confondre dans l'unité absolue qui, aux yeux des Spartiates, est le caractère essentiel d'une république parfaite.

Quoi qu'en ait dit Platon, et plus tard Jean-Jac-

(1) Nous empruntons la traduction de ce passage à M. J. Hébert, *Puissance paternelle*.

ques Rousseau, c'est aujourd'hui une vérité établie à l'égard de tous que l'Etat ne saurait se charger de l'éducation. Pour élever l'enfant, il faut l'aimer et le comprendre (1). L'Etat ne peut ni aimer, ni comprendre l'enfant. Il remplacerait mal l'autorité du père et ne saurait remplacer l'affection de la mère.

On peut, il est vrai, espérer encore avoir des citoyens, mais qu'est la patrie, sans la famille ?

Si on arrive parfois à admirer la force des Spartiates, combien leur dureté est à plaindre. Malheur au faible ! voilà leur devise. L'enfant chétif est mis à mort, le vieillard est une charge à la patrie.

Aucune protection à l'enfant, encore moins à la femme qui n'est bonne qu'à donner des citoyens à la patrie. La nature l'a faite mère, la loi lui interdit sa maternité, dans ces conditions elle ne peut être que la chose de son mari, et le mari devra la mettre à la disposition de n'importe qui, pourvu que Sparte ait un soldat de plus.

Cette éducation favorise-t-elle au moins le développement de la liberté ? Non, nulle part le principe autocratique ne fut plus grand que chez les Lacédémoniens. Toute puissance réside entre les mains des magistrats. Et ceci est naturel. Dépendre en toute chose de l'Etat est un esclavage.

La famille n'existe plus, et l'homme perd son

(1) Paul Janel, *la Famille*, p. 29.

individualité. Or, ce qui fait la véritable civilisation, c'est la liberté individuelle, le droit pour chacun de se former selon les moyens que la nature lui a donnés. Aussi Athènes qui, parmi les républiques de l'antiquité, comprit le mieux ce principe, brille d'une civilisation toujours vivante à côté de cette physionomie grande, mais brutale de la force que Sparte représente.

A Athènes, l'enfant commence à avoir des droits. Dans ses *Antiquités Romaines*, Denys d'Halicarnasse dit que les lois de Solon, de Pittacus et de Charondas ne donnaient pas le droit de vie et de mort sur l'enfant. Le père peut seulement déshériter l'enfant et le chasser de la maison paternelle.

Aristote dit : « La saine politique doit veiller sur les générations futures qui sont la pépinière de l'Etat (1). »

L'adoucissement des mœurs, la civilisation introduisaient ainsi l'idée de protection des enfants.

A Rome, la puissance paternelle prit un développement et un caractère tout à fait spécial. Le père résume toute la famille ; tout est organisé dans son intérêt. Sa volonté est toujours toute-puissante, il est la tête et le cœur de la famille. Sa puissance perpétuelle est absolue.

Pendant longtemps la puissance paternelle ne fut réglée que par les mœurs et la religion, Rome étendit partout ses institutions.

(1) *Polit.*, liv. I, ch. IV, 8.

Sous Marc-Aurèle, tous les habitants du monde romain deviennent citoyens. L'organisation de la famille romaine dut se propager chez tous les peuples.

Mais combien cette organisation subit des modifications profondes.

L'Orient que Rome avait conquis par les armes, la conquit à son tour, par le luxe et les richesses.

Avec la république austère, les antiques vertus disparurent.

La corruption avait créé de nombreux besoins à la politique.

Comment gouverner un peuple qui commençait à n'avoir qu'un désir : le luxe, et qu'un dieu : l'argent, si ce n'est par le luxe et l'argent ?

Les munificences impériales deviennent une habitude. L'empereur ruine l'État par ses largesses. Le peuple a un semblant de bonheur : il mange au festin public, il va au spectacle impérial et de jour en jour son sens moral disparaît.

Son autorité devient nulle et la toute-puissance se concentre entre les mains de l'empereur.

C'est ainsi que la corruption fait disparaître la liberté de l'État romain.

Cependant on conserve encore les anciens noms de sénat et de consuls. Ce ne sont plus que des souvenirs. A défaut de vertu on fait beaucoup de bruit, à défaut de mœurs on crée des dignités (1).

(1) Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, II, lettre 37.

Le sénat qui avait représenté jadis la force et la majesté du peuple romain, devint un corps municipal, aux ordres de l'Empereur. Pour toute mission il ne conserve que celle de prodiguer les applaudissements officiels. Il acclame l'empereur, son enthousiasme ordonné est au comble. Il appelle l'empereur divin et lui dresse des autels. L'apothéose impériale devint une des formes raffinées de la flatterie (1).

Heureux encore le peuple romain quand cet empereur n'est pas un tyran ou un fou, comme Caligula ou Néron, quand tout l'État ne se traîne pas dans la débauche aux ordres de quelque Messaline.

Dans ce grand désarroi, quelques beaux jours vont encore luire, grâce à la sagesse de Marc-Aurèle, à l'honnêteté de Titus ou de Vespasien, au génie de Trajan. Mais le mal avait pénétré trop avant, la décomposition devait terminer son œuvre. Le génie humain était devenu impuissant, l'homme n'arrête pas les siècles.

Quelle était alors la vie intérieure ?

La corruption des mœurs avait pénétré dans la famille. Le divorce était en honneur. Il y avait des maisons où l'on comptait plusieurs séries d'enfants ayant des mères ou des pères différents.

Depuis longtemps déjà Cicéron, dans un accès de mauvaise humeur, avait dit que les hommes

(1) *Les Religions rom.*, P. Boissier, p. 167.

étaient sous la tutelle des femmes. Le mal n'avait fait que croître.

Le luxe est à son comble, on n'admire plus la vertu, on n'estime plus la retenue. C'est une vie d'agitation et de fièvre. Pour faire parler de soi dans une ville si affairée, dit Sénèque, il faut imaginer des extravagances (1).

D'ailleurs vie de matérialisme, de jouissance et de débauche. Ne vous étonnez pas que nous ayons tant de maladies, dit encore Sénèque, nous avons tant de cuisiniers (2).

Ils sont bien loin, ces temps où un censeur rejetait dans la classe des contribuables et privait de son cheval, un chevalier qui lui paraissait trop gros (3). L'autorité paternelle s'affaiblit.

Un luxe de plus en plus grand augmente chaque jour l'usure. Traqués par des usuriers impitoyables, dévorés par les besoins d'une vie dissolue, les fils en arrivent à attenter aux jours de leurs pères, afin d'avoir plutôt la jouissance d'un patrimoine qui s'en allait en débauches (4).

Pour mettre un frein à l'usure, pour assurer les jours des vieux parents, Vespasien est obligé de rendre le sénatus-consulte Macédonien (5).

Par contre là où le père conserve encore son au-

(1) Ep. 122, 2.

(2) Ep. 95, 23.

(3) Aul. Gel. III, 20, VII 22

(4) Tacite, *An.* II.

(5) *Institutes.*

torité, cette autorité devient cruelle. Pendant des siècles la puissance paternelle n'avait eu d'autre frein que les mœurs. Mais les mœurs se sont relâchées, elles sont devenues impuissantes à protéger la faiblesse de l'enfant, alors commence l'intervention du préteur dans la famille, intervention qui va toujours en s'accroissant, à ce point que le droit de justice du père lui est presque enlevé.

Cette époque de corruption est, en même temps, une époque de raffinements.

Les professeurs éclairés sont nombreux à Rome (1). Le désir de l'instruction est répandu, les beaux-arts sont en honneur.

Temps de la décadence, mais qui est aussi celui que les noms de Cicéron, de Virgile, d'Horace, et plus tard ceux de Sénèque et de Tacite illustrent.

L'éducation s'étend aux femmes. Plinius rapporte qu'on lui a lu des lettres d'une femme très-instruite. Ces lettres étaient charmantes, dit-il. Vous croiriez entendre Plaute et Térence parler en prose (2).

Cela fut même poussé à l'excès. Du temps de Juvénal, il y avait non-seulement des femmes qui voulaient participer aux affaires publiques, mais qui de plus avaient des prétentions d'avocats et de jurisconsultes. Elles fuyaient le sexe, dit le satirique.

Les anciennes idées d'austère morale ont dis-

(1) *Rome au siècle d'Auguste*, Lettre sur l'éducation.

(2) *V. les Religions rom.*, Boissier, de l'Académie franç., p. 259.

paru, les liens de la famille se relâchent de plus en plus.

Mais une transformation va s'opérer. Le christianisme est devenu tout-puissant. Avec lui le monde prend un nouvel essor.

C'est surtout aux mœurs que le christianisme devait s'adresser. La révolution qu'il inaugure est complètement morale. Au début, les institutions de l'État, les lois de l'Empire importent peu : « *Rends à César ce qui est à César* » dit le Christ et Pierre le disciple ajoute : « *Obéis même aux mauvais maîtres.* »

Mais dans la famille l'influence des doctrines nouvelles se fait sentir. Un élément entièrement nouveau y est introduit. Cet élément, c'est la femme.

Grâce à la religion chrétienne un grand pas est fait vers l'émancipation, vers l'égalité civile de la femme. Nous sommes les enfants de la femme libre, dit saint Paul (1).

La vierge mère, l'idéal de pureté et l'idéal d'amour, a donné naissance au Messie. C'est par la femme qu'était venu le salut; le monde nouveau devait se montrer reconnaissant.

Dès l'origine du christianisme, la femme joue un rôle considérable. Dans l'Eglise elle est l'égale de l'homme, et pendant longtemps, elle put remplir les offices de prêtre (2).

(1) Ep. aux Gal., IV, 31.

(2) V. *Bible de l'humanité*, par J. Michelet. *La femme prêtre.*

Le génie de la religion nouvelle, tout de tendresse, ne pouvait mieux être interprété que par la femme. Il s'adresse aux âmes. Qui le fera mieux entrer dans l'âme de l'enfant que la mère?

La foi chrétienne pénètre ainsi, par la mère, dans la famille. Par la famille, dans le monde.

Le christianisme brise définitivement le despotisme domestique et fonde la famille sur le devoir.

« Le même devoir tient asservis les deux époux, » dit saint Jérôme.

Devoir d'affection et de dévouement.

Cette association de la mère à l'autorité dans la famille, fut le premier grand progrès que le christianisme réalisa. « A chaque pas nouveau qu'a fait la femme vers l'égalité civile, dit M. Gide, l'on a vu les mœurs publiques s'épurer et s'adoucir. »

Le caractère de la famille devient tout autre.

Il n'y a plus de père, au sens ancien.

Ce n'est plus le père qui représente la toute-puissance. La famille s'idéalise, mais aussi elle s'imprègne d'un certain mysticisme (1). Et ce lien avec la divinité que le père faisait seul dans la famille antique, c'est la mère plutôt qui le fera désormais.

Le but de la puissance paternelle est changé ; désormais il ne doit plus être que l'intérêt de l'enfant.

« Ce n'est pas aux enfants, dit saint Paul, à

(1) *Bible de l'humanité*, p. 471.

« amasser des biens pour leur père, c'est au père à
« en amasser pour les enfants (1). »

Dans la transformation de la famille, dans les lois qui vont la régir, le christianisme joue un rôle considérable.

Il n'est guère de réforme législative réalisée par les empereurs chrétiens dont on ne trouve l'idée dans les écrits des pères de l'Eglise. Les pères ont en quelque sorte donné la formule de ces lois, qui devaient gouverner la famille, selon les doctrines nouvelles (2).

Ils provoquent sous les empereurs chrétiens une foule de mesures protectrices pour les enfants. Constantin, le premier, pose en principe que la puissance paternelle ne doit consister que dans l'affection. Le père qui tue son enfant est puni d'une mort affreuse.

L'exposition des enfants fut interdite. Les enfants abandonnés sont recueillis et nourris aux frais de l'Etat.

Quand le père est riche, il doit une partie de ses biens à son enfant, la légitime est élevée (3).

Le pouvoir de la mère paraît dans la loi et s'agrandit chaque jour. On arrive même jusqu'à lui attribuer la puissance paternelle, si elle est ré-

(1) Ep. aux. Eph., V, 25.

(2) Gide, *Op. cit.*, p.

(3) C. Just., Lois 30 et suiv., nov. 115, 118.

pudiée ou si elle fait prononcer le divorce à son avantage contre un mari coupable (1).

Telle fut l'influence considérable du christianisme.

Puis vint le grand effondrement du monde romain, l'invasion des barbares, qui devait amener le moyen âge, défaillance de l'humanité, dit Michelet.

Parmi ces peuples barbares il en est un qui mérite de fixer l'attention : ce sont les Germains.

Leur civilisation encore primitive, mais encore toute pure, leurs mœurs austères qui contrastaient tant avec les mœurs de la décadence romaine, ont inspiré à Tacite le plus beau de ses livres, *la Germanie*.

La Germanie est un livre tout de louange, d'enthousiasme, de parti pris peut-être (2). La louange des Germains est un blâme pour les Romains. Si cela est parfois excessif, il y a aussi dans ce livre beaucoup de vérités. Que d'admirables choses dans la vie de ce peuple, que le contact avec les Romains avait déjà poli et pas encore corrompu.

Les mœurs, dit Tacite, ont plus d'empire chez eux que les lois et, en parlant des Germanes, il ajoute : « Elles vivent sous la garde de la chasteté, « loin des spectacles qui corrompent les mœurs,

(1) C. Théod.

(2) Michelet n'hésite pas à l'appeler « un roman » (*Bible de l'humanité*).

« loin des festins qui allument les désirs, hommes
 « et femmes ignorent également l'art d'écrire de
 « mystérieuses correspondances ».

L'unité caractérise aussi la famille chez les Germains, mais cette unité ne résulte pas de la volonté du chef, du patriarche qui se trouve à la tête de la famille, mais de l'association entre les guerriers (1).

Ceux qui n'étaient pas capables de porter les armes, sont seuls en puissance ; mais, dès que le fils était devenu guerrier, il s'affranchissait, il devenait l'égal de son père, il venait siéger à côté de lui, au tribunal de famille.

De plus nous voyons s'étendre en Germanie l'idée de la protection du faible par le fort, *le mundium*, n'est pas autre chose (2). Le fils, pendant son jeune âge, la femme, pendant toute sa vie, sont soumis à cette protection.

D'autre part, le pouvoir paternel s'équilibre en se partageant. La mère est associée à l'autorité paternelle (3), mais incapable de fait, car elle ne peut porter les armes, c'est celui qui a le *mundium* sur elle qui l'exerce sur l'enfant.

Le frère de la mère avait droit au même respect et aux mêmes honneurs que le père (4).

Peut-être y a-t-il dans ce *mundium* le germe

(1) J. Grimm, ouv. cité, p. 152.

(2) Laferrière. *Hist. du droit français*, t. 3.

(3) Tacite dit : « Intersunt parentes, non ut apud Romanos soli patres, et munera probant. » (*De Mor. Germ.*, 18.)

(4) Tacite, *Germ.*, 20.

qui développé, par l'exaltation de la foi chrétienne, par l'idéal dans lequel la religion nouvelle avait placé la femme, devait produire la chevalerie.

Pendant le moyen âge la femme est encore puissante. Avec elle est aussi puissante la notion de la famille. Les idées introduites par le christianisme persistent toujours.

Du fond des vieux châteaux sortit cette institution de la chevalerie qui fit du bien ; car elle exaltait les plus nobles sentiments : la foi, l'amour, la générosité.

La famille s'associe à la religion et emprunte ainsi un caractère presque sacré.

Dans l'antiquité il n'y avait de famille que sur la terre, avec le christianisme elle s'élève au ciel. Le sentiment de la maternité est désormais un sentiment divin. Il y a une sainte famille toute pure, tout idéale. Ce nom même de sainte famille, l'antiquité l'ignore. La famille antique avait eu un caractère religieux, la famille chrétienne eut un caractère divin.

Le christianisme est l'avènement dans la religion de la mère. L'idée du ciel en est changée. Anciennement, c'était le lieu d'où émanait l'autorité, rien de plus divin que la puissance. Dans l'idée chrétienne, c'est le lieu d'où émanent la providence et l'affection, les plus grandes de toutes celles de la famille.

Quand, au seizième siècle, le génie humain eut

ce beau réveil qui s'appelle la Renaissance, il subit l'influence de ces idées.

Nous les voyons dans d'immortels chefs-d'œuvre. Le génie le plus élevé : Raphaël, le plus tendre : Murillo, tant d'autres s'en inspirèrent, et c'est la plus belle glorification de la famille : la glorification par le génie.

Aujourd'hui encore, dans notre société, est-il un devoir plus grand que celui des parents ?

Le Code a maintenu l'idée que la puissance paternelle n'est que le moyen d'arriver au devoir paternel : l'éducation de l'enfant.

Un philosophe éminent a dit : On peut définir l'enfant, un être qui s'ignore (1).

Rien de plus vrai. L'éducation est la révélation de l'enfant à lui-même. Dans cette œuvre qui prépare l'avenir, chacun des parents a sa part, mais bien plus grande est la part de la mère. Plus que jamais on peut dire l'avenir de l'enfant est entre les mains de la mère. Dans nos mœurs, le père travaille toujours au dehors. C'est ce travail qui le lie à la famille, car il le fait en pensant à sa femme, à ces enfants, en se dévouant et cela, depuis l'ouvrier le plus humble jusqu'au travailleur de génie. Et quand le soir il rentre chez lui, pour trouver le repos et le bonheur, il y porte la gravité sereine, un encouragement pour la mère, une caresse pour l'enfant. Le respect, une tendre vénération naissent autour de lui.

(1) *La Famille*, par M. Paul Janet.

La mère est l'âme du foyer, c'est elle qui soigne, qui nourrit son enfant de son sein, d'abord de sa parole, de toute sa vie ensuite.

A chaque instant, elle descend jusqu'au fond de l'âme de son enfant, dans un baiser, dans un sourire. Elle gronde, elle punit même et cependant elle reste toujours la mère bonne, la mère qui se penche sur le lit de l'enfant malade, qui pleure de son mal, qui sourit de sa joie, la mère qui lui a appris à aimer, qui semble le lien de l'enfant avec Dieu.

Considérée comme la conséquence d'un devoir, l'autorité paternelle n'est pas moins utile à ceux qui l'exercent qu'à ceux sur lesquels elle est exercée.

Le devoir agrandit la dignité de l'homme. Voilà un jeune homme qui s'est marié. On a beaucoup consulté les convenances, on a bien pesé la dot, les espérances de part et d'autre, et on se trouve uni pour la vie. L'accord des intérêts est parfait, et bien souvent celui des âmes et des intelligences manque complètement, alors le ménage n'existe qu'en apparence. Chacun va de son côté. Mais il est une chose dont la femme sera toujours jalouse, c'est l'amour de son enfant. Si elle songe que l'enfant cessera un jour de l'aimer, car il aura cessé de la respecter, il n'y a pas de plaisir au monde, qui vaille une larme que lui coûtera ce chagrin et, dans le tourbillon de luxe et de plaisirs qui l'entraînait, la mère sauve la femme.

J'en dirai autant de l'homme. Voici un homme ambitieux et cupide. Pour avoir les honneurs il sacrifie son honneur, sa souplesse à sa récompense; le voilà riche et couvert de rubans. Mais si on lui fait savoir qu'un jour plus serein luira sur sa patrie et que des oripeaux dont il s'est couvert, il ne restera que le souvenir de les avoir honteusement gagnés, que ce souvenir arrivera à son fils, il faudra qu'il soit arrivé au dernier échelon de la dégradation pour que cette pensée ne l'émeuve et ne le fasse réfléchir. Personne ne se résigne à perdre l'estime de son enfant. Et cet homme qui faisait fi de l'opinion du monde et du respect de sa femme, sera encore retenu par la pensée qu'il a un fils. Il ne voudra pas tacher son autorité paternelle, car c'est la seule autorité véritable qui émane de la nature, et cette piété que Dieu a mise au cœur de tout homme, est la plus sacrée de toutes.

Mais, si le père ne représente l'autorité qu'il doit, s'il s'en rend indigne, alors tout revient au hasard. On aura beau dire à l'enfant : « Après tout, c'est ton père » : l'enfant pourra penser. Il ne s'est pas donné grand'peine pour me donner cette naissance, il ne s'en est donné aucune pour faire de moi un homme.

Donc pas d'autorité réelle sérieuse, si elle n'est représentée par des qualités dignes. La puissance du père représente à elle seule toute la majesté de la famille, elle plane dans une sphère d'où on ne saurait la faire descendre sans la compromettre.

Il est impossible de remplir le devoir de la paternité si on n'est pas obéi de celui à qui il est dû. Comment donner l'éducation physique et morale à l'enfant, s'il n'est pas tenu, non-seulement à des sentiments, mais à des actes d'obéissance? De là, pour l'enfant, une obligation de respect et de soumission.

Ceci est d'ailleurs dans la nature même. Le premier sentiment qui se développe chez l'enfant, c'est l'amour envers ses parents. Faible, il est soumis par nécessité. Sa faiblesse le porte à la crainte et son amour au respect. Il commence à bégayer à peine que déjà il aime. Il s'attache par une espèce d'instinct, et suit partout sa mère, car qui peut jamais remplacer la gaieté et la chaleur du nid maternel? Voilà la famille constituée : le père, la mère, l'enfant, le travail, la tendresse, la joie.

Le père a l'autorité, et l'enfant doit lui être soumis, c'est ce qu'a dicté la nature. Mais quelle sera la règle de cette autorité et de cette soumission? La famille ne peut être abandonnée à elle-même. Si elle l'était, un seul élément dominerait tout, la force. L'égoïsme remplacerait tout autre sentiment.

C'est ce qu'on voit chez les peuples sauvages. En Australie, plus d'un fils tue son vieux père devenu inutile.

Chez les peuples de l'antiquité et à Rome, la puissance paternelle et le devoir de l'enfant étaient réglés non par l'État, mais par la loi suprême, par

la religion (1) bien autrement puissante à l'origine que l'État. La loi civile elle-même ne tarda pas à intervenir. L'intérêt de tous est trop en jeu dans la constitution de la famille pour que l'État n'intervienne pas.

L'intervention de la loi aura pour but tantôt de circonscrire l'autorité paternelle, tantôt de la défendre.

Ce qui doit guider, c'est l'intérêt de l'enfant. Le père dispose de la patrie, de la religion, de l'éducation de l'enfant. En l'élevant, il forme ses croyances, il lui désigne le travail dont l'enfant fera sa profession.

Dans le mariage, la loi veut que le père guide encore son enfant, car c'est à la sagesse du vieillard de montrer au jeune homme la véritable voie du bonheur.

(1) V. Fustel de Coul., *Cité antique*, Autorité dans la famille.

DROIT ROMAIN

SECTION PREMIÈRE

CHAPITRE I

CARACTÈRE ANCIEN ET SOURCES DE LA PUISSANCE PATERNELLE

La maison, siège de la puissance.

La maison est pour le Romain son foyer et son temple.

Elle renferme ses affections et sa religion : sa femme et ses enfants, les dieux protecteurs et les cendres des ancêtres.

Ses murs l'isoleront du monde entier. Il sera roi, juge et prêtre. Il fera la loi dans sa famille, il jugera les coupables, il sacrifiera aux dieux. Devant la religion, comme devant la cité, lui seul représentera la famille.

Le père peut tout faire, tout oser. Mais à ce pouvoir si grand il y a deux freins : l'affection qui est humaine, la religion qui est divine.

D'ailleurs, à l'origine, tout revêt dans la famille un caractère sacré. Il y a une *pietas erga parentes* et une *pietas erga liberos* (1).

La maison elle-même est chose sainte. « Qu'y a-t-il de plus sacré que la maison? dit Cicéron. Les dieux l'habitent (2). »

Extraire un homme violemment de sa maison, c'est arracher un prêtre à son autel, un juge à son prétoire. C'est offenser le *Lar familiaris*, divinité tutélaire de chaque famille.

Qui entretiendra le feu de Vesta? Ce feu éteint, il y aura un lien de moins avec la divinité et la cité elle-même en souffrira (3). La religion et le droit, le *jus* et le *fas* protègent la maison. C'est ainsi que très anciennement naquit l'inviolabilité du domicile (4).

La maison est le lieu du repos, le lieu de la pensée aussi. C'est une partie de la vie de l'homme et elle porte l'empreinte du caractère et comme une partie de l'âme de celui qui l'habite.

Et bien plus à Rome que de nos jours. La maison romaine forme une *insula*, elle est séparée, isolée de toutes les autres, comme pour mieux appartenir avec tout ce qu'elle renferme à un seul. Elle est le lieu d'origine et surtout le siège de cette

(1) *Cité antique*, Autorité dans la famille.

(2) *Pro domo*, 4.

(3) Ovide, V, 139, III, 698.

(4) *De domo sua nemo extrahi debet* (Cicéron).

grande puissance paternelle, fondement même de la famille.

Nulle part ne fut l'idée du foyer plus forte. Le foyer résume tout : religion, vie de famille et vie civile. Non que la vie politique ne fût accessible au fils qui se trouve en puissance, mais le premier magistrat de Rome, en dehors de ses fonctions publiques, ne sera plus que le fils soumis. Il devra s'agenouiller et adorer à côté de son père les mêmes dieux, c'est de son père seul qu'il sera justiciable. Il ne saurait avoir un autre autel, ni un autre tribunal. Et quant à la vie civile, il n'aura d'autre capacité que celle que son père lui prêtera, d'autre devoir que celui qu'il lui imposera.

Préteur, tribun, pontife, dictateur même, il restera *filius familias*, et comme tel son père aura le droit de le punir, de le frapper de mort, tout ce qu'il acquerra enrichira le patrimoine paternel. En dehors de l'autorité de son chef suprême, il n'aura ni pouvoir ni patrimoine.

Indépendance complète de la famille.

Une autorité absolue du père, une indépendance complète de tout pouvoir public, tels furent pendant longtemps les caractères de la famille romaine.

Dans les relations délicates de famille nulle force extérieure ne peut intervenir. Les mœurs, l'affec-

tion, la religion conseillaient le père et lui dictaient ses décisions.

Le père lui-même ne pouvait appeler à son aide la force publique contre son fils. Si le fils résistait et que le père ne pût dompter cette résistance, ce n'était pas au magistrat à intervenir, la religion lançait une espèce d'anathème contre l'enfant coupable. Il devenait *sacer*, ne pouvait plus approcher des autels, ni invoquer l'assistance divine. Le malheureux qui avait méconnu l'autorité paternelle était ainsi abandonné des dieux et devenait l'objet du mépris de tous (1).

Au milieu donc de la grande république il y a une république plus petite et plus unie, qui a son chef, ses lois, dictées par les mœurs, et sa religion, ses *sacra privata*.

Cette autorité suprême sera exercée par le plus vieux, par le premier des aïeux qui sera le plus près de l'autel et qui par cela semblera tenir sa toute-puissance de la divinité même. Ce patriarche pourra dire comme l'Hindou : « C'est moi qui suis le dieu. » A sa mort il deviendra pour ses enfants un être divin qui fera partie de cette religion domestique (2) à laquelle doit se rattacher

(1) Ihering, t. II, § 32, en note. Esprit du droit romain.

(2) Les Romains avaient une pieuse pratique, ils conservaient le masque en cire de l'aïeul mort. Ces masques étaient attachés autour de la pierre du foyer et c'est en quelque sorte sous les yeux des morts, dont le souvenir était toujours vivant, que tout se passait dans la famille.

à l'origine tout principe d'autorité dans la famille (1).

Origine de l'autorité.

Il ne faudrait pas croire cependant que cette autorité fût d'invention purement romaine. Nous voyons la puissance, attribuée dans la famille à un seul, chez tous les peuples indo-européens. Le nom même de *pater* l'indique, il est le même en latin, en grec, en sanscrit. C'est donc un mot très ancien remontant aux premiers temps, où l'invasion pélasgique n'avait encore fondé ni la Grèce ni l'Italie. Ce mot est indépendant de toute idée de procréation, il indiquait un homme ayant une puissance quelconque.

C'est l'idée de pouvoir qui s'attache au titre de *pater*. C'est celui qui peut commander et qui peut protéger. Dans ce sens tout dieu est un *pater*. C'est ainsi que les anciens appelaient *pater* non-seulement Jupiter, mais encore Neptune, Saturne et même les dieux inférieurs. Cette idée même n'a-t-elle pas passé dans nos croyances, dans nos prières? Le *pater* est donc l'homme ayant une puissance, un domaine, un culte. Et ceci chez tous les peuples de la vieille civilisation asiatique.

Ce même principe, nous le trouvons chez les Germains, autre peuple de la grande famille indo-européenne et le mot qui semble indiquer par

(1) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, Autorité dans la famille.

excellence l'autorité dans la famille, *manus* (1) a certainement une communauté d'origine avec le *mundium*, le *munus* germanique.

Néanmoins le principe de puissance, attribué à un seul dans la famille, se distingua à Rome par sa persistance et son caractère absolu. Si bien qu'on arriva à ne plus concevoir l'idée de famille en dehors de la puissance paternelle. C'est le lien entre le père et ses enfants, entre les enfants, entre tous les membres de la famille. La *patria potestas* une fois brisée, la famille n'existe plus. C'est sur la puissance paternelle qu'est fondée la parenté civile, l'*agnation*, et c'est l'*agnation* qui sert de guide à la dévolution des biens, en matière de succession et de vocation à la tutelle. La mère elle-même n'était unie à ses enfants que tout autant qu'elle vivait sous la même autorité, sous la *manus* de celui qui exerçait la puissance. Remarquons-le, alors même il n'y a pas de degré de parenté civile qui corresponde à son titre de mère. Dans la législation d'origine, la mère ne joue aucun rôle, n'occupe aucune place. Elle est considérée comme la fille de celui qui exerce la puissance sur elle, elle sera donc la sœur de ses enfants si son mari est *sui juris* et exerce la *manus* et la *patria potestas*.

Ainsi l'autorité dans la famille revêt, à Rome, un caractère tout spécial et devient une œuvre ro-

(1) La même racine se retrouve dans *mancipium* et *emancipare*. V. J. Grimm, *Antiquités du Droit allemand*, p. 447.

maine. Elle conserve cependant les traditions de son ancienne origine et plus d'un point commun avec la puissance paternelle des Grecs. Chez les Romains comme en Grèce, la toute-puissance du père fut surtout réglée par la religion et les mœurs. A Athènes comme à Rome, l'enfant ne faisait partie de la famille et ne tombait en puissance que tout autant que le père l'avait reconnu en l'associant à sa religion et à son culte.

C'est ainsi encore qu'à Athènes comme à Rome, le père avait le droit de juger ses enfants. A l'origine le père jugeait tout seul, mais plus tard on institua le tribunal des *propinqui* qui, dans les affaires concernant la famille, rendait des décisions (1).

Égalité des enfants devant le père.

Un autre caractère essentiel de la famille romaine, c'est l'égalité entre tous ses membres. A Rome on ne connut ni droit d'aînesse, ni droit de masculinité. Au point de vue des droits dans la famille il n'y a aucune différence entre les fils et les filles. Même les filles semblent protégées, ainsi tandis qu'il faut trois ventes successives pour briser la puissance paternelle sur le fils, il suffisait d'une seule pour émanciper la fille. D'autre part, non-seulement les mœurs, mais les lois mêmes obligeaient les parents à doter leurs filles. Cependant il ne faudrait pas voir là une inégalité en

(1) V. *Droit nat.*, par M. Boistel.

faveur de celles-ci. La dot n'est qu'un avancement d'hoirie destiné à dédommager les femmes qui, par le mariage, toujours accompagné de *manus* à l'origine, passaient de leur famille dans celle de leur mari et par conséquent perdaient tous leurs droits successoraux dans le patrimoine du père.

Le principe est l'égalité, la puissance est la même pour tous les enfants. Elle pèse sur tous d'une manière égale. Plus tard, quand la toute-puissance du père de disposer du patrimoine fut entravée par la nécessité d'une exhérédation, la fille, pour être écartée de la succession, dut aussi être exhérédée.

Tel était le droit, mais les patriciens durent tenir à conserver la splendeur de leurs familles et la grandeur de leurs maisons. Le meilleur moyen n'était-il pas de concentrer la fortune entre les mains d'un seul des enfants? Et nous croyons que cela fut mis en pratique à Rome. La création même d'une réserve, dans la fortune des parents, au profit de tous les enfants, en est une preuve. Le droit ancien permettait tout au père. La loi des XII Tables avait établi à son profit un pouvoir absolu de disposition. Ainsi que dit Festus, *Ut lingua nuncupasset, ita jus.*

A quoi faut-il rattacher la *patria potestas*? Est-ce au principe de la force, et dire que le père représentant la force dans sa famille peut l'imposer à tous? Non. C'est à la religion qu'il faut attribuer primitivement tout principe d'au-

torité. La toute-puissance est divine et c'est la religion qui la donne au père. Le père est le prêtre suprême et par là même le chef suprême, il est en contact direct avec l'autel et le descendant immédiat des ancêtres, de ceux qui ont leurs tombeaux dans la maison et qui sont devenus autant de divinités. D'ailleurs la famille romaine ne peut exister sans la religion et ce n'est qu'autant qu'on a été associé au culte qu'on fait partie de la famille. C'est ainsi que l'enfant nouveau-né doit être placé sur l'autel. Dans les temps anciens il ne se faisait guère de mariages sans *manus*, mais, pour que la *manus* eût lieu, il fallait une célébration religieuse qui associât la femme au culte et à la famille de son mari (1). Tous ces principes furent modifiés dans la suite, mais il n'en est pas moins vrai qu'on les rencontre dans toute leur pureté dans les premiers temps de Rome. L'autorité dans la famille appartient donc à la divinité elle-même. Telle fut la croyance romaine à l'origine. De là son caractère si absolu. Le père ne l'exerce que par une espèce de délégation. Ce n'est pas lui qui juge, qui ordonne, qui frappe, c'est le *Lar familiaris*.

La famille exista avant la cité. Quand la cité parut, elle trouva la famille fondée ayant ses lois absolues, que la croyance religieuse avait posées, et ces lois formèrent le droit privé. Le droit privé

(1) Anu-Gelle, 18, 6.

exista avant la cité, dit M. Fustel de Coulanges, et ce n'est qu'à la longue qu'elle a osé le modifier. Que cela, du reste, ne nous surprenne pas. La vie de famille dut certainement exister avant la vie politique. La première nécessité de l'homme est une croyance. La religion formée, ce fut le principe auquel il dut tout rattacher. Combien cette religion est toute-puissante à l'origine. Il n'y a pas d'événement dans la vie de quelque importance qui ne lui soit soumis. La prière, les actions de grâce, les vœux, la purification entretenaient le père de famille et les siens dans une relation continuelle avec les dieux. On n'osait ensemer son champ, ni faire les récoltes sans consulter les augures et invoquer la protection des divinités. L'enfant, dès sa naissance, était placé sous la protection divine, et le père mort devenait un dieu dans sa famille. Le droit civil même prend à l'origine un caractère religieux. Celui qui violait des bornes commettait un attentat à la religion (1), et les actions très-anciennes étaient sacrées (2). Il n'y a rien d'étonnant que ce caractère religieux du droit se manifestât surtout dans la famille (3) et que la *patria potestas* fût regardée en quelque sorte comme sacrée.

Cette religion servit à fortifier les vertus domestiques, elle ne propageait ni la fraternité ni la cha-

(1) Festus, v. *Termino*, Virg., *Géorg.*, v. 125.

(2) Gaius, C. IV, § 28. Telle était notamment la *legis actio per pignoris capionem*.

(3) V. Ihering, *loc. cit.* — Boistel, *Droit naturel*.

rité, mais elle tenait à la pureté des mœurs et son emblème était le feu qui purifie tout et que le chef de famille devait toujours faire entretenir sur l'autel de la maison. Chaque famille avait ses dieux propres, et les dieux d'une autre famille étaient des dieux hostiles. Combien cette religion entretenait l'égoïsme, mais aussi combien l'esprit de solidarité et de dévouement dans la famille.

Plus une race était ancienne, plus le feu de son autel avait duré longtemps, plus elle avait de dieux et de liens avec la divinité. De là le devoir pour chaque chef de famille de se donner des descendants qui devaient continuer sa maison et son culte. C'est un acte honteux et contraire à la religion que de mourir sans héritiers (1).

Sources.

Les sources de la *patria potestas* sont au nombre de trois : le mariage, la légitimation et l'adoption.

C'est le mariage du droit civil romain qui seul produisait la puissance paternelle.

Ce mariage est celui qu'un Romain peut contracter avec une Romaine, s'ils ont le *connubium*, c'est-à-dire l'aptitude de contracter une union qui produisit tous les effets du droit civil, et dont le principal était la *patria potestas*.

Les enfants nés de ce mariage vivaient sous la

(1) Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*. Lettre sur le culte.

puissance de leur père, si celui-ci était *sui juris* ou bien sous la puissance du chef de leur père, s'il était *alieni juris*. C'est ainsi que la famille pouvait se composer d'une longue série de descendants, vivant tous sous l'autorité d'un même patriarche.

La *légitimation* n'apparut que sous les empereurs chrétiens. Cependant il y a bien une espèce de légitimation dans la *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* (1). Il y a en effet, dans l'un et dans l'autre cas, une assimilation des enfants nés en dehors d'un *justum matrimonium* à des enfants légitimes. Le droit de cité rétroagit quant à la puissance paternelle et les enfants considérés comme étant nés d'un mariage avec *connubium*, tombent sous l'autorité de leur père.

Mais nous ne rencontrons la légitimation proprement dite qu'à partir de Constantin. Anciennement la famille ne repose que sur la volonté du *pater*, le lien du sang n'y est pour rien. Aussi pas de famille possible en dehors des *justæ nuptiæ* ou de l'adoption. Plus tard, quand, sous l'influence du christianisme, on revint à des fonde-

(1) La *causæ probatio* était un moyen de devenir citoyen romain, établi au profit des Latins. Le droit de cité était accordé à tout Latin qui prouvait qu'il était marié et père d'un enfant ayant au moins un an.

L'*erroris causæ probatio* avait lieu quand un Romain ou une Romaine épousait un Latin ou un Pérégrin par erreur. Si l'erreur était prouvée, le droit de cité était accordé à l'époux étranger. Dans les deux cas le mariage était transformé en *justum matrimonium* et les enfants tombaient en puissance.

ments plus naturels, l'adoption est insuffisante à créer la famille, car entre l'adoptant et l'adopté il manquera ce qui est le fondement même de la famille chrétienne : le lien du sang. Alors parut la légitimation qui ne permettait la création de la famille que tout autant qu'il y avait le lien de paternité naturelle.

L'*adoption* est une création de paternité fictive qui peut s'appliquer tantôt à une personne *sui juris* et prend alors le nom d'*adrogation*, tantôt à une personne *alieni juris* et conserve le nom d'adoption.

Sous Justinien l'adoption ne produisait la puissance paternelle que tout autant que l'enfant avait été adopté par un ascendant. Si elle était faite par un étranger, elle ne donnait lieu qu'à un droit de succession au profit de l'enfant.

CHAPITRE II

SITUATION DE L'ENFANT DANS LA FAMILLE

Hégel, dans sa belle étude du droit naturel, a dit : « L'esclavage des enfants chez les Romains est une des taches de leur législation (1). »

En effet, si on n'examine que la loi, ce qui frappe au premier abord, dans l'organisation de

(1) *Naturrecht*, § 175.

la famille romaine, c'est la toute-puissance du père. Toute-puissance à ce point grande et absolue, qu'elle supprime en quelque sorte toute individualité de celui qui y est soumis, et que le père peut apparaître comme le despote de sa famille et comme le tyran de ses enfants. Il y a quelque chose de blessant dans ce pouvoir qui ne finit jamais et qui n'a aucun contrôle. Aussi, malgré l'admirable majesté que cette loi attribue au père, on ne saurait assez la critiquer et la trouver barbare ; car, à partir d'un certain âge de l'enfant, l'autorité n'étant plus nécessaire, devient tout artificielle et, alors même que l'enfant ayant besoin de protection, le père a besoin de puissance, cette puissance ne doit raisonnablement s'exercer que dans certaines limites.

Mais ce n'est pas ainsi qu'il faut envisager les institutions romaines : à côté de la loi, il y a la religion et les mœurs. La religion qui relève le fils en l'associant au père, près de l'autel de famille, et tempère ainsi le pouvoir paternel ; les mœurs, cet élément si puissant à Rome et qui fit tant fléchir la rigidité trop grande des lois.

On ne s'expliquerait pas autrement le développement si rapide, la vie si puissante de Rome. A l'origine, les lois sont tellement étroites que ce sont de véritables cercles de fer dans lesquels toute vie aurait été étouffée. Longtemps même elles conservèrent une rigidité absolue. C'était aux mœurs de tempérer ce qu'il y avait d'excessif dans

la législation et les mœurs ne pouvaient avoir d'autre fondement dans la famille que l'affection, cette grande modératrice de la force (1).

La situation des fils de famille si inférieure aux yeux de la loi, est donc relevée et en fait nulle part la notion de famille ne fut plus forte qu'à Rome. Quelle différence entre la femme grecque et la femme romaine ! La femme grecque qui se trouvait réduite à être courtisane ou à vivre enfermée au fond du gynécée, la femme romaine qui semble renfermer toute dignité et toute noblesse dans son caractère de matrone. A qui donner la première place dans la maison, si ce n'est à la mère ? dit Cornelius Nepos. Les licteurs abaissaient leurs faisceaux quand ils passaient devant une matrone. Cet honneur n'était réservé qu'aux consuls et aux femmes. Cependant la femme était *in manu*, pouvoir tout aussi grand, tout aussi absolu que la *patria potestas*. Ce qui était arrivé pour la femme, arriva pour l'enfant. Malgré le pouvoir absolu du mari et du père, la femme n'en fut pas moins respectée, ni l'enfant moins aimé. Et ainsi que le dit Columelle, il y avait dans la famille romaine le plus grand respect, la plus grande union, le plus grand amour (2). D'ailleurs le fils de famille pouvait occu-

(1) Nous pourrions invoquer en faveur de notre opinion la loi 8, *de his qui sui*, D. Ulpien dit dans cette loi que le droit de puissance a été *receptum moribus*, reçu, réglé par les mœurs. Cela montre bien la grande puissance des mœurs sur l'autorité paternelle.

(2) *Erat enim summa reverentia, cum concordia et diligentia mixta...*

per les plus hautes fonctions de l'Etat et cela aurait mal concordé avec une obéissance servile et une dépendance absolue. Enfin faut-il voir comme une espèce de servitude dans l'incapacité du fils d'avoir un patrimoine? Pas le moins du monde. Si le fils n'est pas propriétaire, c'est qu'en fait, il participe au patrimoine de son père (1).

Mais à quoi tient cet absolutisme du pouvoir domestique? C'est au caractère des lois romaines. Toutes les premières lois de Rome révèlent cette rigidité. Elles posent le principe absolu. C'est à la vie pratique d'en éviter les écueils. Plus tard une législation plus parfaite règlera les détails et tâchera de mettre d'accord les lois avec les exigences d'une société policée. Il devait en être de même de la *patria potestas*.

(Col., *De re rustica*.) Quelle preuve plus éclatante que ce magnifique passage! Et Columelle écrit des temps très anciens. Savigny, *Droit romain*, ch. I, p. 338, t. 2.

(1) Cette idée de participation de l'enfant au patrimoine du père que nous empruntons à M. de Savigny, nous paraît essentiellement juste. Elle pénétra si avant, qu'on finit par considérer le fils comme copropriétaire, c'est ce qui explique le nom de *heredes sui* qu'on donnait aux enfants en puissance.

SECTION II

ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

La puissance paternelle s'exerce sur la personne et sur les biens.

Notre étude se trouve naturellement divisée en deux parties.

Le droit de vie et de mort, le droit d'exposition, le *mancipium*, l'abandon noxal formeront l'objet d'étude de la première partie.

Nous traiterons dans l'autre des différents péculs.

Enfin, dans un appendice spécial, nous montrerons quelle influence la puissance paternelle avait sur la capacité juridique du fils de famille.

16132.



PREMIÈRE PARTIE

DROITS DU PÈRE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT

CHAPITRE PREMIER

DROIT DE VIE ET DE MORT

Aussi loin qu'on remonte dans la législation romaine, le droit de vie et de mort paraît avoir existé au profit du père. Denys d'Halicarnasse le fait remonter à Romulus et Papinien parle d'une *lex regia* qui l'aurait établie. Il nous semble que le *jus occidendi* tient au droit de justice que la loi accordait au père et que, dès lors, il dut apparaître avec la constitution de la famille.

Quelle est la base de ce droit ?

Quelques-uns ont pensé qu'il dérivait de la faculté qu'avait le père de repousser l'enfant qui venait de naître, de ne pas le recevoir sous sa puissance paternelle. Si donc il pouvait rejeter l'enfant et le laisser sans protection aucune, il pouvait aussi lui imposer son autorité toute-puissante qui valait mieux que l'abandon.

D'autres veulent faire rentrer le droit de vie et



1234

de mort dans la grande unité qui forme le caractère principal de la famille romaine. Le père est le cœur et la tête de cette famille, il personnifie tout, comme il est son maître il est aussi celui de sa famille, de tout ce qui dépend de lui. Il peut tuer son fils comme il peut se faire couper la main, si c'est son plaisir.

Une troisième opinion estime, que cette toute-puissance est une émanation d'un droit de propriété que le père a sur son enfant. Il peut le tuer ou le laisser vivre, comme il peut détruire sa chose ou la conserver.

Quant à nous, il nous semble que le droit de tuer a toujours dû avoir un caractère essentiellement pénal. La peine consiste toujours dans une privation. Quelle privation plus grande que celle de la vie?

C'est au droit de justice qu'on doit rattacher la peine de mort que le père pouvait infliger. Envisagé à ce point de vue, le droit de vie et de mort trouve peut-être sa raison d'être. En effet, au commencement, Rome ne connut pas d'autre tribunal dans la famille que celui du père. Qui va châtier le fils coupable, est-ce l'autorité, l'Etat? Non, ce fils ne relève que de son père. C'est son père qui le jugera et le condamnera. Dès lors, n'est-il pas nécessaire que, juge suprême, le père ait à sa disposition toutes les peines, depuis la plus grave jusqu'à la moindre?

Lui seul dépend de la cité, mais quelque grave

que soit le crime de l'enfant, celui-ci ne répond que devant un seul tribunal, le tribunal de sa famille. C'est là, en face des mânes des ancêtres, des dieux de la famille, dont le père semblait être lui-même l'émanation vivante, qu'il jugeait selon sa conscience.

D'ailleurs, n'avait-il d'autre guide que sa seule volonté ? Non, les croyances que la religion mettait au fond de son âme, les mœurs, les lois civiles elles-mêmes dictaient sa décision.

Tite-Live nous cite un exemple qui fait voir combien l'autorité du père était respectée dans la famille. Le Sénat décréta la mort contre quiconque se livrerait aux fêtes des Bacchanales, qui étaient devenues un grand scandale et une cause nuisante de démoralisation. Il n'y eut aucun obstacle pour appliquer la loi aux citoyens. Quant aux femmes, qui n'étaient pas toujours les moins coupables, l'application de la loi devenait difficile, car elles ne dépendaient en rien de l'Etat. Le père ou le mari pouvaient seuls les juger. Le principe fut respecté. Le tribunal de famille, seul, condamna les femmes. Mais, remarquons-le, ce tribunal aurait dû appliquer la peine édictée par le Sénat (1).

Ce qui montre bien le caractère pénal du *jus occidendi*, c'est que ce droit survit à l'idée de propriété du père sur le fils, qui, du reste, ne fut

(1) Voyez la *Cité antique*. Autorité dans la famille.

jamais bien établie, à l'idée même d'unité de la famille.

Nous voyons, en effet, souvent le préteur intervenir au profit de l'enfant, soit pour protéger son pécule, soit pour adoucir l'état de fait de l'enfant. Intervint-il jamais pour mitiger le droit de vie et de mort du père ? Et cependant, il me semble que si ce droit n'avait dépendu que du caprice du père, c'est par là que l'intervention du préteur aurait dû commencer.

Tant que le père conserva son droit de justice, il dut conserver le droit de mettre à mort son fils. Ce n'est donc pas un droit qu'il faut attribuer à la barbarie des premiers temps. Il subsiste pendant les plus beaux siècles de l'histoire romaine. Tant que dura la République, l'époque de grandeur de Rome, il ne vint à l'esprit de personne de mitiger, en quoi que ce soit, la grande puissance du père.

D'ailleurs, même au point de vue législatif, et dès l'origine, une loi de Romulus, selon Denys d'Halicarnasse (1), défendit au père de tuer les enfants au-dessous de trois ans, si ce n'est en cas de difformité de l'enfant, constatée par cinq citoyens romains; même dans ce cas, l'enfant devait être immédiatement exposé, afin qu'on pût s'assurer de la vérité.

On veut ne voir dans ceci qu'une pensée politique. Romulus, dit-on, aurait désiré par tous les

(1) *Archeolog.*, 2-15.

moyens, peupler la ville qu'il venait de bâtir.

Mais il nous semble qu'à côté de cette idée politique, il y a une idée d'humanité qui avait dû passer des mœurs dans la loi. Romulus lui-même exista-t-il ? C'est ce dont il est fort permis de douter. Les belles découvertes des historiens des temps modernes, celles de Vico et de Niebuhr spécialement, ont réduit à leur juste valeur ces fables qui accompagnent l'origine des peuples, et qui sont presque partout les mêmes. Ce qu'il faut pour fonder une nation, c'est la force et la sagesse. C'est Romulus et Numa.

Mais ces grands noms sont des époques. A l'origine, pas de véritable législateur aux pensées politiques. Les lois de Romulus sont tout simplement les lois des temps fort anciens, des premiers où la force domine. Ces lois, comme il arrive toujours, sont surtout des coutumes. Et il nous semble bien plus naturel que ces coutumes soient fondées sur une idée d'humanité conforme à la nature même, que sur une idée politique telle que l'accroissement de la cité.

Dès l'origine, nous voyons donc l'effet modérateur des mœurs se traduire dans une loi positive, mais c'est la seule loi que nous rencontrons. Tant que les mœurs conservèrent leur pureté et leur empire, l'autorité du père resta absolue et toute-puissante. La magistrature domestique ne reçut aucune atteinte, et on ne sentait pas le besoin d'interdire au père le droit de vie et de mort ; car,

par sa sévérité même, ce droit dut être d'une application peu fréquente. Ce qui explique pourquoi la loi civile qui voyait un abus dans le fait d'avoir placé trois fois l'enfant *in mancipio* et déclarait la puissance paternelle brisée par cette triple vente, ne songeait pas à modifier le droit de vie et de mort. C'est que la tendresse du père, les mœurs, la religion empêchait tout abus, et on ne pouvait pas craindre que l'intérêt matériel du père lui conseillât de tuer son enfant (1).

Il n'en est pas moins vrai cependant que l'enfant restait complètement à la discrétion du père, que celui-ci aurait pu le mettre à mort sans avoir de compte à rendre à personne. Ce pouvoir excessif menaçait de devenir un danger, alors surtout que la religion du foyer s'était affaiblie et la crainte des dieux avait disparu.

Cependant, si grand était le respect de l'autorité paternelle et de la magistrature du père de famille que ce n'est que lorsque tout le droit eût été transformé, toutes les anciennes institutions renouvelées en quelque sorte, qu'on songea à s'attaquer au droit de correction du père et à lui imposer certaines limites.

D'autre part, le christianisme qui changea non-seulement la foi des sociétés antiques, mais leur génie et leurs mœurs, dut avoir une influence re-

(1) Telle paraît aussi être l'opinion de M. Jhering dans l'*Esprit du droit romain*, traduction de Meulnaere, p. 115, § Puissance paternelle.

marquable sur la transformation que nous allons voir s'accomplir.

En propageant la liberté et la tendresse, il devait par cela même s'attaquer aux principes d'autorité absolue et les adoucir. Le pouvoir sans contrôle du père qui pouvait devenir parfois si cruel, ne s'accordait plus avec les croyances de la religion nouvelle, qui s'enracinait profondément au cœur humain, par la persécution même dont elle était l'objet.

Partout ses doctrines s'étaient répandues comme une semence bienfaisante, d'où devait naître une société nouvelle : la transformation du monde par l'amour et la liberté.

Intervention du préteur.

Le premier qui songea à protéger par une loi la faiblesse de l'enfant fut l'empereur Trajan. Si le père traite trop cruellement son fils, l'enfant maltraité pourra se plaindre au préteur et le père sera contraint de l'émanciper. De plus, le père perdra tous les droits de succession que lui donnait sa qualité de *manumissor* (1).

Dès lors une grande transformation législative s'opère. A côté de la magistrature absolue du père il y a le pouvoir modérateur du préteur. Cette loi que l'empereur a rendue *propter necessitatem solvendæ pietatis*, a certainement soustrait la vie

(1) Loi 5, *Si a parente qui*, Dig., 37, 12.

de l'enfant au caprice du père ; mais abolit-elle le *jus occidendi* ? Certains auteurs l'ont pensé (1). Mais il nous semble que ce droit continua d'exister. Le père de famille fit encore condamner son fils à mort dans les cas où les lois et la justice l'exigeaient. Le rescrit de Trajan ne dut apporter, quant au droit de vie et de mort, qu'une seule restriction, d'ailleurs considérable. L'enfant condamné injustement, *contra pietatem*, pouvait provoquer l'intervention du préteur et obtenir son émancipation. C'est ainsi qu'il était soustrait au caprice du père.

Cependant les mœurs semblent avoir complètement rejeté le droit de vie et de mort avant qu'une disposition législative vint l'abroger formellement. Le successeur de Trajan, Adrien, condamna à l'exil un père qui avait tué à la chasse son fils, quoique celui-ci eût entretenu des relations adultérines avec sa belle-mère (2).

Ceci montre bien un tempérament considérable à la toute-puissance du père. Cependant nous ne croyons pas que, même sous Adrien, le père, au point de vue législatif, ait perdu d'une manière absolue le droit de vie et de mort sur son enfant. En effet, l'empereur se trouve dans la nécessité de motiver l'arrêt qu'il a rendu. Car, dit-il, le père a

(1) C'est notamment l'opinion de Bynkerhock, conseiller de la Cour suprême de Hollande, dans une controverse célèbre qu'il soutint contre G. Noodt, professeur à la Faculté de droit de Leyde.

(2) L. 5, de *Lege Pompeia de Parricid.*, 519, 8.

tué son fils en agissant plutôt comme un bandit, qu'en usant de son droit de père (1). Le droit est donc encore reconnu par l'empereur. Ce qu'il entend punir, c'est plutôt la manière lâche dont le fils a été tué, que le fait lui-même.

Mais, si le père conserve encore le *jus occidendi*, tout abus lui en est interdit. L'intervention du magistrat dans la famille s'accroît de plus en plus dans le siècle suivant et Ulpien nous dit : *Inauditum filium pater occidere non potest, sed apud præfectum, præsidemque provinciae, accusare eum debet* (2).

Non-seulement le père ne peut plus tuer son fils innocent, mais, même si ce fils est coupable, il ne pourra exercer son autorité qu'en l'accusant devant le magistrat. Désormais le père a perdu le droit de tuer son enfant. Ce n'est plus à la religion devenue impuissante, ce n'est plus aux mœurs de cette époque si changeante, si accessible à toute transformation, de protéger l'enfant. L'Etat est intervenu dans la famille et la magistrature du père a été brisée. L'autorité paternelle ne doit plus être que protectrice. L'idée d'unité de la famille commence à s'effacer pour faire place à l'individualité. C'est le temps qui emporta le droit de vie et de mort du père sur ses enfants. Quand la loi fut portée, l'idée existait depuis longtemps dans la pratique romaine. Il y avait

(1) *Latronis, magisquam patris jure eum interfecit.*

(2) Loi 2, *Ad legem Corneliam*, Dig.

déjà des siècles que Marcien avait dit : « *Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere,* » et il arriva avec cette institution comme avec toutes celles qui ne correspondent plus aux exigences des temps nouveaux, elle tomba en désuétude et la nature reprit ses droits.

Mais, quoique de fait le droit de vie et de mort fût abrogé, aucune loi formelle n'avait été encore portée. Alexandre Sévère restreignit considérablement les droits de correction du père. Celui-ci ne peut infliger un châtement grave à l'enfant qu'en recourant au préteur (1). Certains auteurs ont pensé que c'est la disposition législative qui enleva au père le droit de vie et de mort. Il semble bien résulter de cette constitution que le père n'a plus le droit que de corriger modérément son enfant, mais l'autorité du magistrat existait depuis longtemps déjà à côté de celle du père de famille. Alexandre Sévère ne fait que reproduire ce qui était. D'ailleurs quelle sera la peine du père qui ne voudra pas se soumettre ? La constitution n'en parle pas. Elle semblerait n'avoir pas de sanction. Doneau pense que le magistrat aurait pu édicter une peine, prise parmi celles qui étaient en usage. C'est ainsi que l'intervention du magistrat était rendue plus efficace (2). Mais, à défaut de texte

(1) Loi 3, de *Patria potestate*, C.

(2) Cum in caeteris accusationibus magistratus poenam aut ex legibus statuatur aut pro arbitrio moderetur, hic permittitur patri poenam dicere, etc.

précis, nous croyons qu'il faut s'en tenir au rescrit de Trajan et décider que le magistrat ne pouvait que contraindre le père à émanciper l'enfant. L'enfant devenu ainsi *sui juris* était complètement soustrait aux mauvais traitements.

Abolition du droit de vie et de mort.

Valère et Galien consacrent les mêmes principes (1). Enfin Valentinien, Valens (2) et Gratien abrogèrent par une disposition expresse le droit de vie et de mort. Il y avait bien longtemps qu'il n'existait plus dans les mœurs, et Paul parlait de ce droit comme d'une loi qui n'est plus en pratique, en disant : les enfants que jadis il était permis de tuer, *quos licebat occidere*.

Constantin fit plus que tous ses devanciers. Le droit du père ne doit plus être qu'un devoir, qu'une *piété paternelle*. Le père doit être indulgent, dit-il. Celui qui tue son fils commet un crime atroce, aussi il sera puni de peines exemplaires, du parricide, peines empreintes d'un symbolisme étrange (3). « Ce ne sera ni par le fer, ni par le feu que son forfait sera puni, dit l'empereur ; mais, enfermé dans un sac avec un chien, avec un coq, avec une vipère et un singe, pressé de tous côtés par ces

(1) Donneli, *Comm. jur. civ.*, II.

(2) Loi 1, de *Patria potest.*, C., 3, loi 2, de *Inf. expos.*, C.

(3) Loi 1 au C. de *His qui pari*. Loi 9, de *Leg. Pompeia*, Dig. On prenait un singe, un chien, une vipère, un coq, à cause de l'antipathie qu'on croyait que ces animaux avaient l'un contre l'autre.

animaux irrités, qu'il soit puni d'abord par cette association aux bêtes féroces, qu'ensuite il soit jeté dans la mer ou dans le fleuve voisin. »

La loi *Pompeia, de parricidiis*, portée plusieurs siècles avant Constantin, avait donné la liste de ceux qui pouvaient commettre un parricide. L'aïeul qui avait tué un enfant qu'il n'avait plus en puissance était puni de mort. La mère aussi pouvait se rendre coupable et être punie pour crime de parricide. Mais on ne punissait certainement pas le père qui avait le *jus vitæ necisque*, et, malgré tous les adoucissements qu'on avait apportés à la *patria potestas*, on ne songea pas jusqu'à Constantin de faire comprendre parmi les parricides le père qui aurait tué son enfant. Il ne faudrait pas croire cependant que le crime du père restât impuni, et nous avons cité l'exemple de ce père coupable, qui fut condamné par l'empereur Adrien à la relégation.

Une constitution des empereurs Valens et Valentinien attribua le droit de correction des enfants à un tribunal de famille composé de *propinqui seniores*. Ce n'était, croyons-nous, que l'ancien tribunal de famille qui était tombé en désuétude et que ces empereurs firent bien de ressusciter. La constitution détermine la compétence du conseil et n'exclut pas l'autorité du magistrat pour les cas graves.

CHAPITRE II

DROIT D'EXPOSITION

Ce droit paraît aussi ancien que le droit de vie et de mort. N'était-il pas naturel que le père, qui avait droit de vie et de mort, eût aussi celui d'abandonner complètement l'enfant qu'il ne voulait pas garder dans sa famille? Dans les premiers temps, l'exposition ne fut pas d'une application fréquente. Il est vrai que la loi des XII Tables l'avait établie formellement, mais elle paraît n'avoir été en usage que pour les enfants difformes.

Le citoyen romain ne se séparait pas volontiers de son fils. Les croyances, les mœurs, les lois elles-mêmes, le lui rendaient nécessaire. La religion lui imposait des sacrifices où la présence du fils était indispensable. La loi lui recommandait de ne pas mourir *intestat*. Les mœurs lui défendaient d'être cruel ou injuste.

Son pouvoir s'exerçait sous le contrôle de ces mœurs, et le censeur aurait pu frapper de son blâme le père inhumain (1).

Cependant il vint un temps où les mœurs se relâchèrent à ce point que l'exposition des enfants devint une véritable plaie. Constantin fut le premier qui songea à y porter un remède. Pour

(1) V. Gide, *Condition civile de la femme*, p. 123.

encourager ceux qui voudraient recueillir l'enfant exposé, il leur permit de l'élever soit à titre de fils, soit à titre de *mancipium* (1). Celui qui se chargeait de l'enfant n'avait qu'à faire une déclaration devant le magistrat ou l'évêque du lieu.

Le père qui exposait son enfant devait perdre sa puissance paternelle. Ce n'était certainement que justice. Ces sages dispositions de Constantin n'arrêtèrent pas le mal. L'empereur Valentinien I^{er} déclara passible de la peine de mort celui qui tenterait de faire mourir un enfant en l'exposant (2).

Il paraît que, après la constitution de Constantin, les enfants trouvés étaient plus souvent réduits *in mancipio* qu'élevés comme des ingénus. L'intérêt, plus qu'un sentiment de bienfaisance, guidait ceux qui recueillaient les malheureux abandonnés.

Leur nombre dut devenir assez considérable, car l'empereur Théodose porta une constitution qui permit aux enfants de recouvrer leur pleine et entière liberté, sans même indemniser leur patron. Alors personne ne se chargea plus des enfants exposés, et Valentinien dut renouveler la constitution de Constantin. Justinien enfin, reconnaissant le sentiment généreux qui avait dicté la constitution de Théodose, crut le moment venu de la remettre en vigueur, et il décida que tous

(1) Loi 2, de *Inf. expositione*, au Code.

(2) Loi 8, ad *Leg. Cornel. de Sicariis*, Code, IX, 16. Loi 2, de *Infant. expositione*, Code, VIII, 52.

les enfants exposés, qu'ils fussent de race ingénuë ou servile, seraient toujours traités comme libres (1).

Les constitutions sévères des empereurs, l'adoucissement des mœurs introduit par le christianisme, une idée plus élevée de la famille et des devoirs du père, contribuèrent nécessairement à faire disparaître cette pratique odieuse.

Outre le droit de vie et de mort, et le droit d'exposition, le père avait encore celui de chasser son fils de la maison paternelle, c'était l'*abdicatio*. Valère Maxime (livre 5, t. 8) nous présente, dans un de ses récits, un père qui jugea son fils en ces termes : « Je juge mon fils indigne de moi et de sa patrie, donc je lui ordonne de ne plus reparaitre devant mes yeux. » L'*abdicatio* était une espèce d'exil. L'enfant devenait *alienus* et perdait ses droits dans la famille. En effet, dit Cujas, l'espèce de société existant entre le père et son *hæres suus*, sur laquelle était fondée l'idée de succession, ne pouvait plus se concevoir avec cet enfant (2).

L'*abdicatio* fut considérée surtout comme une mesure de correction, elle avait un caractère essentiellement pénal, ainsi que l'atteste Quintilien : « Fulmen istud patrum, ira domestica, abdicationis emendatio. »

(1) Loi 24, de *episcop. audientia*, Code, I, 4. Loi 3, de *Infant. expositione*.

(2) Com. Cuj., lib. 47, titre 46, édit. *Map.*, t. IV.

CHAPITRE III

DROIT DE METTRE L'ENFANT IN MANCIPIO

Est-il vrai de dire que le citoyen qui exerce le *patria potestas* sur ses enfants, ou la *manus* sur sa femme, ait un véritable droit de propriété?

Jamais cette idée n'a dominé dans le droit romain, jamais il n'y eut cette assimilation de la personne de la femme ou de l'enfant à une chose. Si l'esclave était dépourvu de toute personnalité, le fils de famille en avait une.

Le fils de famille vivait en puissance, il est vrai, pendant toute sa vie. Son lien, comme celui de l'esclave, n'était brisé que par la mort ou l'émancipation et il pouvait être mis dans une quasi-servitude : le *mancipium*. Mais le *mancipium* devait finir à l'expiration de chaque lustre. C'était plutôt un louage de service qu'une vente véritable, et, répété trois fois, il anéantissait la puissance paternelle.

La puissance paternelle est, par elle-même, incessible, on ne saurait l'aliéner ni la transmettre aux héritiers, comme le *dominium*. Elle a un côté moral qui l'attache au chef de la famille, qui la lui rend éminemment personnelle.

Comment concevoir que le fils, véritable *res*, puisse s'obliger civilement? On voit bien là la différence fondamentale entre le fils de famille. Dans une certaine mesure l'esclave est une *res sus-*

ceptible d'un véritable droit de propriété et il n'y a rien autre chose dans le *dominium* sur l'esclave. Donc pas d'obligation pour cet esclave, qui n'emprunte que le masque de son maître. Bien autrement est-il du fils de famille. Il y a en lui une double personnalité : celle de son père et la sienne propre. S'il s'oblige, il y a deux liens qui se forment, deux actions prennent naissance, l'une contre le père, l'autre contre le fils de famille.

D'ailleurs, le *dominium* qu'on a sur l'esclave peut faire l'objet d'un legs, mais jamais on n'a pu léguer ni la femme, ni l'enfant. Donc, la *potestas* et la *manus* ne sont pas de véritables droits de propriété. Ceux qui ont soutenu le contraire se sont fondés sur une règle bien connue de la loi des XII Tables : *Uti legassit supra pecunia tutelave suæ rei, ita jusesto*. La famille, la femme, les enfants sont désignés par ces mots, *suæ rei*. Cela ne prouve rien, il y a là une manière de parler plutôt qu'une idée juridique exacte. *Suæ rei*, mais ne dit-on pas aujourd'hui encore *les miens, les siens* pour désigner les membres d'une famille, la femme et les enfants? Quelle expression plus énergique indiquerait un droit de propriété que ces mots *les miens, les siens*, et cependant il n'en est rien (1).

Le texte de la loi des XII Tables qui établit le droit de vente a été restitué en ces termes : *Endo*

(1) Cette ingénieuse réfutation a été présentée pour la première fois par M. Jhering, ouv. cité.

liberis, jus vitæ necisque venumdandique potestas ei esto. Cette vente des enfants ne suppose pas absolument le droit de propriété du père et l'assimilation de l'enfant à une chose. Le père s'engageait à mettre l'enfant sous la puissance de celui qui achetait. Cette puissance, c'est le *mancipium*. L'enfant était solennellement mancipé par le père (1) et, dès lors, vivait dans un état qui s'approchait de l'esclavage, mais qui en différait aussi essentiellement.

L'enfant était-il émancipé par celui qui l'avait *in mancipio*, il ne devenait pas comme l'esclave affranchi *sui juris*, mais il retombait sous la puissance de son père.

La loi des XII Tables avait dit : « Si pater « filium ter venumduit a patre liber esto. » Il fallait donc trois ventes successives pour anéantir la puissance paternelle.

Le *mancipium* paraît donc tantôt plus rude, tantôt plus doux que l'esclavage. L'affranchissement rendait l'esclave libre et n'aurait fait que remettre sous la puissance du père le fils *in mancipio*, mais trois ventes successives auraient anéanti la puissance paternelle, tandis que l'esclave avait beau être vendu un grand nombre de fois par ses différents maîtres, il n'en restait pas moins esclave.

Le *mancipium* différait encore de l'esclavage en ce qu'il n'attaquait pas l'état du fils dans l'ordre

(1) Gaius, C. I, §§ 117, 118, etc.

public. Il ne nuisait ni à *la liberté* ni à *l'ingénuité* (1). C'était un état de fait qui ne faisait que suspendre l'exercice des droits sans en faire perdre la capacité. Quand il sortait du *mancipium*, le fils de famille recouvrait tous ses droits intacts, aussi Constantin a-t-il pu dire : « Tant la liberté « était précieuse pour nos ancêtres, que les pères, « qui pouvaient donner la mort à leurs fils, ne « pouvaient leur ravir la liberté. » (Loi 10, *de patr. pot.*, au Code.)

En outre, le maître du *mancipium* devait traiter le fils de famille avec douceur, ne jamais oublier qu'il exerçait la puissance sur un homme qui, d'après le droit, était resté libre et même l'enfant maltraité avait *une action d'injures* (2).

Tous ceux qui sont soumis à la puissance paternelle peuvent être placés *in mancipio*.

Le maître du *mancipium* avait le droit d'exiger du fils de famille tel service qu'il lui plaisait.

L'enfant *in mancipio* n'empruntait plus la capacité de son père, mais celle de son maître, et les acquisitions qu'il faisait enrichissaient le patrimoine de celui-ci.

Le *mancipium* finit par les mêmes modes d'affranchissement que l'esclavage : la *vindicta*, le *cens*, le *testament* (3).

(1) Paul, Sent., L. V, t. 1, § 1.

(2) Gaius, C. I, 141.

(3) Remarquons que ni la loi *Elia-Sentia* ni la loi *Furia-Caninia* qui avaient mis des entraves à l'affranchissement des esclaves, n'eurent aucune application quant au *mancipium* (Gaius, C. I, 139.)

Une manière d'affranchissement propre au *mancipium*, c'est par l'inscription au livre du cens, que le fils de famille pouvait demander lui-même au commencement de chaque lustre. L'enfant émancipé retombait *in patria potestate*. Le père pouvait le revendre une seconde fois, mais après cinq ans, au commencement du lustre suivant, de nouveau le fils pouvait demander sa liberté, de nouveau aussi la puissance paternelle revivait, mais après une troisième vente, si le fils devenait libre, il restait *sui juris*. On avait trouvé excessive la prolongation de cette quasi-servitude du *mancipium* au-delà de quinze ans.

Cette faculté de se faire émanciper par une inscription sur le livre du cens n'existait pas lorsque le père avait expressément stipulé la remancipation du fils, et dans le cas où le fils avait été mis *in mancipio* par suite de l'abandon noxal (1).

L'acquéreur qui avait émancipé l'enfant qu'il avait *in mancipio*, gardait en qualité de *manumissor* des droits de patronage, de tutelle, de succession, à moins que le père, pour conserver ces droits, n'eût fait la mancipation avec un contrat de fiducie, en vertu duquel le maître de l'enfant s'engageait à le remanciper au père. L'enfant retombait alors sous la puissance du père. Celui-ci pouvait l'affranchir et obtenir tous les droits du patron.

(1) Nam hunc pro pecunia habet, dit Gaius.

Il en fut ainsi pendant longtemps. Mais le préteur intervint et préféra dans la succession de l'enfant le père et même des parents plus éloignés au *manumissor extraneus*, alors même qu'il n'y avait eu aucun contrat de fiducie (1).

Le droit de vente se maintint pendant fort longtemps intact et absolu, mais les mœurs finirent par lui imposer des limites. « Le plus souvent, dit Gaius, les personnes libres ne sont mancipées par les ascendants et les coemptionateurs que quand ceux-ci veulent les faire sortir de leur puissance » (I, § 118). Le *mancipium* n'existe plus que pour la forme et devient une solennité de l'affranchissement du fils. Après trois *mancipations successives*, qui se faisaient *uno momento*, le père affranchissait l'enfant par la vindicte.

Remarquons que tel était le caractère absolu et perpétuel de la puissance paternelle que la loi des XII Tables ne prévoit même pas l'émancipation et qu'on ne put y arriver que d'une façon détournée.

Une seule mancipation suffisait pour briser la puissance paternelle sur la fille ou le petit-fils et pour permettre leur émancipation. Une seule mancipation est suffisante, car la loi des XII Tables n'avait parlé que du fils en disant : *Ter filius venumdatum a patre liber esto*. Ce n'est pas une idée d'humanité, ou le moins de force de l'au-

(1) Le préteur donnait dans ce cas la *bonorum possessio unde decem personæ* (Inst., § 4. de Bono posses., L. 3, 9).

torité paternelle exercée sur la fille ou le petit-fils, mais un formalisme rigoureux, qui fit qu'on n'exigea qu'une seule vente pour anéantir la puissance sur la fille ou le petit-fils.

Déjà peu usité du temps de Gaius, le *mancipium* tombe en désuétude, et Paul nous dit que ce n'est qu'en cas d'extrême misère que le père vend ses enfants.

Une constitution de Dioclétien et Maximien, que nous trouvons au Code, défend toute aliénation des enfants (1).

La vente de l'enfant sera désormais nulle, le père qui l'aura faite est garant de cette vente, mais l'acquéreur ne peut se soustraire à l'éviction, car il s'agit de la liberté de l'enfant (2) et la liberté est inaliénable.

Cette loi de Dioclétien fut-elle trop précoce? On peut le croire, car Constantin qui édicta tant de mesures en faveur des enfants, la rapporta. Cet empereur permit exceptionnellement la vente des enfants, au moment même de leur naissance et dans le cas d'une extrême misère (3). La vente elle-même ne donne plus qu'un droit de puissance, perpétuellement rachetable, soit par le père, soit par l'enfant, soit même par un étranger.

La misère était si grande dans l'empire romain que plus d'un père malheureux était poussé à l'in-

(1) L. 1. *De patr. qui filios*, C., L. 4, 43.

(2) L. 39, *de Evictione*, D., 21, 2. Loi 37, *de Lib. causa*, D., 40, 12.

(3) Loi 2, *de Patr. qui filios*, C.

fanticide. L'exposition des enfants qui n'était qu'un infanticide détourné, était devenue d'une pratique journalière, et c'est pour réagir contre l'infanticide, dit un auteur ancien, que Constantin permit la vente des enfants *sanguinolentes*.

C'est le droit des constitutions de Constantin, qui est encore en vigueur à l'époque de Justinien. Mais en faisant insérer au Code ces constitutions, Justinien eut soin de les faire précéder de celle de Dioclétien qui prohibait la vente des enfants. En principe donc, le droit de vente n'existe plus. Aussi le *mancipium* n'est plus pour les Institutes qu'un souvenir historique.

A l'époque où la vente des enfants était permise, le père pouvait aussi louer leurs services pour un temps plus ou moins long : *Operæ eorum locari possunt*, dit Paul dans ses Sentences (Liv. V, t. I, § I).

Abandon noxal.

Le *mancipium* peut résulter de l'abandon noxal que le père avait le droit de faire.

Lorsqu'un fils de famille a causé à un tiers un préjudice, l'action était donnée contre son chef ; car le fils n'était considéré que comme un instrument et une partie de ce tout qui se personnifie dans une seule personne. Mais il était de principe chez les Romains que le propriétaire ne peut être tenu, à raison du préjudice causé par sa chose, au delà de la valeur de

cette chose. Il avait le droit d'exiger que l'action fût donnée *noxaliter*, et alors il était tenu quitte, s'il abandonnait sa chose en réparation du dommage.

Les mêmes principes furent appliqués aux esclaves et aux fils de famille. Sur l'esclave coupable le maître abandonnait le *dominium*. Le fils était constitué *in mancipio*. Le père mettait ainsi entre les mains de celui qui avait souffert le préjudice les services de son enfant.

Le fils de famille abandonné *noxaliter* ne peut pas réclamer, à l'extinction du lustre, son émancipation, par une inscription sur les registres du cens. En effet, dit Gaius, le fils a été abandonné à la place d'une somme d'argent déterminée. Tant que cette somme n'a pas été parfaite, la cause de l'abandon noxal existe toujours.

Pour la même raison, dès que, par le travail de l'enfant, le maître a été rendu complètement indemne, l'abandon noxal n'a plus sa raison d'être et l'enfant peut réclamer l'extinction du *mancipium*.

Observons que, d'après les principes exposés, le fils de famille ne devenait pas *sui juris*, mais retombait en la puissance de son père.

Cependant les Sabinien admirent qu'une seule mancipation *ex noxali causa* suffisait pour annuler la *patria potestas*; l'affranchissement devait donc rendre une liberté complète au fils de famille.

Les Proculiens, s'en tenant à la loi des XII Tables, estimaient que trois mancipations étaient toujours indispensables. En effet, la loi n'avait fait aucune différence. La controverse existait du temps de Gaius (1).

Le père trouvait dans l'abandon noxal le moyen de s'épargner un sacrifice pécuniaire. Mais, pour qu'il en fût ainsi, encore fallait-il qu'il eût accepté le débat, car il n'était pas obligé de défendre son enfant. « Noxali judicio invitus nemo cogitur defendere » (lois 29 et 33, *De nox. act.*, D.)

Qu'advient-il si le fils de famille n'est pas défendu? Julien nous l'apprend. *In illum judicium datur*. Si le fils de famille est condamné, il devra exécuter la condamnation (2). S'il ne peut pas, on exercera sur lui la *manus injectio*. Dans ce cas il devenait la chose de ses créanciers. La loi des XII Tables autorisait les créanciers à couper en morceaux et à se partager les membres de leur débiteur : « Tertius nundinis partis secuto; si plus minusve secuerint, ne fraude esto. » Et toujours il pouvait être vendu comme esclave *trans Tiberim*.

Dans ce cas donc l'enfant était définitivement perdu pour son père.

L'intérêt du père était donc, sinon de payer le préjudice causé par l'enfant, mais d'accepter au moins les débats et de faire l'abandon noxal.

(1) C. IV, § 79.

(2) *Judicatum facere debet*, Ulp., loi 34, *De nox. act.*, Dig.

L'abandon noxal se pratiqua souvent à Rome. Il existait non-seulement dans le droit privé, mais même dans le droit public de la cité. L'esprit d'égoïsme qui dominait dans la constitution de Rome ne pouvait admettre aucune solidarité entre les citoyens. Si donc, nous dit Tite Live, un citoyen s'est rendu coupable d'actes préjudiciables envers un peuple voisin, Rome peut le livrer, en réparation du dommage (1). Le même esprit de dévouement complet, de subordination absolue que nous avons vu dans la famille, règle les rapports des citoyens avec l'Etat, tout est dû à la cité et la cité ne doit ni protection ni sacrifices.

CHAPITRE IV

DROIT DE CONSENTIR AU MARIAGE. — TUTELLE TESTAMENTAIRE. — SUBSTITUTION PUPILLAIRE

Un des attributs de la puissance paternelle était le droit de consentir au mariage du fils. La puissance paternelle se présente ici avec un caractère non moins absolu que celui que nous venons de voir jusqu'à présent. Nul moyen pour le fils de fléchir la volonté du père, et sans le consentement du père le mariage était impossible (2). Rien ne doit être modifié dans la famille sans

(1) *Annales*, I, 56.

(2) Ulp., t. v, § 2; Paul, Sent., l. II, t. 19, § 2. Lois 2 et 35, de *Ritu nupt.*

l'aveu de celui qui y faisait la loi. *Nemini invito hæres suus agnascitur*. L'enfant pouvait être ainsi voué à un célibat perpétuel et jusque sous Auguste aucune loi ne limita ce pouvoir. Un grand nombre de lois encouragement le mariage furent rendues sous cet empereur. L'empire était menacé de se dépeupler, tant les mariages étaient peu nombreux. Parmi les dispositions de la loi Julia, il en est une qui défend au père de contraindre son fils au célibat. L'enfant pouvait s'adresser aux magistrats, et ceux-ci, intervenant, forçaient le père à consentir au mariage (loi 19, *de ritu nuptiarum*).

A partir d'Auguste, l'autorisation du magistrat peut suppléer au consentement du père. La loi Julia accorde même à l'enfant une action pour forcer le père à le doter. C'était là comme une sanction de la disposition précédente, car on pensait que, par son refus de doter, le père aurait pu empêcher le mariage en faisant entrevoir aux époux une misère certaine. Ce fut, certes, une loi sévère que celle qui forçait ainsi un père à se dépouiller contre son gré. Mais elle est le signe certain du grand désir d'arriver à tout prix à des unions licites. Et, en ceci, on peut voir que plus les mœurs sont corrompues, plus on a besoin de lois sévères, parfois même injustes.

On n'exigeait aucune forme pour le consentement du père au mariage. Le consentement tacite était valable.

Le père pouvait être dans l'impossibilité de donner son consentement. Il pouvait être *furiosus*, *mente captus* ou prisonnier.

Si le père était *furiosus*, on avait admis sans difficulté que la *filia familias* pouvait se marier sans le consentement du père. Quant au fils, la même décision fit difficulté. (Inst., *De nuptiis*, pr.) C'est que la fille ne pouvait jamais donner des héritiers à son *pater*. Les enfants de la fille n'étaient jamais sous la puissance de leur aïeul maternel. Il en était bien différemment des enfants du fils qui restaient dans la famille de leur père, qui vivaient sous la même *patria potestas* que celui-ci et, par conséquent, pouvaient devenir les héritiers siens de leur aïeul. Or, il était de principe que personne ne peut avoir contre son gré des héritiers.

Mais Justinien voulut que le fils du *furiosus* fût traité comme la fille et qu'il pût se marier *sine patris interventu*.

Ces principes furent bien plus facilement admis pour les enfants du *mente captus*, car, à la différence du *furiosus* qui peut avoir encore des intervalles lucides pendant lesquels il aurait pu valablement consentir, le *mente captus* est plongé dans un état perpétuel d'imbécillité. Aussi Marc-Aurèle avait décidé (1) que tant les fils que les filles du *mente captus* pouvaient se marier librement.

(1) Loi 25, *De nuptiis*, Code, 5, 4.

Justinien assimile le *furiosus* au *mente captus* ; mais la liberté des enfants fut un peu entravée. Ils durent désormais, pour se marier, avoir à Constantinople l'autorisation du préfet de la ville, ailleurs celle du président de la province.

Que décider si le père était prisonnier chez l'ennemi ? Par l'effet du *postliminium*, le père qui revenait à Rome était considéré comme n'ayant jamais cessé d'être citoyen romain ; par conséquent, comme n'ayant jamais cessé d'avoir eu la *patria potestas*. L'état de fait de l'esclavage était effacé (1).

Cependant, si le fils s'était marié dans l'intervalle, on avait admis la validité de ce mariage, pourvu qu'il ait été contracté dans de telles conditions, que probablement le père présent y eût consenti (2).

Dans certains textes, nous voyons qu'on aurait exigé une autre condition, c'est qu'il se fût écoulé au moins trois ans depuis la disparition du père. On croit généralement que ce sont les compilateurs de Justinien, qui, en remaniant les textes, ont introduit cette condition (3). Dans le silence de la loi, les jurisconsultes classiques se seraient prononcés soit pour le principe, *Nemo invito....* soit pour l'opinion favorable au fils. Ce délai fut donc fixé par Justinien.

Tutelle testamentaire. — Cette tutelle vient de

(1) Loi 12, § 3, de *Capt. et postlim.*, Dig., 49, 15.

(2) 9, § 1, de *Ritu nupti.*, Dig., 23, 2.

(3) V. Accarias, *Précis de droit romain*, p. 161.

la loi des XII Tables, du principe bien connu : « Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto. » Pour que le père pût nommer un tuteur testamentaire, il fallait que l'enfant fût en puissance.

Qu'il institue ou exhérède son fils, le père a toujours le droit de lui nommer un tuteur (loi 4, de *testam. tut.*, Dig.).

Si le fils était émancipé, le père ne pouvait plus lui donner un tuteur testamentaire. Mais, par respect pour la volonté du défunt, on finit par admettre facilement la confirmation des tuteurs nommés (1). Les Institutes disent même, que ces tuteurs seront confirmés *omnimodo*, c'est-à-dire sans aucune enquête.

Substitution pupillaire. — C'est le droit qu'avait le père de faire le testament de son enfant, *sui juris*. Ce droit du père ne pouvait être exercé que pour le temps où il ne serait plus. La puissance paternelle se survivait ainsi en quelque sorte au delà du tombeau. Deux motifs ont été donnés pour expliquer la substitution pupillaire.

Les uns y ont vu une mesure de protection en faveur de l'enfant, contre les agnats. Les agnats écartés de la succession, par la substitution que le père avait faite, auraient été indifférents à la vie ou à la mort de l'enfant. C'est par défiance envers les agnats que la substitution a été permise.

(1) Loi 1, § 1, in fine, de *Confirm. tut.* (Dig., 26, 3.)

Mais cet esprit de défiance aurait mal concordé avec tous les droits que la loi accordait aux agnats. Si elle se fût défiée, n'était-il pas naturel qu'elle retirât tous ces droits, plutôt que de permettre une mesure aussi détournée que la substitution pupillaire? Une si grande confiance d'une part, de l'autre tant de défiance ne sauraient marcher ensemble (1).

C'est dans la croyance religieuse, dans le désir bien connu des Romains, de faire vivre perpétuellement le culte et le patrimoine de la famille, qu'il faut voir l'origine de la substitution pupillaire. En effet, si le fils était mort *intra pubertatem*, c'est-à-dire avant qu'il eût pu faire une institution d'héritier, il aurait couru le risque de n'avoir aucun successeur. Le feu se fût éteint sur l'autel et le culte de la famille eût été menacé de cesser, ce qu'on regardait comme un malheur. Les héritiers *ab intestat* pouvaient refuser la succession et l'eussent-ils acceptée, ils n'auraient peut-être pas accompli aussi dignement le culte et les rites de la *domus*. On conçoit, dès lors, le désir de chaque chef de famille de choisir des héritiers qu'il croyait dignes de continuer son patrimoine, sa maison et sa religion. Faire donc une substitution était une prévoyance du père de famille, un dernier devoir qu'il accomplissait envers les siens, envers soi-même. C'est ainsi qu'en

(1) V. Accar., *Précis de droit romain*, substitution pup., en note.

assurant le feu de son autel et la continuation du culte, il assurait la mémoire de ses aïeux et la sienne, les repas funèbres, et la protection divine sur sa maison.

C'est par un seul et même acte que généralement le père fait son testament et celui de son fils, mais même s'il y a deux actes séparés, *pro uno habetur* (Loi 20, pr. *De vulg. et pup.* Dig., 28, 6). Dans ce seul testament, les jurisconsultes voient deux hérités distinctes : l'une du père, l'autre du fils (1), seulement si étroitement unies entre elles que la partie principale, *caput et fundamentum*, c'est l'institution d'héritier faite par le père et ce n'est qu'autant que cette institution est valable, que la substitution l'est aussi.

Malgré le lien étroit qui existe entre l'institution et la substitution pupillaire, elles pouvaient être faites, non-seulement en des actes séparés, mais même en des formes différentes. C'est ainsi que le père peut faire son testament *per scripturam*, et celui de son fils *per nuncupationem* (Loi 20, § 1, *de vulg. et pup.*, Dig.). Réunie ou non à l'institution, la substitution n'est jamais qu'un acte accessoire, qui ne produit ses effets qu'autant que le testament du père est valable.

Gaius rapporte qu'on était dans l'usage d'écrire la substitution pupillaire à la fin du testament, de la cacher et de la cacheter soigneusement.

(1) G., C. II, § 180; Inst., *de pupil. subs.*, § 2.

Dans la première partie du testament, le père défendait expressément d'ouvrir les tables inférieures, tant que le fils serait vivant et impubère. De cette manière le substitué pupillairement étant inconnu, on n'avait pas lieu de craindre un *votum mortis*.

CHAPITRE V

DROIT DE LA FEMME DANS LA FAMILLE

Les Romains avaient une idée élevée du mariage. Il n'y a pas de plus belle définition que celle qu'ils en donnaient : « *Conjunctio viri et mulieris individuum vitæ consuetudinem continens.* » Comment exprimer mieux l'identité complète, l'union si parfaite que le mariage doit établir entre un mari et sa femme ?

La femme romaine n'est pas comme la femme en Orient, l'esclave soumise de son mari, elle est sa compagne et presque son égale. Elle avait dans l'*atrium* sa place d'honneur, au centre même de la maison, elle vivait parmi ses enfants, leur prodiguant ses soins, surveillant leur éducation, fléchissant sans doute bien souvent la grande puissance du père.

Elle était associée à la religion, au culte de son mari. Modestin, en parlant du mariage, dit : « *Communicatio divini et humani juris.* » Comme

le père, elle offrait des sacrifices aux dieux. Elle avait la garde de l'autel, du foyer, de tout ce qui est précieux. Sa chasteté et son travail étaient sa gloire. Quand on voulait la louer, on l'appelait *lanifica, pudica, domi seda* (1). Elle prenait le titre de *materfamilias*, comme le père prenait le titre de *paterfamilias*, et elle avait droit à la considération et au respect.

Jamais Rome ne connut la polygamie et cela montre combien, dès l'origine, l'indépendance des femmes était grande, combien aussi on les respectait. Ainsi que le dit en d'excellents termes M. Accarias : Partout où l'homme a plusieurs femmes, elles ne sont ni ses égales, ni ses compagnes (2).

Les femmes eurent donc un rôle considérable dans la famille et leur influence se manifesta dans l'Etat même. Pour n'avoir pas respecté la chasteté d'une femme, Tarquin fut détrôné et la royauté devenue odieuse, proscrite; pour n'avoir tenu aucun compte de l'honneur d'une jeune fille, le décemvir Appius Claudius fut tué, et on abolit la tyrannie du décemvirat. C'est que les anciens Romains, ainsi que le dit Sénèque, considéraient la débauche plus qu'un crime, ils la considéraient comme une monstruosité (3).

Coriolan n'épargna Rome que grâce aux prières

(1) Gide, *Condition de la femme*, page 109, note 1.

(2) *Op. cit.*, page 146.

(3) *Seculumquo, impudicitia monstrum erat, non vitium. Sén., Frag., XIII, 70.*

de sa mère et de sa femme. La femme de Licinius fit de son mari le premier tribun des Romains. La démocratie romaine atteignit son apogée avec les Gracques formés par l'éducation et guidés par les conseils de leur mère. Enfin, à l'origine même, ce furent les mères, les épouses, les sœurs qui, selon la croyance populaire, empêchèrent la guerre entre les Sabins et les Romains, qui les unirent, qui fondèrent ainsi la nation romaine.

Ainsi nous les voyons toujours apparaître épouses fidèles, mères dévouées, vierges pures, portant avec elles la paix ou l'ambition, excitant aux grandes vertus, et trouvant elles-mêmes toute leur grandeur dans leur chasteté.

« A chaque page de l'histoire romaine on voit la
« femme apparaître, dit notre savant maître
« M. Paul Gide. En vain les lois l'ont-elles exclue
« de toute participation aux affaires publi-
« ques : sans cesse son intervention apparente ou
« cachée, décide des destinées de l'Etat ; il semble
« même que les Romains se soient complus dans
« leurs annales ou leurs légendes à attacher le nom
« d'une héroïne à chacun de leurs plus glorieux
« souvenirs et, si l'on croyait l'histoire tradition-
« nelle, Rome ne serait pas moins redevable à la
« vertu de ses matrones qu'à la sagesse de ses
« législateurs, ou au courage de ses guerriers. »

Mais quel que fût, au point de vue des mœurs, le rôle considérable que la mère de famille dût avoir à Rome, sa condition juridique est loin d'y

correspondre et jamais elle ne participa à la puissance domestique.

Manus.

Le mariage peut être contracté avec ou sans *manus*. Si le mariage est accompagné de *manus*, l'épouse entre dans la famille de son mari. Mais quels sont les effets de cette *manus*? La *manus* établira entre les époux une communauté universelle de biens et le patrimoine de la femme ira se confondre complètement dans celui du mari. Elle sort de sa famille, elle cesse d'être l'agnate de ses tuteurs, et son père n'aura plus aucun pouvoir sur elle.

Dans sa nouvelle famille, elle est *loco filiaë* (1), disent les textes et aussi la *manusa* été complètement assimilée à la puissance paternelle. Le mari qui exerce la *manus* aura donc sur la femme tous les droits du père. Et en aucun cas, la femme ne pourra participer à l'autorité de l'époux sur les enfants, si ce n'est dans les limites de l'influence que les mœurs et l'affection qu'elle inspire à son époux peuvent lui donner. Dans ces conditions la mère est considérée envers ses enfants *loco sororis* et en effet, c'est le principe qu'on suivra lorsqu'il s'agira de régler la dévolution des biens à la mort des enfants ou de la mère.

Telle est l'opinion généralement admise, quant aux effets de la *manus* et dans cette opinion il n'y

(1) G., C. 1, §§ 111, 114, 115, 118, II, §§ 15, 139, Ulp., Reg., 22, 14.

a lieu de faire aucune différence entre la *manus* et la *patria potestas*.

M. Gide a inauguré une nouvelle opinion (1). Suivant l'éminent professeur, « la *manus*, du moins « dans la dernière forme qu'elle a revêtue, est un « droit à part, différent de la puissance domes- « tique, de la *potestas*, non pas dans ses détails, « mais dans son essence même. »

A l'argument sur lequel se fonde l'opinion précédente tirée des expressions employées par Gaius et par Ulpien que la femme *in manu est loco filia*, M. Gide répond que cela est vrai, mais seulement en ce qui concerne les biens. Tout ce que la femme possède entre dans le patrimoine du mari, tout ce qu'elle acquerra sera pour son mari. Comme la *filia familias*, elle n'aura d'autre capacité pour promettre ou pour stipuler que celle que son mari lui prêtera. A la mort de celui-ci, elle sera encore *loco filia*, en ce sens que la société qui existait entre elle et son mari étant dissoute, elle prendra, si elle vient en concours avec ses enfants, une part d'enfant, toute la communauté si elle vient seule.

M. Gide tire un argument en faveur de sa doctrine d'un texte de Gaius (II, 90). « Nous pouvons « acquérir, par nos fils ou nos esclaves, soit la pro- « priété, soit même la *possessio*. Nous pouvons « également acquérir la propriété par les femmes « qui sont *in manu nostra*, mais il est fort dou-

(1) V. *Op. cit.*, p. 133 et suiv.

« ceux que nous puissions acquérir la possession
« par elles, *car nous ne les possédons pas.* » (C. IV,
§ 90.)

Il semble bien résulter que les femmes *in manu* ne sont pas *in potestate*. En effet, dans le paragraphe qui précède (§ 89), Gaius dit formellement que nous pouvons acquérir la possession par ceux que nous avons *in potestate*. Douterait-on si vraiment la femme était *in potestate*? Evidemment non. Mais d'où vient le doute? C'est que, d'une part, la femme n'étant pas en puissance, elle ne peut être considérée à l'égal du filset de l'esclave *comme possédée par le mari*, et Gaius d'ailleurs le dit expressément, et, d'autre part, la possession peut être considérée comme un élément de richesse, comme faisant partie du patrimoine lui-même et par conséquent comme appartenant au mari, car la *manus* a opéré une confusion complète entre les patrimoines.

De plus nous voyons une grande différence entre le droit du père et celui du mari. Le père peut vendre l'esclave et le fils. S'ils ont commis quelque préjudice à un tiers, il peut les livrer en guise d'indemnité. Au contraire, il ne peut pas vendre sa femme et il ne peut pas la céder en réparation du dommage qu'elle aurait causé. Plutarque nous dit en effet que les droits du mari sur sa femme sont moins étendus que ceux du père sur sa fille (1). Et il nous semble que Plutarque a dû parler de la

(1) Plut., *Quest.* 22.

femme *conventa in manu*, car si le mariage avait été libre, sans *manus*, il n'y aurait eu lieu à faire aucune comparaison entre l'épouse et la fille (1).

Remarquons que, de tous les attributs de la puissance paternelle que nous avons énumérés, un seul résulte bien clairement des textes au profit du mari : celui de nommer un tuteur testamentaire à sa femme. C'est que la tutelle comme la *manus* n'a pour objet que les biens.

Certainement le mari a des droits sur la personne de sa femme, mais ces droits, il les tient du mariage lui-même et non de la *manus*. C'est ainsi que, sans avoir la *manus*, il pourra agir *de exhibenda uxore* ou *de injuria*. Gaius dit : « *Pati injuriam videmur per uxores nostras quamvis in manu non sint* » (C. VI. 4, III, 221). Il est vrai que l'action *furti* au cas où la femme aura été volée, n'est donnée qu'au mari qui a la *manus*, mais la raison est, que cette action ne peut reposer que sur un motif pécuniaire et le mari qui n'a pas la *manus*, n'en saurait invoquer aucun.

La *manus* ne produit donc pas les effets de la *patria potestas* sur la personne de la femme. Aussi n'est-il pas vrai de dire que *la femme in manu* rompt complètement avec sa famille. « Ses liens « d'agnation sont brisés, mais son père et ses parents devront être appelés au tribunal de famille, « qu'ils aient perdu par l'effet de la *manus* leurs

(1) M. Gide invoque aussi un texte restitué de Gaius, C. IV, 80, V, p. 134, en note.



« droits de père et d'agnats, il n'importe : ils sont
« restés les parents naturels, les cognats de la
« femme et ce titre suffit pour qu'ils aient le droit
« de protéger sa personne et de veiller sur ses
« mœurs. »

Quel que soit le parti que l'on prenne sur les effets de la *manus*, il n'en est pas moins vrai que, dans aucune mesure, la mère n'est pas appelée à participer à la puissance paternelle. Hormis la communauté de vie et ce lien de sœur que la *manus* établissait et qui produisait des effets en matière de succession, la mère restait étrangère à tout ce qui concerne ses enfants. Même au moment où ceux-ci allaient accomplir l'acte le plus important de leur vie : se marier, la loi n'exigeait ni le consentement, ni le conseil de la mère. L'enfant émancipé par la mort du père se mariait à son gré. La fille, dans une perpétuelle tutelle, avait besoin du consentement de son tuteur.

La mort du père ne brisait pas le lien de parenté que la *manus* avait établi ; mais la mère n'avait aucun droit à la tutelle de son enfant.

S'il lui était impossible d'être tutrice, il faut croire néanmoins que la garde de son enfant lui était confiée. Nous savons, en effet, que le tuteur n'avait ni la garde ni la direction de l'éducation du pupille. Le magistrat confiait l'enfant à la personne qu'il choisissait et qu'il croyait digne. Le plus souvent il n'y avait pas de meilleur choix à faire que de choisir la mère. Depuis le règne d'Alexandre, le

magistrat dut nommer la mère gardienne de ses enfants mineurs, tant qu'elle n'avait pas contracté un second mariage (Loi 1, C, V, 49). C'est ainsi qu'après la mort de son mari l'épouse restait, comme de nos jours, dans sa maison et auprès de ses enfants.

Petit à petit, quand la grande unité de la famille fut un peu rompue, quand l'autorité paternelle perdit son caractère volontaire et absolu, on songea qu'il était mauvais que la mère n'eût absolument aucune existence aux yeux de la loi. Sa tendresse pour les enfants lui donnait des droits, on voulut les reconnaître. On commença à récompenser sa maternité. Si elle a trois enfants, elle est capable de recueillir les libéralités testamentaires avec une pleine et entière capacité. D'autre part, l'intervention de plus en plus accentuée du préteur dans la famille finit par enlever au père le droit de justice domestique. Toute barbarie fut interdite et certainement la mère dut avoir un moyen efficace de protéger ses enfants, en dénonçant au magistrat les mauvais traitements dont le père les aurait frappés, quand ils ne pouvaient se plaindre eux-mêmes.

D'ailleurs on commence à reconnaître que l'affection doit être la seule base de la famille. Si la mère est folle, dit Ulpien, son curateur ne peut être que son fils, « car, quoiqu'elle n'ait pas « le même pouvoir que le père, elle a droit à la « même tendresse. » Les idées ont changé depuis

le temps où la tutelle et la curatelle étaient organisées principalement au profit de l'héritier présomptif de l'incapable.

De plus en plus, ce mouvement en faveur de la mère s'accroît. Un décret d'Antonin le Pieux, deux rescrits de Marc-Aurèle décident qu'en cas de divorce, le père ne pourra exiger l'attribution de la garde et de l'éducation de l'enfant. Le magistrat appréciera. Il peut confier l'enfant à la mère. Il y a ainsi dans les lois un commencement d'autorité maternelle. Le père ne peut plus intenter contre elle l'interdit *de liberis exhibendis*. L'interdit est paralysé par une exception (1). La mère commence à pouvoir protéger efficacement ses enfants, elle a un droit de surveillance et peut avoir le droit de garde et d'éducation. Elle participe ainsi à la puissance paternelle.

D'autre part, on lui imposait des obligations. Elle doit nourrir et élever ses enfants (2).

Lorsque le père est mort, elle doit leur faire nommer un tuteur, sous peine pour elle de perdre tous les droits successoraux que le *sénatus-consulte Tertullien* lui avait accordés (3).

Dans le droit classique, ses pouvoirs s'étendent encore, elle a sur l'administration du tuteur un droit de surveillance et peut intenter l'action

(1) Lois 1, § 3, et 3, § 5, *De liberis exhib.*, Dig.

(2) Loi 5, § 12, Dig., 25, 3.

(3) L. 2, de Sn. C. Tertul., C.

crimen suspecti. Tout est fondé sur le motif d'affection. Et elle peut intenter cette action même contre le père émancipateur, tuteur légitime de son enfant (1).

Là devait se borner son rôle. En principe, elle ne peut être tutrice de ses enfants. La tutelle est toujours considérée comme un *virile munus*. Exceptionnellement, par une décision expresse, individuelle, le prince peut la relever de son incapacité.

Incapable d'être tutrice à plus forte raison ne peut-elle nommer un tuteur testamentaire à son enfant. Mais les jurisconsultes atténuèrent, par un subterfuge, la rigueur des lois. Le tuteur nommé par la mère doit être confirmé après enquête, dit la loi 4, de *Testam. tutela*. Cette loi exige que les enfants aient été institués.

Une autre loi, du Code, nie que l'institution soit nécessaire. Cette disposition n'est pas exacte, aussi faut-il s'en tenir au principe que la mère ne peut nommer un tuteur que tout autant qu'elle a institué ses enfants (2).

D'ailleurs, elle ne pouvait confier à ce tuteur que la gestion des biens qui venaient d'elle, car, dès la mort du père, les enfants avaient un tuteur que certainement la mère ne pouvait écarter.

On pouvait admettre une certaine autorité de la mère, mais cette autorité ne peut aller jusqu'à dé-

(1) L. 1, §§ 5, 6 et 7, de *Inspectis tutoribus*.

(2) Accar., *op. cit.*, p. 268, note 8.

truire celle du père. Lui permettre d'écarter le tuteur légitime ou celui nommé par le magistrat, ce serait introduire une grave innovation qu'aucun texte n'autorise.

Il est vrai qu'on déroge, en acceptant notre solution, à la règle : *tutor non dari potest rerum vel causarum* (L. 12, D., XXVI, 2).

Mais nous acceptons cette dérogation, plutôt que celle qui tendrait à donner à la mère une autorité plus grande que l'autorité paternelle.

Sous l'influence des doctrines chrétiennes, l'autorité de la mère s'augmente. Dans l'œuvre législative des premiers empereurs chrétiens, on trouve deux idées nouvelles : participation de la mère au mariage de sa fille, tutelle de la mère survivante.

Les empereurs Honorius et Théodose décidèrent que la mère donnera son consentement au mariage de sa fille, toutes les fois que le père sera dans l'impossibilité de le faire : *Si patris auxilio destituta* (1). Mais là se borna leur réforme. Plus tard, aux termes de deux constitutions de Valentinien, Théodose et Arcadius, la mère veuve pouvait réclamer du magistrat la tutelle de ses enfants, si elle était majeure de 25 ans et s'il n'y avait pas de tuteur testamentaire ou légitime.

De plus elle devait jurer de ne pas contracter un nouveau mariage.

(1) L. 20, C. Just., V, 4.

D'autre part des droits successoraux de plus en plus larges lui sont accordés. C'est ainsi que l'émancipation de la mère est complétée par le christianisme. Les lois nouvelles ne firent pas l'égalité entre le père et la mère, mais au moins elles commencèrent à comprendre que le dévouement et l'affection de la mère lui donnaient des droits qu'on ne saurait sans injustice lui enlever.

DEUXIÈME PARTIE

POUVOIRS DU PÈRE SUR LES BIENS

CHAPITRE I

DU PÉCULE PROPECTICE

Tous les membres d'une famille se confondent dans la personnalité de leur chef. Celui-ci seul est susceptible d'avoir des droits, ses enfants en puissance ne sont, comme les esclaves, que des instruments d'acquisition. Ainsi, dit Ulpien, s'il leur a été fait tradition de quelque chose ou s'ils ont stipulé, la tradition et la stipulation profiteront au père (1).

Le fils de famille ne peut avoir aucun bien : *Qui in potestate est, nihil suum habere potest.* Mais, si tel était le droit, le fils dut néanmoins participer en fait aux richesses de son père. De bonne heure même s'introduisit l'usage du pécule.

Le pécule était une partie des biens paternels dont le fils avait l'administration et la jouissance.

(1) Ulp., Reg. Juris, 19, 18; Gaius, C. 2, §§ 87, 86.

Ulpien fait dériver le mot pécule de *pusillus* (léger, sans importance), mais Varron, et après lui Festus, en trouvent l'étymologie dans le mot *pecus*, troupeau, principale richesse du peuple romain dans les premiers temps. Cela indique bien l'origine fort ancienne du pécule (1).

Le pécule que le père constituait à son fils s'appelait *profectice* (2), et il pouvait comprendre toute espèce de biens. Quant à ce pécule, le fils ne joue que le rôle d'*administrateur*. Le père continuait d'en avoir la libre disposition, il pouvait en faire ce qu'il voulait et le retirer à son fils, *Pater dedit, pater abstulit*.

Cependant, le fils avait encore des pouvoirs très-larges. Souvent, il employait son pécule à faire le commerce soit de terre, soit de mer, et alors il pouvait faire tous les actes qui étaient relatifs à ce commerce, mais, dans tous les cas, il devait se conformer à la destination du pécule, et éviter tout acte de disposition.

A l'occasion d'un pécule, le fils peut acheter, vendre, donner un mandat, faire une stipulation, nover, en un mot tous les actes qu'une personne *sui juris* peut faire dans l'administration de ses biens, lui sont permis.

La fille de famille qui a un pécule peut se constituer en dot des valeurs qui en proviennent, et,

(1) Tite-Live (L. 2, n° 41) atteste aussi la très-haute antiquité du pécule.

(2) *Quia a patre profectus est*, disent les commentateurs.

en cas de divorce, elle reprendra les biens sans avoir besoin du concours de son père (1).

Le fils muni d'un pécule peut être créancier ou débiteur.

Pourra-t-il intenter un procès? — Non. Il ne peut ester en justice que du consentement de son père et au nom de celui-ci. Paul le dit expressément : *filius suo nomine nullam habet actionem* (Loi 9, de oblig. et act., D. 44, 9). Mais, en dehors de toute instance, le fils peut faire un compromis, déférer et prêter le serment. Ce sont là, en effet, des actes extrajudiciaires qui rentrent dans les pouvoirs très-larges d'administration qu'il a.

Cependant le pécule a comme une espèce de personnalité distincte. *Stricto jure*, une obligation contractée par le fils à l'occasion du pécule ne devait pas donner naissance à une action contre le père. En ceci d'ailleurs, nous ne trouvons que l'application du droit commun. Le fils ne pouvait obliger son père que tout autant qu'il avait promis sur son ordre, ce qui n'avait pas lieu dans l'espèce, car le fils administrait tout seul. Cependant, si le fils s'oblige à l'occasion du pécule, il y aura une action. Cette action est donnée en quelque sorte contre le pécule lui-même et le suit partout, par conséquent entre les mains du père. Le pécule épuisé, l'action s'éteint. Le préteur accorde au créancier du pécule, contre le père, l'action de

(1) Loi 24, de jure dotium, D., 23, 3.

peculio, en vertu de laquelle il peut poursuivre le père de famille jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. Cette action n'est qu'une modification de celle qui résultait du contrat intervenu entre le fils et le créancier. Toute action peut être donnée de cette manière, aussi nous voyons l'*action empti de peculio, depositi de peculio*, etc.

Si l'acte à raison duquel le fils s'était engagé avait tourné au profit du père, il pouvait y avoir lieu à une action *de in rem verso*. Souvent cette action est unie à celle *de peculio*, elles se confondent alors en une seule. Suivant Ulpien et Paul, ce qui a tourné au profit du père, constitue une dette, qui tombe dans le pécule. De sorte que l'action *de peculio* comprend l'action *de in rem verso* (1).

Cependant elles n'en sont pas moins entièrement différentes et l'une peut être plus utile que l'autre, suivant les cas. Si plusieurs créanciers agissent *de peculio*, celui d'entre eux dont les valeurs avaient tourné au profit du père avait intérêt à agir *de in rem verso* afin d'éviter le concours.

Le père peut être lui-même créancier du pécule de son fils. Si le pécule a été employé à un commerce, *sciente patre*, les créanciers commerciaux et le père, s'il lui est dû quelque chose, sont appelés par le prêteur, à partager proportionnellement les valeurs du pécule. Le père doit faire le partage. Si

(1) L. 19, L. 3, § 1, *de in rem verso*, D.

les créanciers se trouvent lésés, ils peuvent, par l'action *tributoria*, demander le complément de ce qui doit leur revenir.

Comment prend fin le pécule profectice ? Le pécule est entièrement soumis à la volonté du père. Le père peut toujours le retirer au fils, lorsque la puissance paternelle finit, le pécule ne peut plus exister. Les biens dont il est formé, font retour au patrimoine du père ou ils vont former le germe de la richesse du fils émancipé devenu *sui juris*. On finit par admettre que l'ancien pécule deviendra la propriété du fils émancipé, toutes les fois qu'on ne le lui retire pas expressément. Si les biens ont été retenus par le père, les créanciers du pécule ont pendant une année l'action *de peculio*, pour poursuivre ces biens. Cette action peut être intentée même contre un légataire étranger. Passé le délai d'une année, il ne reste plus que la ressource de l'action *in rem verso*.

CHAPITRE II

PÉCULE ADVENTICE

Origine et composition de ce pécule.

Vinnius nous donne en ces termes la définition du pécule adventice : « Le pécule adventice est tout ce que le fils gagne en dehors de la chose du père, soit par son travail, qu'il n'a pas fait à l'ar-

mée, soit par une chance heureuse, soit par succession de sa mère ou de ses parents maternels, par donation à l'occasion du mariage, ou par des legs qui lui seraient faits par ses amis.»

Anciennement le père avait le droit de dépouiller l'enfant de tout ce qu'il gagnait, et cela au profit de tel autre enfant, et même au profit d'un étranger. Cela parut inhumain, dit Justinien, aussi Constantin restreignit le droit du père, *quant aux biens que l'enfant recueillait dans la succession de sa mère*, soit par testament, soit *ab intestat*, à un simple droit d'usufruit (*De bonis maternis*, C. loi 1). Le droit de propriété de l'enfant était sauvegardé. C'est ainsi que prit naissance le pécule adventice.

Certains commentateurs ont fait remonter l'origine du pécule adventice au sénatus-consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle. La succession de la mère est, en effet, donnée au *filiius* ou à la *filia* quand même ils sont *alieni juris* (1). Là-dessus on s'est fondé pour dire que l'enfant *in patria potestate* a un droit exclusif à la succession de sa mère, succession qui, désormais, devra former pour lui un patrimoine propre.

Mais les enfants *alieni juris* peuvent être appelés à la succession sans que, pour cela, ils aient un droit de propriété sur les biens qui leur seront dévolus. Le sénatus-consulte Orphitien n'eut pas

(1) Inst., liv. 3, tit. 4, pr.; Ulp., Reg. 26, 7. — Loi 9, *ad Sen. C. Tertul.*, Dig.

pour but d'établir un droit de propriété des enfants. Il leur permit seulement de primer les *agnats* qui, toutes les fois que la femme n'est pas *in manu*, devaient l'emporter sur les enfants.

Cependant il est vrai de dire qu'en accordant des droits successoraux aux enfants, le sénatus-consulte Orphitien contient en germe la création du pécule adventice. D'ailleurs, si Marc-Aurèle avait attribué exclusivement aux enfants les biens provenant de la succession maternelle, Constantin n'aurait eu aucun besoin de restreindre à un simple usufruit le droit du père sur ces mêmes biens.

Déjà, avant Constantin, certains efforts furent faits afin d'assurer un patrimoine aux fils de famille, mais ces efforts furent isolés, la faveur accordée à certains enfants est individuelle et, jusqu'à Constantin, il n'y a aucune loi (1).

Arcadius et Honorius (395) étendirent le principe de Constantin à tous les biens provenant de la ligne maternelle. Le père n'a pas le droit de disposer de ces biens, il doit les conserver intacts (loi 2, *de bonis mat.*, C.).

Théodose et Valentinien (420) décidèrent que les donations entre époux seraient, comme les biens maternels, soustraites à la règle et qu'elles

(1) Tel fut notamment un rescrit d'Adrien qui attribue à un fils la propriété d'un fidéicommiss fait au père à condition qu'il le fera parvenir au fils quand celui-ci aurait cessé d'être en puissance. Adrien déclare traiter le fils comme militaire, parce que le père commettait de nombreuses fraudes (loi 50, *ad Sn. C. Treb.*, D.).

resteront propres au donataire. En outre, si l'époux donataire vient à mourir, les biens donnés seront partagés entre ses descendants *jure successionis* et ne feront pas retour au père *jure peculii*.

En cas de mort de l'enfant, tous les biens maternels devaient être attribués à son père et non à l'aïeul qui aurait exercé la *patria potestas*. Ces biens dans le patrimoine du père de l'enfant continuaient à être régis de la même façon (loi 3, même titre).

Sous les empereurs Léon et Anthémios (469) le pécule fut considérablement élargi. Enfin, sous Justinien, on y comprenait tous les biens que l'enfant recevait *aliunde quam ex re patria* à quelque titre que ce soit. C'est par une constitution de 529 que le pécule adventice est définitivement réglé. D'ailleurs, en conservant l'usufruit au père, on ne lui laissait, ainsi que le dit Justinien, aucun juste motif de se plaindre (1).

Droits et devoirs du père relativement au pécule adventice.

Le titre de *paterfamilias* donne au père, sur les biens formant le pécule adventice, des droits bien plus étendus que ceux d'un usufruitier ordinaire. Ainsi le père n'est pas tenu de

(1) Loi 6, *De bonis quæ liber.*, C. ; *Inst.*, L. 2, titre 9, § 1.

donner caution, et il n'est pas obligé davantage de fournir des garanties ou des sûretés pour protéger le fils contre une mauvaise administration (1), *paterna reverentia eum excusante*. Et certainement, malgré l'avis contraire de Donneau, l'on doit dire que le père est aussi dispensé de dresser inventaire. En effet, il n'y a pas de bonne raison de distinguer, et le texte dit que le père est dispensé « *a ratiociniis, a cautionibus et ab aliis omnibus quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur.* » Cette expression, *ab aliis omnibus*, est aussi générale que possible.

Le père peut administrer et jouir du pécule comme il l'entend, aucune entrave n'est apportée à son pouvoir. Constantin écrivait qu'il est permis au père : « *Omnia agere tanquam solidum perfectumque dominium ei fuisset* (2). »

Dans une autre de ses constitutions, il dit : « Que le fils de famille ne s'avise pas de demander compte à son père de son administration, nous refusons au père le droit d'aliéner ou d'hypothéquer le pécule; mais, hors cela, il a sur les biens un pouvoir absolu et peut les administrer à sa guise avec une presque entière impunité. »

Cependant le père devait ne pas abuser de sa

(1) Loi 8, § 4, de *Bonis quæ liberis*. VI, LXI, C. et loi 6, § 2, h. t.

(2) Loi 1, de *Bonis maternis*.

jouissance et respecter la destination des biens. En agissant autrement, sur la plainte du fils, il pouvait encourir la déchéance de son droit. Cette déchéance, c'est l'empereur qui la prononçait (1).

Pour sauvegarder d'une manière efficace ces droits, la constitution impériale décide qu'aucune prescription ne saurait être opposée à l'enfant (2). Cette mesure destinée à tempérer le pouvoir absolu de jouissance et d'administration du père, sauvegardait les intérêts de l'enfant, mais, en mettant les tiers acquéreurs dans l'incertitude; elle leur nuisait considérablement; aussi une modification fut introduite par les empereurs *Léon et Anthémius* qui, après avoir reproduit les dispositions de la constitution de Constantin, ajoutent que la prescription sera néanmoins opposable à l'enfant, si celui-ci ayant été émancipé, il s'est écoulé un temps assez long pour qu'on puisse dire que la prescription a couru contre lui (3).

Cette prescription sera de trois ans, qui courront à partir du jour où le fils est devenu *sui juris* s'il est pubère, et à partir de sa puberté, s'il est impubère au moment de l'émancipation.

En principe, le père ne peut ni aliéner, ni hypo-

(1) L. 8, § 4, *eod. tit.*, 2.

(2) Loi 4, *in fine*, *De bonis quæ lib.*, C.

(3) Arg. d'anal. Nov. 22, ch. 24, *fine*. On peut invoquer la loi 1, § 2, *de Annal. except.*, C., pour décider que le délai sera d'un an.

théquer les biens du pécule adventice. Mais l'hypothèque et l'aliénation lui sont exceptionnellement permises (1) :

1° Si le pécule adventice se compose d'une succession grevée de dettes, le père peut vendre, pour acquitter les dettes, tout ou partie des biens successoraux. Cette aliénation était facultative pour le père. Mais on considérait que le paiement des dettes était profitable tant au fils qu'au père.

2° Lorsque la succession est grevée de legs ou de fidéicommiss. Le père devra les payer en vendant les meubles et même les immeubles de la succession, mais surtout ceux qui donnent un revenu moindre.

3° Pour procurer des aliments à sa famille.

4° Le père peut encore vendre le bien du pécule adventice, quand, dit Justinien, l'aliénation est d'un intérêt évident.

Telle serait la vente dont le prix a été employé à l'amélioration ou à la conservation des biens du pécule.

Les charges du pécule seront supportées par le père. Ainsi il devra nourrir et soigner à ses frais les esclaves du pécule, et faire les réparations nécessaires aux fonds urbains ou ruraux. Il devra aussi fournir des aliments à son fils. Mais, ainsi que le remarque la constitution du Code, il est

(1) Loi 8, citée.

tenu de cette obligation non comme usufruitier, mais comme père. Néanmoins, pour déterminer le quantum des aliments dus, on aura égard nécessairement à la valeur des biens dont le père a l'usufruit.

Des procès peuvent naître à l'occasion du pécule. Le père a l'exercice des actions. Seulement il sera obligé de prendre l'avis de son fils, à moins que celui-ci ne soit dans l'impossibilité de manifester son avis, à cause de son bas âge ou de son absence.

Comment s'éteint l'usufruit du père sur le pécule adventice?

En principe, l'usufruit, étant un attribut de la puissance paternelle, doit durer aussi longtemps que cette puissance. Or, cette puissance est perpétuelle, elle forme un droit établi au profit du père. Les mêmes caractères, nous les retrouvons dans l'usufruit, qui n'étant pas, comme l'usufruit légal du Code civil, une compensation des soins que le père donne à ses enfants, continue alors même que ces soins ont complètement cessé. Aussi Constantin l'accorde au père tant qu'il vivra. (Loi 1, *de bon. mat.*, C.)

L'émancipation elle-même ne fait que modifier le droit du père. Elle fait cesser le droit d'usufruit, mais le père est autorisé à retenir en pleine propriété, le tiers des biens du pécule adventice. Cela parut excessif et Justinien amoindrit ce droit. Il décida que le père ne peut retenir que *la moitié de*

l'usufruit seulement. Justinien n'enleva pas tout avantage au père, tant était grande de son temps encore l'idée que les droits de la puissance paternelle sont créés non au profit des enfants, mais à celui des pères.

L'usufruit peut aussi prendre fin par la renonciation, du père faite au profit de l'enfant propriétaire, sans que cette renonciation puisse élever aucune réclamation de la part de ses frères et sœurs. En réduisant le droit du fils de famille sur le pécule adventice à une *nue propriété*, les biens qui entraient dans la composition de ce pécule étaient frappés d'inaliénabilité pendant un certain temps. C'était là un moyen d'assurer le patrimoine contre les entraînements de la jeunesse. Car, dit Justinien : « *Melius est coarctare juveniles calores, ne cupidini dedit, tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectatur patrimonium.* »

Il n'est permis au fils de disposer de ses biens en aucune façon, ni par acte entre vifs, ni par testament (1), mais il peut avoir des héritiers légitimes. Une constitution des empereurs Théodose et Valentinien reconnaît aux enfants le droit de succéder à la nue propriété sur les biens adventices de leur père, l'usufruit devant toujours être réservé à l'aïeul (2).

Une autre constitution de Léon et Enthémus

(1) Loi 8, § 5. de *Bonis quæ lib.*, Code.

(2) Loi 3, *eod. tit.*, *fine* et loi 4.

reconnaît le même droit aux frères et sœurs au cas où le fils de famille viendrait à décéder sans héritiers en ligne directe.

Les Nouvelles changent ces principes : si l'enfant meurt sans laisser des descendants, le père est appelé concurremment, avec les frères et sœurs ; mais dans ce cas il ne peut plus se réserver aucun droit d'usufruit sur la part afférente à ses cohéritiers (Nov. 118, ch. 2).

*D'un certain pécule adventice appelé
extraordinaire.*

A côté du pécule adventice que nous venons d'étudier il y a un *pécule irregulare sive extraordinarium*, sur lequel le fils de famille a un véritable droit de propriété. Ce pécule existe :

1^o Quand le droit d'usufruit est enlevé au père à titre de peine. C'est ainsi que l'empereur Adrien força un père à restituer à son fils une hérédité parce qu'il était prouvé que le père abusait du fidéicommiss au détriment de son enfant (Loi 50, *ad. Sn. C. Treb.*, Dig., 36, 1).

2^o Lorsque des biens ont été légués ou donnés au fils sous la condition expresse que le père n'en aura pas l'usufruit. Le disposant pouvait ainsi limiter le droit du père, il pouvait aussi charger un *dispensator* de veiller à l'exécution de la donation ou du legs si l'enfant était encore impubère. Cette décision fut introduite par le droit des Nouvelles (117, 1). Au cas où le disposant n'a pas

nommé un *dispensator*, le juge nommera un curateur à l'enfant.

3° Lorsque le père refusait de faire adition d'une hérédité dévolue au fils. Le fils faisait adition pour son propre compte et obtenait la pleine propriété des biens successoraux. S'il est mineur, il aura besoin de l'autorisation du juge (Loi 8, pr. et § 1, *de bon. quæ lib.*, C.).

4° La privation du droit d'usufruit légal peut être imposée au père comme une *pæna injusti repudii*. Ce qui arrivait lorsqu'il avait répudié sa femme sans motif légitime (Nov. 134, ch. 11).

5° Les biens qu'un fils de famille recueille dans la succession de son frère germain, en concurrence avec ses ascendants, ne sont pas plus soumis, selon le droit des Nouvelles, à l'usufruit du père (Nov. 118, ch. 2 *in fine*).

6° En cas de renonciation du père, le droit de l'enfant se consolidait (loi 6, § 2, *De bon. q. lib.*, C.).

7° D'après le Code Théodosien (loi 2, *de mat. bon.*), lorsque le père se remariait après la majorité de l'enfant.

Tels sont les différents cas où un pécule adventice devient irrégulier.

L'usufruit comme la nue propriété appartiendra alors au fils. Mais les biens adventices continueront-ils à être frappés d'inaliénabilité?

La question est débattue. Les uns admettent que le fils de famille peut disposer entre vifs, même par donation à cause de mort, du pécule irrégulier.

Pour soutenir cette opinion on se fonde sur la Nouvelle 117, ch. 1, qui dit : « Licet sub potestate sint, licentiam habeant, *quo volunt modo disponere* » (1).

Mais l'authenticité de ce texte a été contestée, dans le texte grec on lit διοχεῖν qui veut dire administrer et non disposer.

D'ailleurs le même motif qui a fait retirer au fils le droit de disposer du pécule adventice, subsiste quand le père a perdu son droit de jouissance. Une liberté si absolue se concilierait peu avec le texte bien précis de la loi 8, § 5, *de bonis quæ liberis*, qui ne fait aucune distinction : « Neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentialis concedenda dominium rei ad eos pertinentes alienare vel hypothecæ titulo dare vel pignoris adsignare. » Aussi croyons-nous que le fils, quoique ayant la pleine propriété du pécule extraordinaire, ne peut pas en disposer tant qu'il est en puissance. Le fait même de vivre sous l'autorité paternelle constitue pour lui aux yeux de la loi une incapacité. Cette incapacité ne présente, d'ailleurs, pas un grand inconvénient. Il y avait, sous Justinien, des causes nombreuses d'émancipation, et ordinairement à partir d'un certain âge le père lui-même émancipait son fils.

En faveur de notre opinion nous pouvons citer l'autorité de Merlin.

(1) V. *Puiss. patern.*, § 4.

Il est presque hors de doute, que le fils ne pouvait pas disposer par testament de son pécule irrégulier. En effet, dans une loi au Code, Justinien dit qu'il n'est permis au fils en puissance de tester, que *dans certains cas*. Ces cas exceptionnels sont déterminés dans d'autres lois et il n'est jamais question que du pécule *castrense* et *quasi castrense* (1). En l'absence d'un texte précis on ne peut déroger au principe qui est l'indisponibilité.

Mais il est certain que le fils peut avoir des héritiers *ab intestat*, quant à son pécule extraordinaire. La succession sera dévolue de la même façon que celle sur le pécule adventice régulier.

De l'hypothèque tacite accordée au fils de famille.

Le père a, comme administrateur, les pouvoirs d'un propriétaire. Cette administration peut être mauvaise et nuire considérablement au fils, mais en aucun cas le fils n'est autorisé à exiger des garanties. Mais n'avait-il pas au moins une hypothèque tacite sur les biens de son père?

Jusqu'à l'époque de Justinien, aucune hypothèque de ce genre ne leur avait été accordée. Mais cet empereur, après avoir établi dans la loi 5 au Code, *de bonis quæ liberis*, qu'en principe les en-

(1) Lois 11 et 12, *Qui testamento facere possunt*, Code.

fants n'ont aucune sûreté contre la malversation de leur père, ajoute : « sauf à eux à se prémunir « de l'hypothèque que nous avons précédemment « accordée, pour la conservation des biens prove- « nant de la succession de leur mère, ou faisant « partie des donations qu'elle aurait pu leur « faire. »

Une hypothèque fut donc accordée par Justinien à l'enfant propriétaire du pécule. Cette hypothèque fut accordée par un rescrit inséré au Code au titre de *Secundis nuptiis*. Justinien avait établi que si le père venait à se remarier, dès ce moment, il existerait une hypothèque légale au profit des enfants du premier lit. C'est probablement à cette hypothèque que la loi 6 fait allusion, car il n'y en a pas d'autre, établie au profit des enfants sur les biens du père. Nous voyons dans quelles limites étroites elle était renfermée. Il fallait que le père se fût remarié et seulement une partie des biens du pécule adventice avait été protégée, les biens qui formaient en quelque sorte par excellence ce pécule, ceux qui provenaient de la mère.

Quel sera le point de départ de cette hypothèque? Justinien décide que ce sera le jour où la faute a été commise (1).

(1) Loi 6, § 4, *cod. tit.*

CHAPITRE III

DU PÉCULE CASTRENSE

Origine.

Le pécule castrense fut une faveur accordée aux militaires.

La République romaine avait eu besoin de soldats pour vaincre et pour soumettre le monde, les empereurs en eurent besoin pour soutenir leurs trônes sans cesse chancelants. Ils flattèrent les armées, ils accordèrent aux soldats des bénéfices multiples.

Le premier de ces bénéfices fut le testament militaire, ce qui permettait aux soldats de n'observer aucune forme en testant.

Bientôt la faveur fut bien plus grande. Tous les biens acquis à l'armée formaient un patrimoine spécial qui appartenait entièrement et exclusivement au soldat, alors même qu'il était fils de famille.

Ce patrimoine fut le *pécule castrense*. Une première atteinte considérable fut ainsi portée à la puissance paternelle.

En faisant le fils propriétaire, on lui créait une personnalité distincte, on brisait l'unité de la fa-

mille qui avait subsisté jusqu'alors inaltérable.

Par qui ce pécule fut-il introduit ?

Les Institutes en attribuent la création à Auguste, à Nerva et à Trajan. Ulpien fait remonter à César (1), cette série de faveurs accordées aux soldats, mais César ne les accordait que temporairement. Auguste créa le pécule castrense et après lui Domitien, Nerva et Trajan en étendirent de plus en plus les limites.

Adrien alla plus loin, il assimila au militaire sous les armes, celui qui avait obtenu un congé honorable, *honesta missio*.

Ainsi les fils de famille militaires, enrichis par le pécule castrense, étaient en partie affranchis de la puissance paternelle.

Composition du pécule castrense.

L'idée qui domine la matière est celle-ci :

Toute acquisition faite au service militaire entre dans le pécule castrense. Il faut donc que la cause d'acquisition se rattache au métier d'armes. Le pécule castrense se compose de tout ce que le fils de famille a acquis comme soldat et qu'il n'aurait pas acquis autrement, *quod nisi militaret, adquisiturus non fuisset*.

Si l'acquisition avait été faite par le fils de famille en dehors de sa qualité de soldat, elle sui-

(1) Loi 1, p. de *Testam. milit.*, Dig.

vait le droit commun et allait grossir le patrimoine du père (1).

Nous trouverons dans le pécule castrense suivant la définition que nous avons donnée :

1^o *La solde*. — A l'origine, chaque citoyen qui faisait partie de l'armée devait s'équiper lui-même et à ses frais. Ce système était avantageux au trésor, mais ne permettait pas aux armées de rester toute l'année en campagne. Chacun avait hâte de s'en retourner chez soi pour cultiver son champ et vaquer à ses affaires. Aussi l'an 374 de la fondation de Rome, suivant Tite-Live, le Sénat, pour pousser plus activement à la guerre, ordonna qu'un *stipendium* serait payé à chaque soldat, à titre d'indemnité. La solde comprenait en outre le blé, les vêtements et les armes, que l'on fournissait aux soldats ;

2^o La part attribuée dans le butin pris sur l'ennemi ;

3^o Les attributions d'argent faites à leurs soldats, par les généraux auxquels les honneurs du triomphe étaient décernés ;

4^o Les récompenses accordées par les chefs à des actions d'éclat. Ces récompenses peuvent consister en argent, en bijoux ou en armes ;

5^o Les terrains que l'on distribuait aux vétérans. En distribuant ces terrains, les empereurs

(1) Paul, Sent., L. 3, 4, § 3. — L. 11, de *castr. pecul.*, D g., 49, 17, loi 1, de *castrensi pec.*, C.

prirent l'habitude de former sur les limites de l'empire, des colonies militaires destinées à protéger l'Etat, contre les incursions des peuples barbares;

6° Le *donativum*, don de joyeux avènement, que chaque empereur avait l'habitude de faire. Cet usage devint une des plaies de la monarchie romaine. Bien souvent, il ne fut que le prix du trône mis à l'enchère;

7° Toutes les donations mobilières que les père, mère et autres parents faisaient à l'enfant, au moment où il allait partir pour l'armée (1). Les immeubles, quoique donnés au moment du départ, ne faisaient pas partie du pécule.

Cette différence, entre les meubles et les immeubles, s'explique et n'est que l'application du principe que nous avons posé.

En effet, les meubles seront emportés par le soldat. Ils sont destinés dans la pensée du donateur, à rendre, au camp, la vie du soldat moins dure. Il en est tout différemment des immeubles. Dans les donations d'immeubles, l'idée que le fils est soldat n'est pas dominante.

A son retour de l'armée, quelle que soit l'acquisition faite par le fils, elle n'entrera pas dans son pécule castrense. Si une donation lui est faite par son père, cette donation formera un pécule profes-

(1) Loi 4, *Fam. ercisc.*, C. 3, 36.

tice, *perinde ac si filius nunquam militasset* (1).

Aux termes du rescrit de l'empereur Alexandre que nous avons déjà cité (loi 1, *de cas. pec.*, C.), le pécule comprenant toutes les acquisitions faites à l'occasion du service militaire, si une succession a été déférée à l'enfant par un de ses compagnons d'armes ou par une personne, qu'il n'a pu connaître que parce qu'il est militaire, elle fera partie de ce pécule.

Mais, à l'inverse, la succession de sa mère qui lui serait échue pendant qu'il était sous les armes, ne fait pas partie du pécule castrense. Car il n'y a pas ici une acquisition qu'il n'a faite qu'en sa qualité de soldat (2).

Le pécule castrense avait été la première brèche faite à l'autorité paternelle. C'est en augmentant ce pécule que cette brèche fut élargie et que se continua la réaction naturelle contre le pouvoir excessif du père. Les jurisconsultes décidèrent que toute succession déférée par un ancien compagnon d'armes au fils de famille, tombera dans le pécule profectice et sera complètement soustraite au père. On avait eu des doutes pour le cas où le testateur et l'héritier institué s'étaient connus avant d'être ensemble, *in castris*. Dans ce cas, disait-on, l'affection *castrensis* pouvait ne pas être le seul motif du

(1) Loi 15, *de Pec. castr.*, Dig.

(2) L. 5, *eod. tit.*, Dig.

testament. On décida, néanmoins, de faire tomber la libéralité dans le pécule castrense, à moins que la cause réelle de la disposition ne fût entièrement étrangère à l'affection que la vie commune dans les camps avait dû établir entre les compagnons d'armes.

Nous trouvons dans les textes des espèces, qui confirment les règles que nous venons de poser. Une succession avait été déférée à un fils de famille par son frère, qui était en même temps *son compagnon d'armes*, l'empereur Gordien décida dans un rescrit, qu'il était juste que cette succession tombât dans le pécule castrense, plutôt que dans le patrimoine du père sous l'autorité duquel était l'héritier institué, car il y a tout lieu de penser que la communauté de travaux, de fatigues, que l'association des deux frères aux mêmes dangers a augmenté leur affection fraternelle et leur tendresse réciproque (1).

A l'inverse, Ulpien décide qu'a si un *miles* a été institué par son cousin germain, militaire lui-même, mais servant dans une autre province, l'hérédité ira grossir le patrimoine paternel. En effet, la raison de cette institution ne peut être que l'affection de la parenté (2). Ceci montre qu'il ne suffit pas que le disposant et l'institué soient

(1) L. 4, *Familiæ eriscundæ*, Code, 3, 36. — L. 4, *de cas. pec.*, C. 12, 30.

(2) Loi 6, § 1, *in fine*, *de cast. pecul.*, Dig., 49, 17. — Loi 8, *eod. tit.*

tous deux militaires, et qu'il faut toujours chercher la cause réelle de la libéralité pour décider si elle augmentera ou non le pécule castrense. Et ce n'est qu'à cette cause qu'on devra s'attacher, l'intention du testateur n'y fait rien. Inutilement il dirait, qu'il veut que les biens légués tombent dans le pécule. Si cette libéralité n'est pas née à l'occasion du service militaire, elle suivra le droit commun.

« Veritatem enim spectamus, an vero castrensis
 « notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit. »

Les donations entre époux étaient prohibées à moins qu'elles ne fussent faites *manumissionis causa*. Si une pareille donation a été faite par une épouse à son mari militaire, le droit de patronage sur l'esclave affranchi tombera-t-il dans le pécule ? Ce droit en principe n'entre pas dans le pécule, car, dit Ulpien, ce n'est pas à l'occasion du service militaire qu'il a connu son épouse et que la cause de la libéralité se trouve dans l'affection conjugale. Mais il peut en être autrement si, par exemple, la donation est faite au moment du départ, et si la femme a eu le désir de donner à son mari un affranchi, *habilis ad militiam*, ce qui peut arriver lorsque, par exemple, l'esclave donné est médecin. Dans ce cas, l'esclave tombera dans le pécule, le fils pourra l'affranchir sans le consentement du père, et il aura sur lui tous les droits du patron (1).

(1) Ulp., loi 6, de *castr. pec.*, Dig., 49, 17. Dig., Ulp., loi 8, *eod. tit.*

Supposons que le fils de famille militaire a été institué héritier par sa femme. Papinien décide que la succession tombera dans le pécule castrense. Cette hérédité, dit-il, *adventitio jure quaeritur* (1). C'est ce qu'a décidé un rescrit d'Adrien. Ulpien, au contraire, est non moins explicite pour décider que la succession suivra le droit commun.

On a essayé d'expliquer cette antinomie.

Papinien est censé vouloir parler au point de vue des lois caducaires; Ulpien, au contraire, aurait écrit l'application pure et simple du droit commun.

Les fameuses lois Julia et Papia Poppea avaient eu pour but de repeupler l'empire. Elles encourageaient au mariage en ne faisant entrevoir la perspective des successions qu'aux *patres*. Elles punirent la stérilité. C'est ainsi, qu'à coups de décrets, Auguste voulait ramener la vertu que bon nombre de Romains ne connaissaient plus que de nom. L'empereur se trompa, la dissolution des mœurs en si bonne voie de progrès ne s'arrêta guère, mais toujours est-il que, si ces lois n'eurent qu'une médiocre influence sur les mœurs, elles jouèrent un rôle considérable dans le droit, qu'en beaucoup de parties elles transformèrent.

Parmi les incapacités créées par ces lois, est celle de la femme stérile qui ne pouvait laisser à son mari plus du dixième de sa succession. L'em-

(1) Pap., loi 16, pr., de *castr. pec.* Dig.; Ulp., loi 8, *cod. tit.*

pereur Adrien aurait affranchi les militaires de cette déchéance en leur accordant capacité entière. Cette hérédité de la femme *n'est parvenue tout entière au mari que parce qu'il est militaire*; elle doit donc tomber dans le pécule castrense. Telle est l'hypothèse prévue par Papinien. La décision d'Ulpien s'applique au contraire au fils de famille dont le mariage n'étant pas stérile, aurait pu, selon le droit commun, recueillir toute la succession de sa femme. Dès lors, on n'aurait pas pu dire que la capacité de ce père avait été créée *militiæ causa*, il n'a pas acquis la succession comme dans l'hypothèse précédente, *parce qu'il est militaire*; mais bien *parce qu'il a des enfants*. La succession doit donc suivre le droit commun et ne pas faire partie du pécule.

Cette explication proposée par Cujas a été adoptée par Pothier, dans ses Pandectes (1). Cependant elle pêche par un point capital. En effet les lois caducaires n'enlevèrent pas totalement le *jus capiendi* aux *patres* qui n'avaient pas d'enfant, ils pouvaient toujours recueillir un dixième à titre d'époux. Or, dans le système de Cujas et de Pothier, on ne tient aucun compte de cela. Ce dixième aurait dû suivre le droit commun et ne pas tomber dans le pécule; au contraire, d'après le texte de Papinien, toute l'hérédité profite au fils. Une aussi grosse erreur de la part d'un jurisconsulte, qui

(1) Pandectes, de *peculio castrensi*.

ordinairement brille par sa précision, ne saurait être admise. Aussi, malgré l'autorité qui s'attache aux deux grands noms de Cujas et de Pothier, nous ne pensons pas que leur explication doive être admise.

Une autre explication consiste à dire que les espèces prévues par Papinien et par Ulpien sont différentes. Papinien parle d'une *institution d'héritier*, il s'agit donc de l'hérédité tout entière, tandis qu'Ulpien parle de legs et de donation. La règle est que, lorsqu'il y a eu institution, la succession tout entière doit tomber dans le pécule. Mais, comme cette faveur accordée par Adrien au fils de famille militaire était une règle d'exception, on n'a pas osé l'étendre au cas spécial du legs.

Cette distinction est purement arbitraire. Elle ne ressort en aucune façon des textes. Si toute l'hérédité doit tomber dans le pécule, d'autant plus, semble-t-il, le simple legs. D'ailleurs, quelle distinction y aurait-il à faire en droit romain au point de vue de l'émolument entre le mari légataire universel, et le mari héritier. Enfin, il ne nous semble pas qu'Ulpien, un des jurisconsultes les plus novateurs, eût hésité à appliquer aux legs la règle qui devait régir l'institution.

C'est dans la lecture attentive des textes qu'il faut trouver l'explication de cette antinomie qui n'est qu'apparente. La question que se pose Ulpien est celle-ci : Qu'arrivera-t-il si une épouse fait une libéralité quelconque à son mari ?

Se conformant aux principes, Ulpien décide que la libéralité n'entrera pas dans le pécule castrense, bien que la femme ait exprimé une volonté formelle de l'y faire entrer.

Telle est la règle. A cette règle il y a une exception, et cette exception nous est indiquée par Papinien. Selon un rescrit d'Adrien, le fils *militans* (1) institué héritier recueillera l'hérédité dans son pécule. Qu'est-ce que ce fils *militans*, si ce n'est le militaire en activité de service? Telle est la signification exacte du mot *militare*, dans le texte de Papinien.

Si donc le militaire est dans les camps, s'il fait la guerre, il aura un privilège de plus. Cet encouragement au soldat, cette faveur a ainsi sa raison d'être. Il ne nous semble pas qu'il puisse y avoir d'explication plus plausible.

Sous Justinien cette variété dans les principes n'a plus aucune importance. Peu importe dans quel pécule entre la succession advenue au fils. Il n'y a plus de rivalité entre son patrimoine et celui de son père.

La dot donnée à la femme du fils, qui a un pécule castrense, ne tombe pas dans son pécule. Ce n'est que justice, car la dot est apportée par la femme, pour soutenir les charges du mariage, pour nourrir et élever les enfants. Ces enfants étant sous la puissance de l'aïeul, c'est l'aïeul qui

(1) Divus Hadrianus rescripsit in eo quem militantem uxor heredem instituerat, filium extitisse heredem, loi 13.

doit les élever, rien de plus juste qu'il acquierre la dot (1).

Telle est la composition du pécule castrense. Tout ce qui se réunit aux choses de ce pécule par accession ou consolidation fait aussi partie du pécule. Ainsi toutes les acquisitions faites par un esclave du pécule, appartiennent au fils de famille.

Le pécule *castrens* donne au fils une capacité qu'à son tour il prête à l'esclave (2).

Quant aux acquisitions faites par le fils, une distinction est nécessaire. A-t-il agi comme maître du pécule, il a une capacité pleine et entière, il peut agir comme un *paterfamilias* ; a-t-il, au contraire, stipulé comme fils, la stipulation ne peut profiter qu'à son père. Car quels que soient les avantages considérables que lui procure son pécule, il ne l'émancipe cependant pas de la puissance paternelle.

Comme propriétaire du pécule castrense, le fils peut stipuler et recevoir tradition de son père. Son esclave le peut aussi. L'esclave peut être institué héritier. Dans ce cas, c'est comme si le fils lui-même avait été institué, il devient donc héritier sien et nécessaire de son père.

Si un esclave du pécule profectice avait été institué, l'effet de l'institution aurait été tout autre. Comme cet esclave n'a jamais cessé d'appartenir

(1) Loi 16, *eod. tit.*

(2) Lois 15, §§ 3, 4, 18, *pr.*, de *castr. pec.*, et 19, § 1.

au père, il devenait lui-même libre et héritier nécessaire.

Droits du fils sur le pécule castrense.

Le fils de famille est propriétaire de son pécule castrense. Ce pécule crée pour lui de grands privilèges, il l'émancipe en partie et lui donne une capacité pleine et entière ; en effet, pour tout ce qui concerne le pécule castrense il est considéré comme un *paterfamilias* (1). Il peut librement l'administrer et en disposer à titre gratuit ou à titre onéreux, soit par donation entre-vifs, soit par testament. Seulement, si ce fils meurt intestat, il n'a pas d'héritiers, et son pécule est déféré au père.

Le fils est maître de son pécule castrense, même à l'égard du père. Aucun fait de celui-ci ne saurait le dépouiller. Ainsi le père ne peut rien retenir en émancipant son fils et il ne peut pas le lui faire perdre en le donnant en adoption.

Propriétaire et administrateur de son pécule, le fils peut l'augmenter et le diminuer.

Cette omnipotence du fils sur le pécule castrense lui donne le droit d'action et de poursuite sur les choses qui en font partie. Pour exercer ces actions, il n'a pas besoin du consentement du père (2).

La distinction des deux personnalités du père et

(1) L. 2, de *senatus consulto Maced.*, Dig.

(2) Tertullien, loi 4, § 1, de *cas. pec.*, Dig.

du fils, se fait encore mieux sentir quand il s'agit de l'application du sénatus-consulte Macédonien.

Aux termes de ce sénatus-consulte, les usuriers qui ont prêté de l'argent aux fils de famille, n'ont aucune action contre les fils, alors même qu'ils sont devenus *sui juris*. Cette règle reste sans effets, lorsque le fils de famille aura un pécule castrense. Comme propriétaire du pécule, il a une capacité pleine et entière, il a emprunté comme l'aurait pu faire toute personne *sui juris*, aussi le prêteur pourra poursuivre le remboursement du prêt sur les valeurs du pécule castrense. Ce sénatus-consulte à l'application duquel, selon Ulpien, rien ne fait obstacle, ni les fonctions publiques, ni la dignité du consul, est paralysé lorsque le fils a un pécule castrense (1).

Remarquons que l'incapacité du fils est complètement écartée, et qu'il n'y a lieu de faire aucune différence entre les créanciers du pécule et les autres créanciers, tous quels qu'ils soient, ont pour garantie, les valeurs du pécule. Ulpien nous donne une application de ce principe, en nous disant que la femme peut poursuivre le remboursement de sa dot sur le pécule castrense (2).

Cependant il n'est pas indifférent d'être, ou non, créancier du pécule. Les créanciers *castrenses* ont

(1) Loi 1, § 4, de Sénat.-consult. Maced., Dig., 14, 16. Loi 7, § 1, ad Senat.-consultum Maced., Code, 4, 28.

(2) Loi 7, *ead tit.*, Dig.

un droit de préférence sur le pécule, si ce pécule est insuffisant à désintéresser tous les créanciers du fils de famille. De plus, si une valeur du pécule a tourné au profit du père, ces créanciers peuvent le poursuivre *de in rem verso* (1).

Les stipulations entre le père et le fils de famille sont nulles en principe, car dans chaque famille, il ne peut y avoir qu'une seule personnalité. Mais, en vertu du principe que le pécule castrense crée au fils une capacité indépendante de celle du père, toute stipulation entre le père et le fils, relative aux biens de ce pécule, sera valable. Si un contrat est possible, un procès l'est aussi. Mais comme toute cette capacité du fils n'est qu'une dérogation aux principes, le procès ne pourra être entamé qu'à une condition, le fils devra demander l'autorisation du magistrat. Le magistrat, *causa cognita*, autorisait (2).

C'est grâce au dualisme des patrimoines qui résulte de la propriété du pécule castrense, que les contrats et les procès étaient permis entre le père et le fils. Nous en voyons un exemple frappant dans une espèce rapportée par Papinien. Un père avait donné à son fils, au moment de son départ à l'armée, un esclave. Cet esclave est tombé dans le pécule castrense. A sa mort, le père fait en fa-

(1) Loi 1, § 9, de *Separationibus*, Dig., 42, 6.

(2) Loi 15, § 4, de *Castr. pec.* — Loi 2, de *contrah. empt.* — Loi 4, de *Judiciis*. — Loi 8, de *in jus voc.*, Dig.

veur de l'esclave, un fidéicommiss de liberté dont il charge son fils militaire et un autre fils *paganus*. Qui devra affranchir l'esclave? C'est le militaire, dit Papinien, car cet esclave lui appartient. Son frère n'aura à lui rembourser aucune indemnité pour sa part dans l'affranchissement, car le pécule castrense, et par conséquent l'esclave, ne fait pas partie de l'hérédité.

Disposition du pécule par testament.

La permission de faire un testament, relativement à son pécule castrense, est certainement la plus grande faveur accordée au fils de famille.

Telles étaient les mœurs et les croyances romaines, que le testament était considéré comme l'acte le plus important qu'un homme libre puisse faire. Faire un testament, c'était continuer son autorité au delà de la tombe. Le droit et la religion imposaient la nécessité du testament. L'héritier continuait la personne et le culte. L'institution d'héritier était une des plus grandes prérogatives d'un *paterfamilias*. Ce privilège fut accordé aux fils militaires, relativement aux biens du pécule castrense. Ce droit, établi successivement par Auguste, Nerva et Trajan, ne le fut d'abord qu'au profit des militaires en activité de service. Adrien l'étendit aux vétérans. De plus, ils pouvaient faire un testament militaire, c'est-à-dire entièrement

dépourvu des formalités ordinaires (1), tant que durait l'expédition. Il lui était permis, comme à tout militaire *sui juris*, de disposer seulement d'une partie de sa fortune et de mourir *partim testatus et partim intestatus*. La *factio testamenti* même fut complètement modifiée en faveur du *miles*, de sorte que le fils de famille militaire, quoique muet ou sourd par suite d'un accident qui lui faisait donner une *missio causaria*, pouvait tester. Il peut même, dit Ulpien, instituer presque tous ceux qui n'avaient pas la *factio testamenti* et même les déportés (Loi 13, § 2, de *Test. nul.*, D.). En un mot, il avait tous les privilèges qu'on avait accordés aux militaires *patresfamilias*.

Mais après la campagne, le testament doit être fait dans les formes ordinaires.

Si un fils meurt prisonnier de guerre chez l'ennemi, les héritiers qu'il aura institués avant son départ, peuvent invoquer le bénéfice de la loi Cornelia d'après laquelle le testateur, considéré comme mort au moment même où il était tombé entre les mains de l'ennemi, n'était pas *capite minutus* et son testament restait valable (2).

Sa capacité, en un mot, était, quant aux biens du pécule castrense, identiquement la même que celle de toute personne *sui juris*. Redevenu *paganus*, il ne peut plus mourir partie testat, partie

(1) Inst., L. 2, t. 12, pr., et t. 11, pr.

(2) Inst., L. II, t. 12, § 5 : Sent. de Paul, liv. 3, t. 4, § 8 ; L. 4, tit. 7 ; Loi 14, de *cast. pec.*, Dig.

intestat. Mais qu'arrivera-t-il si, après avoir institué un héritier pour son pécule castrense, il devient, à son insu, *hæres suus* de son père mort, et qu'il meurt lui-même, sans avoir fait un testament quant à cette nouvelle hérédité? Tryphoninus décide que l'héritier institué prendra toute la succession, car on peut comparer le testateur dont nous parlons, qui n'a disposé que de son pécule à un homme qui, se croyant pauvre, est mort très riche, par suite d'opérations fructueuses faites par ses esclaves (1). Cette décision est d'ailleurs conforme au principe *Nemo paganus...* L'héritier institué pour partie doit prendre toute l'hérédité. Si, au contraire, le fils est mort étant encore *miles*, comme dans ce cas il peut avoir une succession testamentaire et une succession *ab intestat* en même temps, l'héritier institué ne prendra que le pécule castrense (2).

L'héritier, institué par le fils militaire, a tous les droits des héritiers institués par une personne *sui juris*. Il obtient la *bonorum possessio*, l'interdit *unde tabulis*, il peut venir intenter la *pétition d'hérédité* (3).

Une remarque importante doit être faite. Tant que l'héritier n'a pas fait adition, les biens du pécule castrense ne constituent pas, par eux-mêmes,

(1) L. 49, § 2, *cod. tit.*

(2) Ulp., loi II, § 2, *de Testam. milit.*, Dig.

(3) L. 3, § 5, *de Bon. posses.*, Dig., loi 8, § 1, *de Tab. exhib.*, Dig., loi 34, pr., *de Petit. hered.*, Dig., 5, 3.

une véritable hérédité. Il y a là une différence considérable avec le patrimoine d'une personne *sui juris*. Le patrimoine forme par lui-même une espèce de personne morale, il continue la capacité du défunt. *Hereditas jacens vicem defuncti sustinet*, il en résulte notamment qu'on peut acquérir pour ce patrimoine, pour cette hérédité vacante et que l'acquisition d'un esclave qui en fait partie, l'enrichira. Il en est bien différemment du *pecule castrense*, tant que l'héritier n'a pas fait adition, tout est provisoire. Se décide-t-il à accepter, les biens qu'il a recueillis par droit de succession, devront être considérés comme ayant toujours formé une hérédité et, dès lors, il y aura lieu à appliquer le principe *Hereditas jacens...* Si, au contraire, il répudie, le père prendra les biens, en vertu de sa puissance paternelle *jure peculii*, et le *pecule* n'a jamais formé une hérédité et, comme tout était en suspens jusqu'à la décision de l'héritier, il en résulte qu'il n'a pu s'augmenter.

Nous trouvons dans une loi, à propos des biens castrensens, cette locution : *Imago successionis*. Ce qui veut dire que ces biens ne forment pas une véritable hérédité jacente, mais qu'ils doivent néanmoins être traités comme tels. Cette fiction les empêche d'être, pendant la jacence, des biens sans maîtres, des biens vacants, qui appartiendraient au fisc ou au premier occupant (1).

(1) Loi 19, § 5, de *castr. pec.*, Dig.

Un exemple, que nous voyons dans les textes (1), va nous faire comprendre l'importance pratique des principes que nous venons d'exposer.

Après la mort du fils de famille, un esclave qui appartient en commun à Mevius et au pécule castrense fait une stipulation avant que l'héritier institué du pécule ait pris parti. A qui profitera cette stipulation ? Papinien décide qu'elle profitera en entier à Mevius *qui solus interim dominus invenitur*. Mais, si l'héritier accepte la succession, le pécule, *imago successionis*, a pu s'augmenter pendant le temps intermédiaire, et Mevius n'aura eu, dans l'espèce, qu'une propriété intérimaire, quant à la part qu'il n'a pas dans le *dominium* sur l'esclave, et il sera forcé d'en tenir compte à l'héritier du pécule castrense. Mais on ne saurait admettre en faveur du père la rétroactivité dont nous parlons, et, si l'héritier ne fait pas adition, la propriété sous condition de Mevius se consolidera. (2).

Droits du père sur le pécule castrense.

A la pleine capacité du fils quant aux biens du pécule castrense il y a une exception : le fils ne peut avoir des *héritiers ab intestat*. S'il vient à

(1) Loi 18, pr., de *stip. serv.*, Dig.

(2) Telle nous paraît être l'opinion qui a triomphé. V. *infra*, la question : Dans quelles limites les stipulations de l'esclave profitent au père ?

mourir sans testament, ou que le testament qu'il a fait ne produit aucun effet, l'autorité paternelle se réveille et le père prend tous les biens du pécule castrense, non pas comme héritier, mais comme père, *jure peculii*. Il est considéré comme ayant toujours été propriétaire du pécule. D'ailleurs, remarquons-le, quelle que fût l'étendue des pouvoirs du fils, de la capacité que les rescrits des empereurs lui avaient accordée, on n'osa pas aller directement contre les principes de l'ancien droit et dire que le fils est propriétaire. Le *dominium* et la qualité d'*alieni juris* semblent ne pas pouvoir se concilier d'après les anciens principes, qu'on a toujours un certain souci de respecter. On élargit autant que possible la capacité du fils de famille, on lui crée une personnalité, on lui accorde des faveurs de toutes sortes, mais pas un texte ne le déclare propriétaire. Nous avons vu Ulpien le traiter de *paterfamilias*. Paul dit : Le fils doit être considéré en quelque sorte comme propriétaire, *quodammodo dominum existimari*, c'est que le véritable droit de propriété, appartient d'après les principes, au père qui a la puissance paternelle. Ce droit, la plupart du temps, n'existera que fictivement, mais son existence deviendra réelle au jour où la volonté du fils ne sera plus là pour le paralyser.

Le *dominium* que les jurisconsultes reconnaissent au profit du père, ne lui procure pendant la vie de son fils aucun profit, aussi on l'assimile tantôt à un interdit qui ne peut disposer de ses

biens, tantôt au mari qui ne peut aliéner le fonds dotal, comparaisons d'ailleurs plus ou moins justes (1).

De nos jours, on pourrait dire que le père a une propriété conditionnelle, dont la condition est qu'il y ait lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat*, de son fils. Tous les actes d'aliénation relatifs au pécule qui doivent produire leur effet sur-le-champ sont interdits au père, mais les actes devant produire leur effet dans l'avenir seront, ou non valables selon les circonstances (2).

Ainsi l'affranchissement d'un esclave du pécule fait *vindicta* par le père est nul *ab initio*, au contraire fait *testamento*, il sera valable si le fils meurt *intestat*.

En décidant que le père, qui soustrait une valeur du pécule castrense, est tenu de l'action du vol, et que le paiement qu'il ferait avec une chose du pécule est considéré comme fait avec la chose d'autrui, Paul et Ulpien nous donnent des applications du même principe (3).

Si le fils est mort, deux hypothèses peuvent se présenter :

I. LE FILS MEURT INTESTAT. — Il n'a plus alors aucun obstacle, le père peut exercer ses droits de propriété et il prend les biens *non quasi-heredi-*

(1) Loi 18, pr., *de castr. pecul.*, et loi 18, § 3, *eod. tit.*

(2) Loi 18, § 1, *de castr. pecul.* ; loi 19, § 1, *eod. tit.*

(3) Loi 52, § 6, *de Furtis*, Dig., et loi 98, § 3, *de solutionibus*, Dig.

tas sed quasi-peculium (1). Il en résulte plusieurs conséquences :

1^o Le père ne peut intenter la *petitio hereditatis*, pour revendiquer en masse tous les biens composant le pécule. Il ne peut intenter que séparément pour chaque bien l'action en revendication.

2^o Il n'est tenu des dettes qu'*intra vires, bona non intelliguntur nisi deducto cere alieno*. Du reste, il ne peut être inquiété que dans l'année utile (2).

3^o Si le père est appelé à la succession d'un ascendant en concours avec des frères, il sera tenu de faire la *collatio* du pécule castrense, dont il est censé avoir toujours été propriétaire (3).

4^o Tous les actes devant produire leurs effets dans l'avenir, que le père ne pouvait faire que comme propriétaire, se trouvent validés.

Tel est l'exemple de l'affranchissement que nous avons cité, où le père avait affranchi un esclave du pécule par testament.

5^o Dans le dernier état de la législation avant Justinien, le père venant *jure peculii* n'est pas primé sur les biens du pécule castrense par les descendants ou les frères et sœurs du *de cuius*.

II. LE FILS A FAIT UN TESTAMENT. — Dans ce tes-

(1) Loi 2, de *castr. pecul.*, Dig.; loi 5, *eod. tit.*, au Code.

(2) Loi 17, pr., *eod. tit.*, Dig.

(3) Loi 1, § 22, de *colatio. bon.*, Dig., § 4. V. ce que nous avons dit du pécule adventice.

tament, il a pu instituer soit un étranger, soit son père lui-même.

Institution d'un héritier étranger. — Si l'héritier fait adition, il prendra l'hérédité et le droit du père se trouvera définitivement anéanti. Le pécule est tout entier disponible entre les mains du fils de famille (1).

Mais l'héritier institué refusant de faire adition, le pécule fait retour au père, *non quasi hereditas sed quasi-peculium*. Les conséquences sont les mêmes qu'au cas où le fils est mort *intestat*.

Cependant, le droit de propriété rétroactive du père est discuté dans ce cas. En effet, le fils a manifesté l'intention formelle de disposer de son pécule. Pendant que les héritiers délibèrent, les biens du pécule sont considérés comme une succession jacente, ils ne peuvent par conséquent être considérés comme la propriété du père. « En effet, dit Tryphonius, il n'est pas facile de dire qu'il y a eu, du fils à son père, continuation de propriété, puisque le temps pendant lequel les héritiers délibèrent offrent une *imago successionis* : autrement, si l'héritier institué faisait adition, il faudrait dire que la propriété des *bona castrensia* a passé du père aux héritiers, ce qui serait absurde. » En effet, une pareille décision serait contraire à tous les principes. Il est

(1) Loi 10, *de castr. peculio*, Dig.

de l'essence de l'hérédité qu'on la tienne directement du défunt, dont l'héritier est le continuateur.

On peut se demander dès lors *quel sera, quant au père, le sort des acquisitions faites par l'esclave du pécule ? La stipulation profitera-t-elle au père ?* — Il y avait à cet égard dissidence entre les jurisconsultes. Papinien décidait que la stipulation sera nulle. Il repousse complètement le principe de la rétroactivité du droit du père. « A aucun moment, pendant cet intervalle, l'esclave n'a appartenu au père » (loi 14, § 1, *de castr. pec.*, D.). Ulpien, au contraire, proclame en faveur du père le principe de la rétroactivité avec toutes ses conséquences.

« Si hereditas non adita est, ut in proprio patris esse, spectanda. » Puisque l'hérédité n'a pas été acceptée, elle doit être censée avoir toujours appartenu au père (loi 33, *de adq. rer. dom.*, Dig.).

Et c'est là, ajoute Ulpien, l'opinion de Scævola et de Marcellus. Cette rétroactivité, dit-il, n'est pas nouvelle et il cite des exemples prouvant qu'on peut devenir propriétaire rétroactivement (Loi 9, *de cast. pec.*).

En ce qui concerne les legs faits à l'esclave, on admet sans difficulté qu'ils profiteront au père. Papinien lui-même donne cette décision. Le motif en est, dit-il, que la validité du legs s'apprécie au moment où il se fixe sur la tête du légataire.

Quoi qu'il en soit, il faut tenir pour certain qu'à

l'égard des stipulations il y a une divergence entre Papinien et Ulpien. Il est vrai qu'après le principe qui décide qu'à aucun instant la succession n'est censée avoir appartenu au père, nous trouvons dans la loi même (14, paragr. 1^{er}, *de castrense peculio*), qui renferme ce principe, une décision qui le détruit complètement, mais on s'accorde pour penser que cette seconde partie de la loi n'est pas de Papinien. Cujas croit que c'est Ulpien lui-même qui l'aurait ajoutée, en note, à la loi de Papinien. Cela est peu probable. Il faut plutôt y voir une de ces nombreuses interpolations des rédacteurs du Digeste, qui, voulant mettre les textes d'accord, ne firent souvent que les embrouiller.

En comparant le § 1^{er} et le § 2 de la loi 14, l'interpolation apparaît jusqu'à l'évidence. Le § 1^{er} traite des stipulations, le § 2 des legs. Les stipulations n'appartiennent pas au père, les legs lui appartiennent. Papinien a voulu établir deux règles différentes et les opposer l'une à l'autre. Cela résulte clairement de la rédaction des deux paragraphes, du fait même que les règles sont contenues dans deux paragraphes distincts. Si Papinien eût voulu assimiler les stipulations et les legs il n'avait besoin de leur donner ni cette forme d'opposition ni de faire deux règles. Donc, à moins que d'admettre que Papinien se fût mis en contradiction, il faut reconnaître une interpolation.

Institution du père. — Si le père est institué, il peut ou refuser de faire adition et prendre les biens *jure peculii*, ou faire adition et les prendre *jure successionis*.

1° *Le père refuse de faire adition.* — Que deviendront les legs contenus dans le testament? Tout dépendra de la bonne ou de la mauvaise foi du père. A-t-il refusé de bonne foi, parce que le pécule était insuffisant à désintéresser tous les créanciers du fils, les legs tomberont, a-t-il été au contraire, de mauvaise foi, son refus devant lui faire parvenir les biens *jure peculii*, au détriment des légataires, ceux-ci pouvaient intenter contre lui une action pour le forcer à exécuter les legs.

Ce n'est d'ailleurs que l'application du droit commun de l'édit du préteur, *si quis ommissa causa testamenti*, dont le but était de déjouer les fraudes et de veiller à la sincère exécution des dispositions testamentaires (1).

2° *Le père accepte l'hérédité.* — Il vient alors comme héritier ordinaire. Il est tenu des dettes *ultrà vires*, mais il peut intenter *la petitio hereditatis* (2) et il aura le droit de retenir la quarle Falcidie, à moins que le testament du fils ne fût militaire.

De même, si par un codicille le fils a chargé son

(1) Loi 17, § 1, *de castr. peculio*, Dig. Voir Dig. l'édit, L. 29, t. 4.

(2) Loi 17 pr., *cod. tit.*, Dig.

père de restituer l'hérédité, la loi Falcidie s'applique (1).

Justinien change complètement le droit à l'égard du pécule castrense. Le dernier vestige du droit de propriété, le *jus peculii* en matière de succession est enlevé au père. S'il meurt sans testament, son pécule castrense est déféré : 1^o aux enfants ; 2^o aux frères et sœurs ; 3^o au père. Le père ne vient plus qu'en troisième lieu et alors il prend les biens *jure communi*. On se demande comment il faut entendre ces mots. Les uns les traduisent *jure successionis*, les autres *jure peculii*.

On fait observer dans la première opinion que réellement le *jus commune*, à l'époque de Justinien, appelait les héritiers *abintestat* du fils dans l'ordre cité par les Institutes (2). La signification naturelle, la première qui se présente à l'esprit, c'est que le père vient après les descendants et les frères et sœurs selon le droit commun des successions.

« D'ailleurs, quelle bizarrerie, ajoute M. Accarias. Le fils de famille laisse-t-il un enfant ou un frère ? il a une succession légitime. Ne laisse-t-il que son père ou son grand-père ? plus de succession (3). »

Malgré tout ce que cette doctrine présente de

(1) Loi 17, § 1, *eod. tit.*; Loi 18 pr., *Ad legem Falcid.*, D.

(2) Lois 3 et 4, *de Bonis quæ liber.*, C.

(3) Acc., *Préc. de Dr. Rom.*; § 297; Demang., t. I, 609, Maynz, *Cour de dr. rom.*, tome III; § 415.

simplicité et de bon sens, elle ne peut résister à l'argument tiré de l'explication donnée par Théophile de ces mots, *jure communi*. Selon le droit commun, dit-il, c'est-à-dire comme un pécule ordinaire. Théophile était professeur de droit et contemporain de Justinien, son explication mérite donc doublement confiance. Il faudrait, sans cela, supposer une erreur si grossière qu'on ne saurait l'admettre. D'ailleurs, si on songe que du temps de Justinien le pécule profectice n'était pas aboli, on reconnaîtra qu'il n'y a rien d'étrange que le père vienne, en vertu d'anciens principes, exercer le même droit de propriété sur le pécule castrense. Il y a peut-être une certaine bizarrerie, une espèce de contradiction que notre savant maître, M. Accarias, met en évidence; mais ce n'est pas la seule qui existe à cette époque de remaniements, de mélange de l'ancien droit avec les nouveaux principes, que les nécessités d'une société nouvelle dictaient (1).

En admettant notre système, si l'aïeul et le père du fils vivent encore et que le fils, en mourant, laisse un pécule castrense et un pécule adventice, c'est l'aïeul qui prendra les biens castrenses en vertu de son autorité paternelle, *jure peculii*, et c'est au père que seront dévolus les biens adventices *jure successionis*.

Quelle que soit d'ailleurs l'opinion qu'on ad-

(1) Cujas, Ortolan, tome II, § 688, p. 468.

mette, la controverse perd complètement son importance à partir de la promulgation des Nouvelles 118 et 127. Dans ces Nouvelles, Justinien décide qu'à défaut de descendants le père viendra à la succession de son enfant en concours avec les frères et sœurs germains, quelle que soit la provenance des biens.

Du pécule quasi-castrens.

Le privilège accordé aux militaires fut étendu par Constantin (1) aux fils de famille, fonctionnaires civils. Ce pécule s'appela quasi-castrens, car il jouit des bénéfices du pécule castrense, il comprenait les acquisitions faites à l'occasion du service que l'empereur avait confié au fils de famille. « *Stipendia, cæteraque salaria,* » dit Papien. C'est ainsi qu'après s'être attaché, par toute espèce d'avantages, l'armée, les empereurs songèrent à s'attacher une nouvelle armée de fonctionnaires, que le système nouveau de gouvernement avait fait surgir de tous côtés.

D'une part, les *sacræ largitiones*, de l'autre, une émancipation presque complète de toute autorité de la famille, les citoyens de l'Empire, devenus sujets de l'empereur, en qui tout se personnifie, ne pouvaient se montrer ni mécontents ni ingrats.

Ces lois sont une nécessité, l'empereur avait besoin de fonctionnaires dévoués.

(1) V. *Préc. de dr. rom.*, Accar., § 187.

Quoi qu'il en soit, l'émancipation du pécule castrense fut ainsi étendue. Cette faveur fut d'abord accordée, en l'an 320, aux *palatini*, aux fonctionnaires du palais.

Théodose et Valentinien, Honorius et Théodore en 422, Léon et Anthémios en 469, l'empereur Zénon en 486, accordèrent successivement le *jus castrensis peculii* aux préfets du prétoire, aux greffiers, aux archivistes, aux avocats de toutes les juridictions qu'on considérait à cause de leurs fonctions militaires comme des militaires (Loi 4, de *adv. div. judic.*, Code), aux évêques, aux prêtres, aux diacres. Justinien l'accorda aux sous-diacres, aux chantres, aux lecteurs.

L'empereur Athanase étendit encore ce pécule par une constitution de l'an 500.

Les biens des pécules *castrens* et *quasi-castrens* étaient dispensés de la *collatio* quand le fils venait à la succession en concours avec des frères et sœurs(1). Le testament relatif au pécule castrense ne peut être attaqué par la *querela inofficiosi*. La question paraît avoir fait difficulté, surtout en ce qui concerne le pécule des ecclésiastiques. Justinien résout définitivement la question (2). Mais, après l'avoir tranchée en faveur de la pleine et entière capacité du fils de famille ecclésiastique, il décide dans la Nouvelle 123, chap. 19, que les

(1) Loi 52, § 8, *Pro socio*. Dig.; Loi 1, § 15, de *Collat.*, Dig.

(2) Loi 37, de *Inof. testam.*, Dig., Loi 50, de *Episcop. et cleric.*, au C.

enfants et les ascendants doivent avoir leur légitime intacte.

Justinien établit un nouveau pécule castrense au profit des proconsuls, des préfets des légions, des présidents de province, des maîtres des sciences libérales, en général, en faveur de tous ceux qui, étant investis de dignités ou de fonctions publiques, recevaient des libéralités de la munificence impériale. En un mot, le pécule quasi-castrense termina l'affranchissement du travail et des gains de l'enfant. Ce fut là un bon résultat et une mesure de justice.

Dans leur constitution, les empereurs Léon et Anthémius disaient :

« Notre empire n'a pas seulement pour défen-
« seurs et pour soutiens des soldats armés de
« boucliers, de glaives et de cuirasses, mais aussi
« les avocats, champions du droit, luttant sans
« autre arme que leur éloquence pour sauver la
« vie, l'espérance et l'avenir des opprimés. »

Ce que les empereurs disaient des avocats, on peut le dire de toute profession libérale, qui, en poussant au travail, en augmentant les capacités et les intelligences, devient une force pour l'Etat.

APPENDICE

CHAPITRE I

CAPACITÉ DU FILS DE FAMILLE

Obligations envers un étranger.

La puissance paternelle avait à Rome un caractère si absolu, tout dans la famille s'absorbait tellement dans le père, qu'il semble que le fils ne pourrait avoir aucune capacité, comme il ne pouvait avoir aucun patrimoine. Le fils peut cependant s'obliger civilement. Il y a en lui comme une double personnalité : Celle de son père, la sienne.

Devient-il créancier, c'est la personnalité du père qui paraît, il acquiert la créance à son père ; devient-il débiteur, il s'oblige seul, à moins qu'il n'ait agi sur l'ordre et comme instrument de son père. En ceci, il n'y a que l'application du principe que la puissance paternelle est exclusivement créée au profit du père de famille.

Le fils de famille peut être poursuivi à raison de ses obligations (1). Cette capacité de contracter des dettes est le trait distinctif entre le fils de famille et l'esclave. L'esclave ne peut s'obliger que par ses délits. Il ne peut être tenu que naturelle-

(1) Loi 57, de *Judiciis*.

ment des dettes qu'il aurait autrement contractées. Le fils de famille sera poursuivi par une action, il pourra être condamné.

Quel est l'effet de la condamnation ? Tant que le fils de famille vit *in patria potestate*, il ne peut devenir créancier et il n'a pas de biens. *Nihil suum habet*, dit Gaius. On se heurte contre une difficulté très grande et on arrive à cette solution étrange que le fils de famille avait la faculté de faire des dettes, sans avoir la possibilité de les payer. Cependant, la condamnation conserve encore une certaine utilité. Le créancier qui l'obtient, établit d'une manière définitive et incontestable son droit, il a un titre en vertu duquel il pourra agir le lendemain du jour où le fils de famille sera devenu *sui juris* et aura un patrimoine. Son intérêt peut, en outre, lui conseiller d'agir immédiatement en justice, car il lui sera bien plus facile de prouver l'existence d'un droit récent. Cet intérêt se concevra d'autant plus si l'action est de celles qui se prescrivent par un certain laps de temps.

Mais, outre le droit sur le patrimoine de son débiteur, le créancier romain avait des moyens de contrainte personnelle. Ces moyens étaient d'une extrême gravité. Le débiteur qui ne payait pas devenait l'objet d'une *manùs injectio*. Il était pris et attribué au créancier qui pouvait le vendre comme esclave au delà du Tibre. L'insolvabilité, c'était donc l'esclavage. Et, quand l'esclavage du débiteur insolvable fut aboli, il resta toujours la contrainte

par corps et, à moins d'une cession de biens, tout débiteur était contraignable. Le fils de famille était insolvable et, n'ayant rien à soi, il ne pouvait faire aucune cession. S'il avait contracté des dettes, il aurait été voué à l'esclavage ou à la contrainte par corps. Sa capacité serait devenue un piège contre sa liberté. Ce résultat est inadmissible et d'éminents jurisconsultes ne l'admettent pas (1).

On serait arrivé, en rendant le fils esclave du créancier, à porter une atteinte considérable à la puissance paternelle. Le droit du père est inaltérable et il ne peut être au pouvoir du fils de le modifier. Il est difficile de concevoir que le fils qui, en aucune façon, ne pouvait obliger le père, qui ne pouvait rien aliéner, pût briser par son fait la puissance paternelle et arriver à s'aliéner lui-même.

Une personne en puissance ne peut se soustraire par son acte à la puissance (2). C'est ainsi qu'on avait décidé qu'une *filia familias* qui entretenait des relations avec l'esclave de quelqu'un et qui, aux termes du sénatus-consulte Claudien, devait devenir esclave, restait libre si elle avait agi contre le gré ou à l'insu de son père.

Quelle peut être la raison de cette décision, si ce n'est l'application du principe que personne ne peut se soustraire par son fait à la *potestas*? On devait avant tout respecter le droit du père. Il y a

(1) V. M. Machelard, *Oblig. natur.*, p. 104 et suiv.

(2) Paul, Sent. liv. XII, 21, § 9.

certainement là un argument d'à *fortiori* en faveur de notre opinion. Si l'on respectait à ce point la puissance paternelle à l'égard de la fille, qui vivait dans la débauche, on devait la respecter d'autant plus pour le fils qui avait contracté des dettes.

Comment, d'ailleurs, expliquer ce texte de Paul : *Si filiusfamilias, vivo patre, conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum, postea judicati actio, in id quod facere potest, danda est.* Un fils de famille a été condamné après avoir contracté une obligation, Paul nous dit que l'*actio judicati* n'est autorisée que *postea*. Cette action est donc ajournée pour l'époque où le fils de famille ne pourra plus être couvert par l'autorité paternelle, alors qu'il est devenu *sui juris*, soit par l'émancipation, soit par la mort de son père. Cela montre bien que l'exécution du jugement était différée, car l'action *judicati* est la première mesure d'exécution.

De plus, cette action n'était donnée que dans certaines limites, *in id quod facere potest*. Quelle avait été la raison de ce bénéfice ? Le prêteur avait considéré que bien souvent le fils pouvait arriver à être *sui juris* sans que pour cela il fût devenu plus riche : en l'émancipant, le père pouvait ne lui rien donner, ou ne pas lui donner assez pour satisfaire à toutes ses obligations, et, lorsque l'émancipation résultait de la mort du père, le fils pouvait se trouver exhéredé.

Il était injuste que le fils fût condamné pour le

tout, car il ne s'était obligé qu'en vue du patrimoine paternel, dont il était considéré *quodammodo dominus*, et qui lui échappait complètement (1).

Ces ménagements, dont on usait à l'égard du fils devenu *sui juris*, sont un argument de plus en notre faveur, car comment concevoir que le fils *in patria potestate* pût être traité avec une sévérité extrême, tandis que le fils devenu *sui juris* était si ménagé ? Remarquons que, dans l'opinion contraire, on laisserait entre les mains du père la faculté de rendre toute poursuite contre la personne du fils inutile, car en l'émancipant, il mettrait le fils à même d'exiger de n'être condamné que dans les limites de ses forces et si le fils n'avait rien, la poursuite serait devenue illusoire.

Enfin si les droits du père fléchissaient quant aux délits du fils (2), car il ne pouvait se soustraire à l'abandon noxal, qu'en payant la *litis æstimatio*, on peut dire que c'est à raison de l'intérêt général, qui exige la répression des délits (3).

Du sénatus-consulte Macédonien.

Ce sénatus-consulte fut introduit par Vespasien, il sévit contre ceux qui facilitaient la débauche des fils de famille, en leur prêtant de l'argent. Le

(1) L. 2. pr., *Quod cum eo*.

(2) G., C. IV, § 75.

(3) Mach., ouv. cité, p. 108, note.

prêt fait à un fils est frappé d'une manière absolue.

Telle était la dissolution des mœurs dans l'empire romain, que les fils traqués par les usuriers en étaient arrivés à attenter aux jours de leurs parents.

Cette loi fut portée, dit Tacite, afin que l'usure des créanciers ne poussât plus les fils au crime. L'autorité paternelle ne pouvant plus se faire respecter en vertu des mœurs, on devait avoir recours à tous les moyens pour arriver au moins à assurer les jours du père (1).

Ce sénatus-consulte ne toucha pas à la capacité du fils, elle resta la même qu'avant, seulement toute action devait être refusée à celui qui avait prêté de l'argent au fils ou qui était devenu son créancier, à raison de tout autre contrat servant à déguiser un prêt d'argent (2). De même le chef de famille échappait à l'action *de peculio* (3).

Cependant le sénatus-consulte Macédonien laisse subsister une obligation naturelle (4).

Si donc cette obligation a été payée, il n'y aura pas lieu à la *condictio indebiti*.

Cette solution est admise sans difficulté, si le paiement a été fait par le fils de famille, devenu *sui juris*, ou par le père de famille (5).

(1) Inst., l. IV, t. 7, § 7.

(2) L. 3, § 3; l. 7, § 3, *de senatus-consulto Maced.*, D.

(3) L. 7, § 40, *de senatus-consulto Maced.*; Instit., l. IV, t. 7, § 7.

(4) L. 44, *de senatus-consulto Maced.*

(5) L. 40, pr., *de cond. indeb.*; L. 44, *de reb. cred.*; l. 7, § 15, *de Sn.-C. Maced.* D.

Si le paiement a été fait par le fils, encore soumis à la puissance paternelle, il est aussi hors de doute que le fils devenu *sui juris*, ne pourra pas intenter la *condictio*. Il serait repoussé par une exception de dol (1). Dans ce cas, quels seraient les droits du père? Le fils a payé avec des écus qui ne lui appartenaient pas, aussi le père, tant que ces écus n'auront pas été consommés, pourra les revendiquer (2). Là-dessus, aucune difficulté. Mais si ces écus ont été consommés, le père peut-il intenter une *condictio*?

A cet égard, croyons-nous, une distinction devait être faite. Le créancier était-il de bonne foi, toute *condictio* devenait impossible; était-il au contraire de mauvaise foi, la *condictio* pouvait être intentée par le *pater*. C'est ainsi qu'on arrive à concilier deux décisions, l'une de Julien, l'autre de Marcellus, rapportées toutes deux par Ulpien, l'une dans la loi 9, § 1, de *senatus-consulto Maced.*, l'autre dans la loi 14, de *reb. creditis*, D. Suivant Julien, le père a toujours le droit d'exercer une *condictio*; Marcellus était, au contraire, d'avis que la *condictio* doit être refusée, « car, dit-il, la *condictio* n'est possible qu'autant que la numération « a été faite dans des circonstances telles que, si « l'*accipiens* était devenu à l'instant propriétaire, « il aura été par ce fait soumis à une action (3). »

(1) L. 26, § 9, de *cond. indeb.*

(2) L. 14, de *Reb. cred.*

(3) Machel., ouv. cité, p. 115.

Doneau le premier a proposé la conciliation de ces deux textes, en faisant la distinction que nous avons énoncée. Le prêteur qui reçoit l'argent de mauvaise foi, doit toujours être soumis à une *condictio*, car il se rend en quelque sorte coupable d'un *furtum*. Cette distinction, adoptée par Pothier, est fort acceptable, dit M. Machelard.

On peut invoquer à l'appui, ce qui arrive au cas où un pupille a payé *sine auctoritate*, dès qu'il y a eu consommation de bonne foi, la *condictio* est rendue impossible (1). Telle est la puissance de la bonne foi, qu'elle rend le paiement valable. Cette distinction est admise pour le pupille, par Julien lui-même (2).

On ne tient aucun compte de la consommation au prêteur de mauvaise foi, car celui qui a cessé de posséder par dol, continuait à être tenu comme s'il possédait encore. *Dolus pro possessione est*.

L'obligation que le sénatus-consulte Macédonien laisse subsister, peut-elle être convertie en une obligation civile? Oui, si elle est ratifiée par l'emprunteur devenu *sui juris* (3). Il en sera ainsi, notamment si l'obligation est novée ou devient l'objet d'un pacte de constitut.

Le paiement partiel doit-il être considéré comme une ratification? La question est controversée, mais il nous semble qu'en face de la loi 7, § 16, de

(1) L. 14, § 8, de solut. D.; l. 9, § 2, de Auct. et Cons., D.

(2) L. 19, § 1, de Reb. creditis, D.

(3) L. 2, ad Sn.-C. Maced., au Code.

senatus-consulto Mac., il serait difficile de ne pas admettre l'affirmative. Après avoir dit que le sénatus-consulte ne produit plus d'effet si le père a fait un paiement partiel, *si pater solvere cœpit, cessabit senatus-consultum*, Ulpien donne la même décision pour le paiement partiel fait par le fils devenu *sui juris*. Pourquoi en est-il ainsi de la part du père? C'est parce qu'il a ratifié, *quasi ratum habuerit*, dit Ulpien. Il doit en être de même de la part du fils.

L'obligation naturelle peut être l'objet d'un cautionnement. La fidéjussion est-elle possible pour l'obligation naturelle du fils de famille?

Cette fidéjussion, quoique valable en principe (1), ne procurait aucun avantage au créancier, car l'exception du sénatus-consulte Macédonien, étant une des exceptions *rei coherentes*, pouvait être invoquée par le fidéjusseur comme par le débiteur principal lui-même. Ce qui avait fait admettre cette décision, c'est que le fidéjusseur qui avait payé, aurait pu recourir par l'action *Mandati* contre le fils de famille, et le sénatus-consulte eût été de la sorte facilement éludé.

La même décision doit être donnée quant au *mandator credendæ pecuniæ*, car si ce *mandator* avait été forcé de payer, il aurait agi contre le fils par une *actio mandati*, comme le fidéjusseur.

Mais si la fidéjussion ou le mandat *credendæ*

(1) L. 9, § 3, de *Sn.-C. Maced.*, Dig.

pecuniæ, ne devait donner lieu à aucun recours contre le fils de famille, si par exemple le fidéjusseur était intervenu *animo donandi*, l'intercession devait produire tout son effet.

D'ailleurs, les fidéjusseurs sont tenus comme le débiteur principal lui-même, à une obligation naturelle.

Si le fidéjusseur a payé cette dette naturelle, aura-t-il un recours contre le fils de famille?

On pourrait le croire, car le contrat intervenu entre le fidéjusseur et le fils de famille étant un contrat de mandat, ne tombe pas sous le coup du sénatus-consulte.

Ulpien, pour accorder l'exception au fidéjusseur, se fonde sur le *regressus mandati*. Si ce *regressus* est admis comme possible, c'est que, dit-on, l'obligation du fils doit être valable. *Nihil in mandato contra senatus-consultum fit* (1), dit Paul.

Mais nous ne croyons pas que l'obligation du fils soit valable. Ulpien ne tranche en aucune façon la validité du mandat.

Ily aurait eu *regressus mandati*, dit-il, mais pour cela, il aurait fallu que le mandat fût licite, et il ne l'est pas. Aux termes des lois 12 et 13, *Mandati*, D., le mandat du fils en matière de prêt d'argent, n'est valable que tout autant qu'il est fait dans des circonstances telles, qu'il ne peut tomber

(1) Paul, loi 19, de *Novat.*, Dig.

sous l'application du sénatus-consulte Macédonien. La loi de Paul est faite pour le cas de délégation, cas tout à fait exceptionnel. Mais si le fidéjusseur est de bonne foi, s'il croit que l'opération est faite sur l'ordre du père et si sa bonne foi persiste jusqu'au moment du paiement, il faudrait lui ménager un recours, car, dans ce cas, le sénatus-consulte Macédonien ne lui aurait pas été opposable (1).

Quoique le prêteur soit qualifié de *créancier naturel*, il ne pourrait opposer sa créance en compensation. Admettre la compensation, ce serait méconnaître complètement l'esprit du sénatus-consulte. Et l'on peut se fonder sur le principe : *Quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt* (2).

Cas où le sénatus-consulte Macédonien n'est pas applicable. — Lorsque le prêteur est de bonne foi, le fils de famille ne peut lui opposer l'exception du sénatus-consulte.

Cette bonne foi consistera dans la croyance que le fils est *sui juris*. L'ignorance où il est de l'état du fils qui le trompe sauve le prêteur. S'il avait favorisé le luxe du fils de famille, c'était sans le vouloir ; aussi le sénatus-consulte était écarté.

De même, si l'opération avait tourné au profit

(1) Toutes les décisions que nous venons de donner pour la fidéjussion doivent être appliquées à la constitution d'hypothèque. (L. 2, *Quæ res pign.*, D.)

(2) L. 14, de *Compens.*, D.

du père, le père était tenu *de in rem verso* et le prêt était valable jusqu'à concurrence de ce profit.

Enfin, lorsque le prêt avait été fait de l'aveu du père, il n'y avait plus lieu à appliquer le sénatus-consulte (1). Cela montre bien que le sénatus-consulte avait en vue l'intérêt du père.

Le sénatus-consulte n'étant pas toujours applicable, on comprend pourquoi, le plus souvent, il ne donnait lieu qu'à une exception insérée dans la formule.

S'il n'apparaissait pas, d'une manière bien évidente, que le créancier avait été de mauvaise foi, que l'opération n'avait pas profité au père, le magistrat ne pouvait pas refuser l'action, mais il insérait dans la formule une exception en vertu de laquelle le juge examinait si rien n'avait été fait en contravention du sénatus-consulte. Si l'on se trouvait dans un des cas exceptionnels où le sénatus-consulte devait être écarté, l'exception du sénatus-consulte aurait été paralysée par une exception de dol.

En admettant d'une manière absolue la bonne foi du créancier, la protection du sénatus-consulte aurait été souvent inefficace, aussi il faut que cette bonne foi soit *excusable*. On n'aurait tenu aucun compte, dit Ulpien, de l'erreur de celui qui aurait été *vana simplicitate deceptus*; il fallait une bonne

(1) V. L. 3, pr.; l. 12; l. 7, § 12, de Sn.-C. Maced., Dig.

foi, une erreur autorisée par une espèce de possession d'état de la part du fils (1).

D'après une loi de Paul (19, *de novat.*, D.), si un fils, après avoir fait un *mutuum*, consent à être délégué à un tiers, *la délégation produira tous ses effets*. Le fils ne pourra plus opposer au nouveau créancier l'exception du sénatus-consulte. « La règle, dit Paul, est qu'un fils de famille est capable de contracter, et il n'y a rien de contraire au sénatus-consulte, qui est spécial au *mutuum*, dans l'engagement pris par le fils. » Et cette décision, il la donne au cas même où le délégataire sait l'origine de la dette et la position de fils de famille de celui qu'on lui délègue.

C'est évidemment aller trop loin. Il y aurait eu là un moyen trop commode pour éluder les dispositions rigoureuses du sénatus-consulte et les fils qui auraient voulu se procurer de l'argent, l'auraient à coup sûr employé.

Aussi, nous ne croyons pas que tous les jurisconsultes aient admis cette doctrine dangereuse. Sa condamnation résulte notamment d'un texte d'Ulpien (L. 7, § 6, *de senatus-consulto Mac.*), qui décide, en principe, que l'exception est opposable au créancier et à tous ses successeurs.

Et il continue, *si alius mutuat dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio*. Si donc l'un a fourni l'argent et qu'un autre vienne stipuler cet argent, l'exception est donnée même

(1) L. 1, *ad Sn.-C. Maced.*, au C.

contre le stipulant. Qu'y a-t-il de plus dans la délégation, la stipulation que fera le délégataire ne lui servira à rien.

Contrats intervenus entre le père et le fils.

Nous venons de voir que le fils pouvait s'obliger tout seul, mais ne pouvait acquérir que pour son père. Si nous supposons un contrat entre le père et le fils, l'application des principes que nous avons vus jusqu'ici, nous conduirait à une distinction : Le père est-il promettant, la promesse sera nulle, car il se serait promis à lui-même; est-il stipulant, le fils aurait dû pouvoir contracter une obligation civile.

On appliquait ces principes en ce qui concerne les promesses du père, mais on y dérogeait en ce qui concerne les promesses du fils. L'idée que le père et le fils ne faisaient qu'une seule et même personne avait fini par l'emporter, et tout contrat, intervenu entre eux, ne donnait lieu à aucune action (1). Cette unité de la personne était le résultat de l'unité de patrimoine; lorsque le fils avait un pécule castrense qui lui constituait un patrimoine distinct, il avait aussi une capacité distincte.

Le contrat entre le père et le fils n'était cependant pas absolument nul, et il en résultait une obligation naturelle. Par conséquent, si, après

(1) §§ 4, 6, de *Inut. Stip. Inst.*; Lois 4, 11, de *Judiciis. D.*

l'extinction de la puissance paternelle, il y avait eu paiement, la *condictio indebiti* n'était pas accordée (1).

Même tant que dure la *patria potestas*, la fidéjussion pouvait procurer au père des avantages considérables, car on lui aurait accordé une action contre le fidéjusseur (2).

Il en aurait été de même de la novation et du pacte de constitut.

Quant à la compensation, pour qu'elle fût possible, à l'époque où elle fut admise, il faudrait supposer que le fils de famille a été émancipé, et que *sui juris* il est devenu débiteur et créancier de son père. La compensation aurait eu lieu encore que sa dette ou sa créance n'était que naturelle, car c'était commettre un dol que de demander un paiement, sans exécuter l'obligation dont l'inefficacité ne reposait que sur une *ratio civilis* (3).

Si c'est le père qui s'est obligé envers le fils, la fidéjussion était impossible, tant que durait la *patria potestas*, en vertu du principe que personne ne peut être en même temps débiteur et créancier.

En effet, le père débiteur aurait joué, vis-à-vis du fidéjusseur, le rôle de créancier, parce que toutes les promesses faites au fils devaient pro-

(1) Loi 38, § 1, de *cond. indeb.*

(2) Loi 56, § 1, de *fidej.*, D.

(3) En ce sens Machelard, *op. cit.*

fiter au père. C'est ce que décide Paul dans la loi 56, *de fidejussionibus*.

Mais, lorsque le fils aura été émancipé, rien ne s'oppose plus à ce que la dette naturelle du père soit cautionnée.

Qu'arrivera-t-il lorsque le fils de famille aura un pécule ? — Le pécule constituait pour le fils une espèce de patrimoine, *aliquid separatum a rationibus patrifamilias*. Ce patrimoine, quoique entièrement à la disposition du père de famille, constituait néanmoins à l'enfant une personnalité, à ce point qu'il pouvait y avoir des rapports entre le pécule du fils et le patrimoine du père. Le père pouvait être créancier ou débiteur du pécule. S'il était créancier, et que le pécule eût d'autres créanciers encore, il ne pouvait venir que concurremment; s'il était débiteur, sa dette comptait dans l'émolument du pécule, et les créanciers qui le poursuivaient *de peculio*, pouvaient se faire tenir compte de cette dette, tant que leur poursuite était possible, c'est-à-dire tant que durait la *patria potestas*, et même après l'émancipation pendant une année utile.

Mais, si cette dette accroît le pécule dans l'intérêt des créanciers, on décidait de même à l'égard du fils.

Un texte d'Africain (L. 38, § 2, *De conditione indebiti*, D.) décide que le paiement fait par le père, débiteur du pécule, au fils après l'émancipa-

tion, sera valable, en vertu de l'obligation naturelle du père.

Ce qui paraît devoir s'opposer à cette décision, c'est le principe que le pécule est entièrement à la disposition du père de famille et continue de lui appartenir. Le père qui s'est obligé envers le fils à raison du pécule est en même temps créancier et débiteur. Au moment même où son obligation naît, elle s'éteint par confusion.

Cette objection paraît tellement fondée, que certains interprètes ont dit que les obligations naturelles devaient être soustraites à la règle, que tout ce qui est acquis par le fils appartient au père.

Comment concevoir autrement que le fils qui, au fond n'est que le gérant du père, puisse se prétendre créancier de celui qui doit recueillir tout le bénéfice de son travail, et qui peut disposer du pécule comme il l'entend ?

La véritable raison, c'est que le pécule constitue une véritable *séparation de patrimoines*, qui existe d'une manière absolue, tant à l'égard des tiers, qu'à l'égard du fils. Il est vrai que le père peut à son gré faire cesser cette séparation de patrimoines, mais tant qu'elle dure, elle doit produire les effets.

En émancipant l'enfant, il peut retenir le pécule et alors le pécule, rentrant dans son patrimoine, tout s'éteint par confusion, mais il peut aussi renoncer à son droit, laisser le pécule à l'en-

fant, et alors la séparation continue et il n'est plus exact de dire que le père est devenu créancier de son obligation naturelle. Le père aurait pu opérer la confusion, mais il ne l'opère pas. A partir de l'émancipation, une dette naturelle existe réellement en faveur du fils. Voilà pourquoi, si le père a payé, il n'aura pas de *condictio indebiti*.

Cette explication a été indiquée, pour la première fois, par Cujas. Elle est acceptée par M. Machelard.

CHAPITRE II

CAPACITÉ DE LA FILIA FAMILIAS

Le sénatus-consulte Macédonien est applicable aux engagements de la fille soumise à l'autorité paternelle (1). A l'époque de ce sénatus-consulte, la capacité de la fille est la même que celle du fils. En fut-il toujours ainsi? Il est permis d'en douter.

Du temps où les femmes vivaient dans une tutelle perpétuelle, où, par conséquent, la femme *sui juris* ne pouvait valablement s'obliger qu'avec l'autorisation de ses agnats (2), comment pourrait-on comprendre que la fille *in patria potestate* pût s'obliger seule? Il y aurait là une anomalie inexplicable.

La tutelle de la femme romaine était non une protection pour elle, mais une mesure de précau-

(1) L. 9, § 2, *de Sn.-C. Maced.*, D.

(2) Ulp., *Reg.*, t. XI, § 27; G., C. III, §§ 107 et 108.

tion en faveur des agnats mâles. Ces agnats avaient intérêt à surveiller de près la conservation des biens qui devaient leur revenir (1). La femme n'était considérée, en quelque sorte, que comme détenant provisoirement ses propres biens, dont la destination suprême était d'aller grossir la fortune de la famille qui était entre les mains des agnats. Telle était l'idée romaine. En face de cette idée, peut-on encore admettre que la *filia familias* pouvait, en s'obligeant civilement, compromettre ce patrimoine qui ne devait que passer par ses mains? On conçoit facilement que le fils qui, un jour, devait être propriétaire définitif de ses biens et en disposer comme il lui plaira, pût s'obliger civilement par une espèce d'anticipation, mais cette capacité ne se conçoit pas pour la femme, qui n'était pas maîtresse de sa fortune.

D'ailleurs, la *levitas animi*, dont parle Gaius, l'*ignorantia rerum forensium*, dont parle Ulpien, pour expliquer l'incapacité de la femme, ne sont-elles pas les mêmes pour la fille en puissance que pour la femme *sui juris*? Si cette légèreté et cette ignorance des affaires devaient empêcher la femme de compromettre la succession future de ses agnats, pourquoi n'auraient-elles pas empêché la fille?

Il est vrai qu'on arrive à refuser d'une manière absolue toute capacité à la fille de famille, car, selon les principes du droit romain, la puissance

(1) G., C. I, 192.

paternelle ne peut pas remplacer l'*auctoritas* du tuteur, mais cela n'a rien d'étonnant. Cette incapacité trouve sa raison d'être dans les idées romaines. Plus tard, lorsque la femme, échappée à la tutelle perpétuelle, pouvait disposer librement de son patrimoine, quand l'idée de l'intérêt des agnats eut disparu, la fille eut, comme le fils de famille, une capacité anticipée et le sénatus-consulte Macédonien lui fut applicable.

On peut tirer un argument en faveur de notre opinion de l'absence complète de lois relatives à la capacité de la *filia*. Si cette capacité eût existé, elle aurait dû nécessairement laisser des traces. Nous n'en trouvons aucune. On a beau dire que son étroite « liaison avec la tutelle du sexe, tombée en désuétude du temps de Justinien, a déterminé les compilateurs à omettre tous les passages où ce point était traité (1), » la tutelle du sexe ayant laissé des traces si nombreuses, on ne voit pas pourquoi la capacité de la fille n'en aurait pas laissé.

Une loi d'Ulpien établit d'une manière presque certaine l'incapacité absolue de la *filia*. Cette loi 3, § 4 (*Commodati*, D.) s'exprime en ces termes : Si filio familias servire commodatum sit duntaxat de peculio agendum erit, cum filio autem familias ipso et directo quis poterit, sed si ancillæ vel filicæ familias commodaverit duntaxat de peculio erit agendum.

(1) V. M. de Savigny, *Traité de Droit Rom.* ; II, Append., p. 409.

Peut-on établir d'une manière plus certaine la différence qui existe entre le fils et la fille? Ulpien dit en termes bien clairs que si la fille a emprunté à usage, il n'y aura lieu qu'à l'action *de peculio*, tandis qu'au contraire, si le fils avait emprunté, il pourrait être poursuivi. Qu'est-ce dire, si ce n'est que la fille ne s'est pas obligée?

Mais, dit M. de Savigny, il est naturel de croire qu'Ulpien n'a pas reproduit « l'observation que « la fille, peut être poursuivie aussi comme le fils, « dans la pensée que le lecteur suppléerait de lui- « même cette répétition. »

Cette explication du savant romaniste ne nous paraît pas devoir l'emporter. Il nous semble, au contraire, qu'un véritable contraste entre le fils et la fille résulte du texte. Si Ulpien avait voulu assimiler la fille de famille au fils, il n'aurait pas pris une forme qui met évidemment en opposition le *commodat* fait à la fille au *commodat* fait au fils. Il n'aurait pas employé les mots *sed* et *duntaxat*, qui indiquent l'opposition.

A l'appui de notre opinion, nous pouvons citer l'autorité de MM. Machelard, Gide et Accarias (1).

(1) V. *Oblig. nat.*, Mach., p. 108; *Précis de droit rom.*, Accar., t. II: *Des oblig.*, *Capacité*.

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

DROITS SUR LA PERSONNE

En tête de toutes les règles du Code sur la puissance paternelle, il y a celle de l'article 371 :

« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

Le Code a répété le précepte de Moïse :

« Honore ton père et ta mère. »

C'est dans cet honneur, dans ce respect éternel que doit se manifester la reconnaissance de l'enfant. C'est là une règle de morale.

Cependant, on ne saurait blâmer le Code de l'avoir proclamée. Cette règle sert de fondement à un grand nombre des dispositions de la loi.

« Elle contient, disait M. Bigot-Préameneu, le principe dont les autres ne font que développer les conséquences. »

Mais faut-il considérer l'article comme une règle de pure morale que le Code a proclamée ?

C'était l'opinion de certains membres du Conseil d'Etat, qui, lors de la discussion du projet, demandèrent la suppression de l'article, comme ne faisant pas une disposition législative.

Le tribun Albisson répondit à ces objections en rapportant les paroles de Bigot-Préameneu : « Cette règle peut devenir pour le juge un point d'appui, » et il ajouta qu'elle guidera le juge, notamment en cas de contestation entre les parents et leurs enfants. « Ceux-ci, dans leurs attaques, dans « leurs moyens de défense, dépassant les bornes « que le respect doit prescrire, se mettraient dans « le cas d'y être ramenés par des admonitions plus « ou moins sévères. »

Si on s'en tenait à ces conséquences, la portée juridique de l'article serait fort insignifiante. Le juge n'aurait certainement pas besoin de cet article, pour adresser des admonestations à celui qui, dépassant les bornes du respect, qu'il doit à ses parents, insulte par là même à la justice devant laquelle il se trouve. Aussi, certains auteurs ont voulu trouver des conséquences juridiques plus directes, car un Code n'est pas un livre de morale et toute règle qu'il dicte doit avoir sa sanction dans des lois positives. Partant de là, ils ont soutenu que les descendants ne pouvaient pas intenter contre leurs ascendants une action déshonorante, incompatible avec le respect que l'enfant doit (1).

(1) Proudhon, t. I; Duranton, t. III, p. 350.

En cela, on s'est trop inspiré du droit romain. Mais tout autre était le caractère de la puissance paternelle à Rome. C'est dans l'*autorité* absolue du père, dans la dépendance complète du fils que réside ce caractère. Combien il est différent de nos jours, car la base de la puissance paternelle n'est plus aujourd'hui que l'affection et le devoir. Quelle serait la raison de désarmer l'enfant ?

Le Code pénal punit le fait et se montre, justement, très-rigoureux (334, 335). Qui donc, plus que l'enfant lui-même, est intéressé à échapper à des attentats odieux ?

L'enfant est peut-être soumis aux plus mauvais traitements. Bien plus, le père, la mère peuvent exciter, faciliter la corruption de l'enfant, cela s'est vu. La loi ne saurait se montrer assez sévère. Ces parents oublient les devoirs les plus grands, quels ménagements peuvent-ils mériter encore ?

Le père coupable est déchu du caractère élevé que la loi lui avait accordé, il s'est dépouillé lui-même de tout respect. L'enfant doit pouvoir trouver une arme de défense contre le père lui-même. On objecte que l'action est déshonorante ! Mais c'est contre celui qui s'est assez déshonoré lui-même (1).

L'article 371 n'est donc qu'une déclaration de principe, dont les développements juridiques se trouvent dans d'autres articles.

(1) L. 1, § 2, L. 5, § 1, de oblig. parentibus; D.

M. Valette, dans ses notes sur Proudhon, indique un cas où l'action, considérée comme déshonorante, doit être refusée à l'enfant.

Voici l'espèce :

Un homme se marie. Il a de ce mariage deux enfants, Primus et Secundus. Plus tard, il contracte un second mariage, de ce mariage naît Tertius. Supposons ce second mariage entaché d'inceste ou de bigamie.

Il est de principe que les enfants d'un premier lit ne peuvent demander la nullité du mariage, qu'autant qu'ils ont un intérêt *né et actuel*. Cet intérêt se conçoit en matière de succession. Primus vient à mourir. A sa succession viendront : son père, Secundus, son frère germain, Tertius, son frère consanguin. Une moitié sera attribuée au père, dans l'autre, Secundus prendra deux parts, Tertius une seule. Mais Secundus aurait intérêt à écarter Tertius, et il le pourrait si la nullité du mariage était établie, car Tertius, fils adultérin ou incestueux, ne peut avoir des droits successoraux. Pour cela, il faudrait que Secundus puisse attaquer le mariage de son père.

Aura-t-il l'action ? M. Valette la lui refuse et il fonde son refus sur l'art. 371.

Nous ne croyons pas qu'en cette circonstance, la doctrine du savant professeur doive être suivie. En ce qui concerne spécialement notre espèce, on arrive à ce résultat impossible, de faire entrer dans la famille un enfant incestueux ou adultérin,

de faire partager avec cet enfant une succession. On arrive à lui accorder des droits que la loi lui refuse constamment. N'est-ce pas là une véritable spoliation ? Voilà donc un enfant incestueux ou adultérin, dont le caractère pourrait être prouvé à la mort de son père, qui se verra écarté de la succession de celui-ci et qui, du vivant du père, se trouvera avoir eu des droits en concours avec les enfants légitimes ! Il y a là quelque chose de bizarre qui cadre mal avec la défaveur que le Code attache au titre d'enfant incestueux ou adultérin.

Aucune action ne doit donc être refusée à l'enfant contre ces ascendants. C'est l'opinion aujourd'hui universellement admise.

Elle a été d'ailleurs consacrée législativement par l'art. 380 du Code pénal, et par une loi sur la contrainte par corps de 1832. Le Code pénal interdit les poursuites à raison des vols commis dans la famille, et notamment interdit les poursuites contre les ascendants, qui auraient commis des vols au préjudice des descendants, mais il permet l'action civile. Or cette action, quoique portée devant le tribunal civil, ne peut être que déshonorante. Le Code pénal l'accorde.

La loi 1832 avait décidé que la contrainte par corps ne pourrait être exercée dans la famille, par conséquent à la requête des descendants contre les ascendants, les actions qui, ordinairement, entraînaient la contrainte, étaient recon-

nues possibles contre les ascendants. Depuis l'abrogation de la contrainte par corps, la loi 1832 a complètement perdu son importance, mais elle consacrait notre opinion.

D'ailleurs, l'art. 371 n'est pas la seule règle de ce genre qui existe dans le Code, et nous trouvons dans l'art. 212, qui règle les devoirs des époux entre eux, une maxime analogue. Observons enfin que ce devoir de l'art. 371 est général et existe à l'égard de tous les ascendants.

Les dispositions relatives au mariage et au consentement que l'enfant doit requérir, présentent aussi ce caractère, quand l'enfant est majeur pour le mariage.

L'enfant en puissance aura besoin pour se marier, tantôt du consentement et tantôt du conseil de ses père et mère ou autres ascendants (148, 149, etc., C.).

Les auteurs du Code avaient accordé aux parents un pouvoir qu'ils appelaient *disposition officieuse*, en vertu de laquelle les père et mère pouvaient réduire les enfants au simple usufruit de leur portion héréditaire dans le cas de dissipation notoire. La nue propriété de la réserve de l'enfant lui était ainsi enlevée, on l'assurait à ses enfants nés ou à naître. Cette *disposition officieuse* ne fut pas admise. On crut voir qu'elle portait en soi un reste de l'ancien régime. Elle fut remplacée par la substitution exceptionnelle que le Code permet.

SECTION I

DEVOIRS DES PARENTS

CHAPITRE I

ENTRETIEN ET ÉDUCATION DES ENFANTS

La volonté du père faisait la famille antique, la nature fait la famille moderne.

Dans quel sens ? C'est qu'anciennement il suffisait de la volonté du père pour rejeter hors de la famille l'enfant qui naissait même du mariage, aujourd'hui l'enfant né du mariage fait, par cela seul, partie de la famille, dans laquelle il a des droits multiples.

La puissance paternelle s'est transformée du tout au tout. Elle serait mieux appelée la protection du père. Les droits qu'elle lui donne ne sont plus que des moyens pour arriver au devoir qu'elle lui impose.

Quel est ce devoir, quels sont ces droits ? C'est ce que nous allons étudier.

Le premier devoir du père, c'est d'élever ses enfants. L'art. 203 le dit : *nourrir, entretenir, élever*. Devoir commun au père et à la mère et qu'ils contractent par le seul fait du mariage.

La loi impose des soins matériels et l'obligation morale d'élever.

Dans ce mot, il y a deux idées : Education, instruction.

Donner l'éducation et l'instruction à l'enfant, tel est le but, la puissance paternelle est le moyen.

Mais de cette tâche comment le père s'acquittera-t-il? Faut-il lui laisser une liberté absolue? L'intervention de l'Etat dans la famille est-elle nécessaire?

Dans le règlement même des relations de la famille par la loi, il y a une intervention de l'Etat, intervention nécessaire, justifiée par l'intérêt de tous. Ce règlement établi, l'Etat doit s'en tenir là. La famille est chose délicate. Les mœurs et l'affection doivent lui dicter des lois morales qui sont pour elle au-dessus des lois positives. La liberté absolue, dans la direction que le père donne à sa famille, tel est le principe.

Mais si l'Etat n'a pas le droit d'intervenir, il a celui d'observer, et lorsque le père se refusera aux devoirs que la loi lui impose, l'Etat devra faire en sorte que la loi ait sa sanction.

Ceci posé, il faut dire que le père a une complète liberté dans le choix du genre d'éducation et d'instruction qu'il croit devoir donner à ses enfants. Quelle que soit, à cet égard, la conviction d'un gouvernement, il ne saurait intervenir. Il ne pourrait pas dire à un libre-penseur : j'ai une église, fais-y entrer ton enfant. Cette église a un prêtre,

laisse-lui la direction de la jeune âme. Le père répondra : Il ne doit y avoir d'autre intermédiaire entre mon enfant et mon Dieu que moi.

Par contre un Etat libre-penseur ne saurait forcer la main d'un père catholique.

En ceci nous touchons à une question qui se présente dans la pratique. Il a été stipulé dans le contrat de mariage que les enfants seront élevés dans telle religion, ou bien, ce qui arrive souvent, que les fils suivront la religion du père et les filles celle de la mère.

Cette convention qui détermine par avance la croyance des enfants, et en quelque sorte le genre d'éducation qui devra leur être donnée, est-elle valable? MM. Pont et Rodière ont pensé que cette clause devrait être prise en considération par les tribunaux qui pourraient être appelés à trancher la question (1).

Comment en sera-t-il ainsi? Au point de vue juridique, la puissance paternelle est une institution d'ordre public et les conventions des parties ne peuvent la modifier. Si on admettait le contraire, rien ne s'opposerait à ce que continuellement les tribunaux intervinsent dans l'éducation que le père croit devoir donner à ses enfants.

Au point de vue pratique, la décision du tribunal serait illusoire. On ne saurait lui trouver au Code aucune sanction. Empêcher un père d'élever

(1) *C. de Mariage*, t. I, n. 55, 57.

son enfant dans la croyance qu'il croit la meilleure, de lui inculquer les principes qu'il veut, c'est se heurter à l'impossible. On ne pourrait le faire qu'en lui enlevant toute autorité paternelle (1).

Il en est ainsi de toute l'éducation. Le père élève l'enfant comme il veut. La mère elle-même ne peut avoir qu'une influence tout intime et toute morale. Quel que fût son avis, quelle que fût aussi sa raison, elle ne saurait trouver au dehors un appui contre la volonté de son époux. Cela paraît injuste et l'est peut-être; mais en pratique, quelle est la femme qui ne sait prendre assez d'influence sur l'esprit de son mari pour participer à l'éducation de l'enfant, question d'intérieur plus que toute autre, quel est le mari qui ne consulte dans cette question sa femme et qui ne suive l'avis de la mère qui, autant que lui et peut-être mieux, aime l'enfant? Le plus souvent l'éducation lui est complètement abandonnée. Si parfois le père réussit à faire revivre son intelligence dans son fils, à lui faire continuer son œuvre, presque toujours dans ce fils la mère mettra son âme.

Cependant ce pouvoir si grand du père doit avoir une limite. Il n'y a plus de pouvoir absolu et la loi est, aujourd'hui, faite au profit de l'enfant, non à celui du père. Lorsque la maison paternelle,

(1) Aubry et Rau, t. IV.; Marcadé sur l'art. 1389.

au lieu d'être pour l'enfant le foyer où il rencontre un bon conseil, un bon exemple, devient pour lui un lieu de mauvais traitements et de débauches, qui tuent en lui toute notion du bien, tout sentiment de dignité, qui lui font entrevoir de trop près les misères humaines, qui dans un âge si tendre le rendent pervers, alors il n'y a plus pour lui de père, il n'y a plus de maison paternelle et l'Etat doit intervenir pour sauver ce qui peut être sauvé encore.

C'est dans ce but qu'a été fait l'art. 335 du C. p.

Mais faut-il attendre qu'on soit arrivé aux extrêmes limites indiquées au Code pénal, qu'il y ait eu de la part du père excitation à la débauche?

Si l'éducation, que le père donne, est manifestement mauvaise et contraire aux mœurs, la mère doit pouvoir protéger son enfant. C'était là la décision de l'ancien droit (1). La mère peut s'opposer à une éducation contraire à la décence et aux bonnes mœurs, disait le nouveau Denizart. Ce droit était reconnu même au procureur du roi.

M. Demolombe va beaucoup plus loin et il admet, que les parents pourraient requérir et même le juge de paix convoquer d'office un conseil de famille, qui déterminerait le genre d'éducation qui convient le mieux à l'enfant. Le père dirige souverainement l'éducation de son enfant, mais non aveuglément (2).

(1) Nouv. Denizart, *Education*, n° 3.

(2) Demol., *Traité du Mariage*, t. II, p. 7, n° 10.

Nous ne pouvons aller si loin. Où trouver dans la loi une base légale à la convocation de ce tribunal de famille ayant un pouvoir supérieur à celui du père ? On ne saurait assez limiter l'intervention dans la famille et on ne peut l'admettre que dans des cas très-graves.

Si un tel cas se présente, si la moralité de l'enfant est mise en danger, sans que cependant on puisse obtenir une condamnation aux termes du Code pénal, le tribunal doit avoir des pouvoirs très-larges, il doit pouvoir enlever le droit d'éducation au père ou à la mère et le confier, si besoin est, à un étranger qu'il jugerait digne. En décidant ainsi on protège l'enfant et on entre dans l'esprit du Code.

Instruction de l'enfant.

Dans un certain sens l'éducation est chose facile. C'est dans les bons conseils, c'est surtout dans les bons exemples qu'elle consiste. Il n'y a pas de meilleur livre à faire lire aux enfants, que la vie de leurs parents. Parfois aussi il n'y en a pas de plus mauvais.

L'éducation, dit M. Franck, est l'émanation directe de l'âme des parents, qui envahit, qui enveloppe celle de l'enfant.

L'éducation consistant dans l'exemple, tout honnête homme, toute honnête femme peuvent la donner. Mais il faut, de plus, l'instruction.

Faut-il, quant à l'instruction, donner les mêmes décisions, et un père qui peut élever son enfant, comme il le veut, peut-il ne lui donner aucune instruction ?

L'instruction obligatoire est consacrée dans la plupart des Etats de l'Europe, en Italie, en Allemagne, en Suède, en Roumanie, presque partout. En France, c'est encore une question. Hâtons-nous de le dire, c'est une cause gagnée dans l'opinion publique. L'instruction commence à pénétrer dans les mœurs de presque toute la France, mais elle n'est encore écrite dans aucune loi spéciale.

Aussi on se demande, si les pères sont complètement libres de ne pas envoyer leur fils à l'école ?

Non, si l'instruction obligatoire n'est pas encore écrite dans un texte spécial, elle l'est virtuellement dans les lois sur l'instruction publique. Elle l'est aussi dans les lois sur le travail des enfants. L'Etat a des écoles, les communes, les départements sont tenus d'en avoir. Nous dirons avec M. Jules Simon, l'école est le premier devoir d'un Etat envers la liberté. Si l'Etat a le devoir de fonder, d'entretenir des écoles, le père a celui d'y envoyer son enfant. A quoi bon tous ces sacrifices si tout ne devait dépendre que du mauvais vouloir, de l'ignorance ou du caprice d'un mauvais père ?

Allons plus loin, l'instruction obligatoire est dans le Code. Nous l'avons dit : Elever est une tâche double : donner l'éducation, donner l'instruction. Et c'est là plus qu'une obligation mo-

rale, c'est une obligation civile qui doit avoir sa sanction.

En exécution de l'art. 203, les tribunaux condamneront le père à nourrir, à entretenir l'enfant. La sentence sera exécutée; on en trouvera bien le moyen. Les tribunaux doivent le condamner aussi à instruire l'enfant. Le père doit plus que la nourriture, il doit veiller sur l'avenir. Qu'est l'homme qui ne sait pas lire? Un malheureux qui ne peut arriver à rien. Ouvrier, artisan, laboureur, il a besoin de savoir lire et de savoir écrire. Citoyen, nos lois sont telles qu'il ne peut rien être sans instruction. Ce titre même de citoyen, il ne le méritera pas, il n'en connaîtra pas la valeur, il ne saura en exercer les privilèges. Nos lois sont telles, notre société est telle, qu'il y a une hiérarchie du savoir. L'instruction doit être la seule arme dans cette grande lutte de l'existence, lutte paisible, lutte du progrès. L'ignorant, c'est plus qu'un malheureux, c'est un paria. Nul droit pour lui, nul moyen de lutter. Et l'on viendra dire que le père, qui n'a pas le droit de tuer son enfant, peut le vouer à l'impuissance, à la dépendance éternelle, à la misère, à la honte peut-être?

L'État doit donc intervenir et il en a le droit. Cette intervention est juste. Pour que les plus grands principes ne soient pas des mots vains, il faut avant tout admettre et imposer l'instruction obligatoire. L'enfant que son père n'instruit pas, est presque un enfant abandonné. L'État doit s'en

charger. Question desécurité, car l'ignorance porte en elle le germe du crime, que l'Etat a le devoir de prévenir. Toutes les statistiques sont là pour le prouver.

Dans un exposé de la situation de la France, il y a ces paroles excellentes et vraies : « Il faut que le pays se pénètre bien de cette vérité, que l'argent dépensé pour les écoles sera épargné pour les prisons. » Des faits nombreux sont cités à l'appui. Là où l'instruction primaire est plus répandue, là aussi les prisons sont plus vides (1).

L'instruction obligatoire a ses ennemis. C'est au nom de la liberté qu'on vient la condamner. C'est une violence qu'on fait au père de famille, dit-on.

Mais le plus souvent les ennemis de l'instruction sont ceux de la liberté même. La cause de la liberté et celle de l'instruction sont unies. Il ne vient des fleurs et des fruits sur la terre que grâce au soleil, il n'y aura de véritable liberté au monde que grâce à la science.

D'ailleurs, qui a donné l'exemple et le précepte ? C'est la Bible : *Vous lirez cette loi et vous la ferez lire et écrire à vos enfants* (2). Pour la religion, c'est de Dieu même que cette loi émane. Les docteurs de l'ancienne loi disaient : *Si le monde subsiste, c'est par le souffle des jeunes enfants récitant leurs leçons.* (Talmud.)

(1) *Exposé de la situation de l'Empire*, 1863, p. 70.

(2) *Comp. II*, 25.

C'est en se fondant sur la Bible, que dès le seizième siècle, l'on commença à poser ce principe : L'instruction doit être obligatoire. L'instruction était alors une question de foi, comme elle est aujourd'hui une question de liberté. Grâce à la Bible ainsi entendue, certaines sociétés devinrent de véritables centres de lumière, en Suisse surtout.

Les pays où l'instruction se développa, furent de beaucoup supérieurs, en civilisation, en progrès, en bien-être, aux autres.

Constatons-le, chaque fois qu'on songea sérieusement à la liberté, on songea aussi à l'instruction obligatoire. Un décret du 9 décembre 1793 portait des peines contre les pères, mères, tuteurs ou curateurs, qui négligeaient d'envoyer leurs enfants à l'école.

Le principe admis par la Convention est que l'Etat devait l'instruction à tout le monde, mais tout père devait à l'Etat de faire instruire ses enfants (1).

Les peines de ce décret étaient des amendes. Dans le cas de récidive, les tribunaux pouvaient même prononcer la privation des droits de citoyen, pour un terme qui pouvait être très-long, dix années.

En 1848, M. Carnot, ministre de l'Instruction publique, présenta un projet de loi pour rendre l'Instruction primaire obligatoire. Ce projet ren-

(1) *L'Ecole*, par Jules Simon, p. 50.

contra une vive résistance. Le successeur de M. Carnot le retira (1).

Il y eut d'autres essais. En 1860, un concours eut lieu entre tous les instituteurs primaires, pour les réformes à introduire. Le résultat de ce concours a été publié dans un excellent ouvrage de M. C. Robert intitulé *de l'Ignorance des populations ouvrières et rurales*. Tous les maîtres d'école se plaignent de la cupidité, de l'avarice, de l'indifférence des parents.

Le concours et le livre n'aboutirent à rien.

L'avarice des parents existe certainement, mais bien souvent, dans les classes nécessiteuses, le travail de l'enfant est indispensable à la famille. On ne saurait trop prendre la voie du milieu pour éviter ces deux écueils également dangereux : Misère matérielle, misère morale.

Et aussi l'instruction obligatoire ne serait qu'un vain mot, si elle n'était gratuite.

Sanction du devoir d'instruction.

Le père a donc aujourd'hui, en vertu de l'article 203, l'obligation civile de faire instruire son enfant.

Quelle sanction cette obligation aura-t-elle? Il nous paraît incontestable que l'enfant peut avoir une action contre son père pour l'obliger à l'instruire. L'enfant, auquel le père ne fournit pas

(1) *L'Ecole*, par Jules Simon, ch. IV.

des aliments, peut l'actionner. Il doit en être de même de celui que le père condamne à rester ignorant.

Mais, le plus souvent, l'enfant qui, de fait, se trouve sous la dépendance du père, n'osera et ne pourra pas tenter l'action. A l'âge où il le pourrait, habitué trop à son ignorance, il pensera peut-être, comme son père, que l'instruction n'est pas nécessaire. D'ailleurs, plus ses forces se sont développées, plus son travail matériel lui sera devenu productif et nécessaire au bien-être de la maison. L'intérêt matériel momentané serait trop considérable et il ne le sacrifierait que difficilement. Plus il sera âgé, plus aussi son intelligence se montrera rétive aux premières difficultés de l'enseignement (1). C'est donc dans l'âge le plus tendre que l'enfant doit être protégé contre l'ignorance.

Si le père refuse de le faire, le devoir revient naturellement à la mère. En effet, le Code le lui impose. Comme le mari, elle doit élever.

Qu'on ne dise pas qu'elle ne saurait exercer la puissance paternelle du vivant de son mari. Les termes généraux de la loi s'opposent à cette distinction, l'art. 203 dit *qu'ils* contractent l'obligation d'élever les enfants par le seul fait du mariage. La loi associe la mère à l'éducation et à l'instruction de l'enfant. Elle doit avoir une

(1) *Instruction publ.*, par M. Charles Robin, membre de l'Institut, p. 49.

action qui lui permette de mettre son droit en pratique.

La mère et l'enfant ont donc une action pour contraindre le père à faire donner l'instruction.

Faut-il se borner là? Je le crois, quant à la famille. Tant que le père et la mère sont vivants, les ascendants n'ont droit qu'au respect de leurs petits-enfants. Ils ne sauraient exercer aucun des attributs de la puissance paternelle. Nous ne trouvons pas au Code de disposition qui puisse les autoriser à intervenir dans l'éducation ou l'instruction de l'enfant. L'obligation, même civile, *d'élever*, ne passe pas aux ascendants (1).

Si, maintenant, nous supposons le père exerçant la tutelle légitime sur l'enfant, il nous semble que ni le subrogé tuteur, ni le conseil de famille, n'ont rien à voir dans l'éducation qu'il donne. Il est vrai que le subrogé tuteur et le conseil de famille ont été créés dans un but de protection pour le mineur, et qu'il n'y a pas de meilleure protection que celle qui consisterait à le faire envoyer à l'école; mais cette protection, que le Code organise, ne concerne que les intérêts matériels.

Et nous dirions la même chose de la mère tutrice. L'autorité qu'elle exerce comme mère est, en principe, la même que celle de son mari.

Que décider quant au ministère public? L'ins-

(1) Dem., t. II, p. 178; Demol., t. II, *du Mariage*, p. 710.

truction de l'enfant intéresse la société. Nous pourrions dire, rien ne l'intéresse autant, l'ignorance est la première chose d'ordre public, le premier mal qu'il faut combattre par tous les moyens.

Cela étant, le procureur de la République, au nom de la société, inquiète des ténèbres dans lesquelles on plonge l'enfant, a le droit d'intervenir.

Il peut se faire que la puissance paternelle et la tutelle soient séparées. Le cas se présentera rarement pour le père, il peut se présenter plus facilement pour la mère. Le tuteur peut-il alors demander l'instruction de l'enfant ? Je le crois. Le tuteur n'a pas seulement pour mission d'administrer les biens. Aux termes du Code (art. 450), il doit protection à la personne du mineur.

Mais la demande introduite, la sentence rendue, comment exécutera-t-on cette sentence ? Le père est condamné à une obligation de faire. En principe, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, chaque fois que l'exécution serait attentatoire à la liberté individuelle ou impossible.

On ne peut songer raisonnablement à faire exécuter de force la condamnation du tribunal et à faire enlever par la force publique un enfant que son père tiendrait enfermé, pour le faire conduire à l'école.

Les principes généraux doivent recevoir leur application. Par son incurie, le père manque à un

devoir et cause un grand dommage à l'enfant, en le laissant ignorant.

On ne peut songer ni à l'amende ni à la privation des droits de citoyen comme sous le décret de la Convention. Ce sont là des peines que les tribunaux ne peuvent édicter qu'en vertu d'une loi. Mais rien ne s'oppose à ce que le père répare le mal qu'il fait. L'intérêt de l'enfant et de la société doit faire admettre ce moyen de contrainte, le seul qui existe raisonnablement.

Mais faut-il s'arrêter là ? La nomination d'un tuteur *ad hoc* chargé de l'éducation et de l'instruction de l'enfant, est-elle permise au tribunal ? Ce moyen existe en Prusse, en Autriche, aux États-Unis (1), mais des lois spéciales l'accordent aux juges.

Ce serait chose grave que de l'accorder en France, où il n'y a aucune loi. En effet, ce serait une déchéance complète de l'autorité paternelle sur la personne de l'enfant, aussi M. Jules Simon appelle-t-il ce moyen un moyen cruel.

Cependant, s'il était reconnu que la mauvaise volonté du père est si grande qu'il n'y a rien à espérer, s'il n'y avait aucun autre moyen de sauver l'enfant de l'ignorance, il faut sans hésiter admettre ce moyen, le seul qui puisse faire un avenir à l'enfant. On objecterait en vain que c'est là une déchéance de la puissance paternelle, presque une

(1) Le *Schulpflichtigkeit* (devoir d'école) a été introduit en Prusse dès 1794, en Autriche, en 1840.

peine. Le père qui n'instruit pas son enfant manque à sa principale obligation. L'enfant doit être élevé à tout prix. L'enfant qui serait abandonné, que son père refuserait d'entretenir, serait bien confié à un tuteur. Il doit en être de même de l'enfant abandonné moralement. On fait violence à l'autorité du père, cette violence est légale.

Quel est le degré d'éducation et d'instruction que le père doit donner ? L'obligation du père d'instruire l'enfant cesse-t-elle lorsque l'enfant sait lire et écrire ? Le père doit être tenu à tout ce qu'il peut. Qu'un pauvre ouvrier ne fasse apprendre à son enfant qu'un enseignement très élémentaire, on ne peut exiger plus. Cet enseignement, quoique élémentaire, fait disparaître les dangers d'une ignorance absolue. Mais un père riche ne saurait être quitte à si bon marché. Il doit à son fils de l'élever selon ses moyens, et il ne l'élève pas assez en ne lui donnant qu'une demi-instruction. C'est avec raison qu'il a été décidé qu'un fils, après avoir pris ses inscriptions dans une faculté, n'est plus soumis au caprice du père et qu'il pourrait exiger de lui tous les moyens pour arriver à la fin de ses études. Dans un arrêt qui condamne un père à fournir à son fils, étudiant en médecine, les moyens nécessaires pour achever son doctorat, la Cour de Paris dit qu'on ne saurait faire dépendre l'existence morale du fils, d'un changement de volonté non motivé (1).

(1) Aff. Porge, 6 juillet 1832, *Journal du Palais*, même année.

Tel est aussi l'avis de M. Demolombe. Le père est tenu de donner aux enfants le genre d'instruction et d'éducation convenable à leur fortune et à leur condition sociale (1).

La mère pourrait encore trouver dans l'art. 203, le fondement d'une action à l'effet de contraindre le père à donner à l'enfant une instruction selon ses moyens.

Mais on ne peut reconnaître au ministère public le droit d'intervention. En effet, dans le non-perfectionnement de l'instruction d'un enfant, il n'y a pas le même danger que dans l'ignorance, la question n'est plus d'ordre public.

Le devoir d'entretenir et d'élever les enfants est commun au père et à la mère. La dette est contractée envers les enfants, de plus chaque époux s'oblige envers l'autre. La loi dit : ils contractent ensemble.

Mais faut-il voir là une dette solidaire et indivisible? — Il n'est pas nécessaire. Chaque époux est obligé à tout l'entretien, à toute l'éducation qu'il peut donner. La dette de chacun n'en est pas moins distincte. Ainsi si un enfant a été placé dans une maison d'éducation par son père, les sommes qui peuvent être dues seront valablement exigées à la mère qui ne pourra pas se soustraire au paiement en prétendant que son mari s'est seul obligé. Elle était tenue à l'éducation de l'enfant et l'on

(1) Demol., t. II, du Mar., ch. VI, p. 9.

peut dire que le mari a fait pour elle une véritable gestion d'affaires (1).

CHAPITRE II

LOIS SUR LE TRAVAIL DES ENFANTS

Loi du 22 mars 1844.

En donnant l'éducation à l'enfant le père lui choisit une profession. Il en résulte pour lui le droit de faire travailler l'enfant. Que ce travail vienne en aide aux besoins journaliers, c'est juste. Dès son jeune âge l'enfant apprend à gagner de quoi vivre. Ce travail est bon. Seul il peut former un ouvrier habile, il ajoute aux moyens de vivre de la famille, il donne l'habitude.

Mais aussi combien les excès peuvent être dangereux. La cupidité peut arriver parfois à tuer le sentiment paternel. L'enfant n'est considéré que comme une machine de production et, pourvu qu'il produise un peu plus, un peu plus tôt, on le brisera sans pitié. Cela s'est vu. Il y a eu en France des ouvriers de six ans (2). Ceux de huit travaillaient douze heures par jour. Le résultat était une mortalité effrayante. Dans les pays manufacturiers les enfants qui survivaient étaient chétifs; arrivés à l'âge d'homme, ils étaient impropres au service militaire. Sur cent conscrits, on en

(1) Demol., t. II, *du Mariage*, p. 9.

(2) V. *Organisation du travail*, par M. L. Blanc, p. 51 et suiv.

trouvait souvent cinquante hors d'état de porter un fusil.

D'autre part la fabrique tuait la famille. Ces enfants étiolés connaissaient à peine leurs parents, qui, ouvriers aussi, travaillaient séparés d'eux. Le seul lien de l'enfant à son père était le gain qu'il pouvait faire. Ces malheureux, dès l'âge le plus tendre, vivaient dans l'atmosphère malsaine des fabriques, sous le poids d'un travail au-dessus de leur force, ignorant jusqu'à l'affection maternelle, ne recevant aucune instruction et perdant petit à petit tout sentiment de moralité (1).

Une misère si grande finit par émouvoir. La loi du 22 mars 1841 fut un commencement de remède. Cependant il se trouva des personnes qui combattirent la loi au nom de beaucoup de mauvaises raisons, entre autres, l'autorité paternelle. On ne pouvait, disait-on, enlever l'enfant à son père. On répondit avec raison que le père ne devait pas pouvoir enlever son enfant à la vie. La liberté du père doit avoir pour limites l'intérêt général. L'autorité paternelle doit être subordonnée à l'intérêt de l'enfant.

« L'Etat dans cette affaire, dit M. Jules Simon, outre son droit de tutelle, a un droit propre. Il doit se protéger lui-même. Un peuple comme peuple a le droit de vivre et d'exiger des citoyens ce qui est nécessaire à sa vie. Comme il suspend

(1) Pétition des philanthropes de Mulhouse. Voir des extraits dans le rapport sur la loi de 1841.

l'action en temps de peste, il la suspend aussi quand la race est menacée par cette peste de l'exploitation sans frein des jeunes générations (*l'Ouvrier*, p. 324).

La loi de 1841 entra dans une bonne voie en fixant des limites d'âge, en interdisant aux enfants trop jeunes certains genres de travaux. De plus elle songea à l'éducation et à l'instruction des enfants (art. 8). C'est par cette porte que s'introduisit l'instruction obligatoire.

De nombreux règlements d'administration réglant les points de détail devaient être faits.

La sanction de la loi consistait en des amendes proportionnées au nombre des enfants indûment employés, mais qui, même en cas de récidive, ne pouvaient dépasser cinq cents francs.

Cette loi fut bonne, mais incomplète.

Il n'y eut plus d'ouvrier de six ans, mais il y en eut de huit. Ces ouvriers de huit ans pouvaient encore être assujettis à un travail de huit heures. La misère était diminuée, mais n'en continuait pas moins grande et l'exploitation des enfants était encore possible. Le livre de M. Jules Simon, *l'Ouvrier de huit ans*, est un magnifique plaidoyer contre cette exploitation.

Loi du 22 février 1851.

La loi du 4 mars 1851 alla plus avant dans la bonne voie. Cette loi règle l'apprentissage. Le père stipule au nom de son enfant. Mais, par suite de

ce contrat, le patron sera appelé à exercer sur l'enfant une grande autorité et la loi se montre soucieuse des bonnes mœurs. Elle déclare incapable de recevoir un apprenti, celui qui aura subi certaines condamnations. Elle impose au maître le devoir de surveiller la conduite de l'enfant. Un maître célibataire ou veuf ne peut employer comme apprenties des filles mineures et le contrat peut se résoudre dans les cas d'inconduite habituelle de l'une des parties. La loi ne parle que de l'inconduite de l'apprenti. Par *a fortiori* doit-on décider de même pour le maître. En effet, aux termes de l'art. 8 de la loi, le maître doit se conduire en bon père de famille et surveiller les mœurs de l'apprenti. Comment pourrait-il accomplir son obligation, s'il vivait dans la débauche, si sa maison n'était pour l'enfant qu'une école de scandale ?

La sanction des dispositions de cette loi consistait en une amende de 5 à 15 francs et même en un emprisonnement de un à cinq jours s'il y avait récidive. Ces peines étaient prononcées par le tribunal de simple police.

En cas de récidive, l'amende pouvait être exceptionnellement portée jusqu'à un maximum de 300 francs et l'emprisonnement jusqu'à trois mois et c'est le tribunal correctionnel qui jugeait alors.

En ce qui concernait la durée du travail et l'âge de l'apprenti, la loi de 1851 ne faisait que reproduire les dispositions de la loi de 1841.

Cependant le but généreux de ces lois ne fut pas atteint. Le mal fut à peine diminué. Les nombreux règlements d'administration dont la création était prévue par la loi sur le travail des enfants, ne furent pas faits.

Les inspections, qu'elle avait ordonnées, n'eurent presque pas lieu et furent toujours défectueuses. Une des principales fabriques qui emploient des enfants, ne reçut la première visite d'inspection qu'en 1874. Malgré la loi, les enfants étaient complètement abandonnés (1).

A la veille de la Révolution de 1848, on songea à remédier au mal. Mais les événements qui suivirent, firent oublier cette question.

Loi du 19 mai 1874.

En 1868, une nouvelle tentative pour appliquer les principes de protection de la loi de 1841 fut faite. Même un nouveau projet de loi fut élaboré au Conseil d'État.

La guerre et les malheurs de 1870 suspendirent tous les travaux. Le projet du Conseil d'État fut ajourné. Repris en 1872 par M. Ambroise Joubert, il donna lieu à de sérieuses études. Une enquête fut faite par une commission composée de membres de l'Assemblée. Les chambres de commerce furent consultées. Toutes émisent des avis favorables à la protection des enfants.

(1) V. l'enquête qui précéda la loi de 1874. Rapport de M. Talon.

La question fut portée à la tribune de l'Assemblée au mois de mai 1874 et après de longues discussions la loi fut votée.

De nombreuses questions furent agitées. On demanda des restrictions à la loi, soit au nom de l'autorité paternelle, soit au nom de la misère que la défense aux pères de faire travailler leurs enfants pouvait augmenter (1).

Nous avons assez établi que l'autorité paternelle ne devait pas devenir oppressive. L'enfant doit être protégé et en protégeant l'enfant, l'Etat protège son propre avenir.

Quant à l'intérêt industriel, il parut menacé dans quelques endroits. On fit remarquer que beaucoup de fabriques, en renvoyant les enfants, verraient leurs moyens de production considérablement diminués ; en interrompant leur travail de nuit où un grand nombre de jeunes filles étaient employées, les filatures de soie semblaient devoir subir une perte considérable et l'industrie des sucres paraissait non moins menacée (2).

Toutes ces craintes furent chimériques, tant est vrai ce principe de l'économie politique, que l'industrie trouvera toujours moyen de satisfaire aux demandes qui lui sont faites et que souvent, ce qui semble pour elle une menace, n'est que l'occasion de quelque nouveau perfectionnement, de quelque invention nouvelle.

(1) V. Les discussions au *Journal offic.* des 17, 19, 20, 21 mai 1874.

(2) V. *Journ. offic.*, du 19 mai 1874, discours de M. Malarre.

L'introduction du demi-temps dans le travail des enfants, en Angleterre, a été, selon lord Brougham, équivalente à une des grandes découvertes de la mécanique.

L'industrie anglaise avait changé de combinaison et avait gagné là, où elle paraissait devoir perdre (1).

En France peut-être quelques grands industriels gagnèrent un peu moins, car ils durent engager des ouvriers formés et payer la main-d'œuvre un peu plus cher, mais en ceci le mal ne fut pas bien grand. D'ailleurs personne ne fut ruiné par la loi de 1874.

Restait une dernière question, celle-là bien plus grave. Pour vivre, l'enfant a souvent besoin de travailler, car la misère de certains pauvres ouvriers est si grande, qu'ils ne peuvent nourrir leurs enfants. Ce qu'ils gagnent est à peine suffisant pour eux, priver la malheureuse famille du gain de l'enfant, c'était augmenter sa misère déjà trop grande.

Quelle grave que fût cette considération, elle ne devait pas arrêter la loi.

La question d'avenir en jeu était trop grande. On augmentait, momentanément, les difficultés de vivre dans certaines familles, mais on sauvait l'enfance, on assurait des soldats au pays et des ouvriers au travail.

(1) Discours de M. Roussel.

On songea de plus à ce principe de l'économie politique, que, de quelque façon « qu'on s'y
« prenne, le salaire des travailleurs n'est jamais
« plus élevé que ce qu'il lui faut pour entretenir
« sa famille. S'il a l'imprudence de faire contri-
« buer, immédiatement, son enfant à l'entretien de
« la famille, son propre salaire baisse. C'est quel-
« que chose de mathématique (1). »

Les ouvriers se faisaient donc faire concurrence par leurs propres enfants. Effectivement, là où on aurait payé un ouvrier cinq ou six francs, on se contentait d'avoir un enfant qu'on payait de un à deux francs, car le progrès industriel, aujourd'hui si avancé, ne demande plus de grandes forces physiques.

Enfin, on remarqua que les enfants de huit à douze ans travaillaient beaucoup pour leur âge et gagnaient fort peu. Ils ne s'étiolaient dans la fabrique qu'en attendant un âge plus avancé. Et ce n'est qu'à partir de douze ans, que leur travail pouvait devenir réellement utile à la famille (2).

Limite d'âge, durée du travail. — La limite d'âge qui était de huit ans, dans la loi de 1841, a été portée par la loi de 1874 à douze ans. Exceptionnellement, l'enfant peut être admis dans une fabrique dès qu'il a dix ans, pour les industries qui doivent être déterminées par un règlement d'administration publique (3).

(1) Discours de M. Testelin.

(2) Résultat de l'enquête.

(3) V. les règlements des 13 et 14 mars 1875.

La loi a eu raison de ne plus permettre le travail des ouvriers de huit à douze ans.

Dans cet intervalle, l'enfant se développera, il commencera son instruction, et il arrivera à la fabrique le corps plus formé, l'intelligence mise en éveil, dans des conditions de travail bien meilleures, que le pauvre ouvrier de huit ans, qui commençait dans une faiblesse et une ignorance complètes et avec un dur ennui, son long travail énervant, souvent mortel.

Douze ans même est un âge bien tendre. En Angleterre, la limite avait été reculée, presque à la même époque, à treize ans, et la durée du travail réduite à neuf heures.

M. Théodore Roussel demandait les mêmes limites.

A partir de douze ans, l'enfant peut être astreint à un travail de douze heures. Ce travail, quoique coupé par deux repos, est encore excessif. Si, aujourd'hui, les machines perfectionnées ne demandent pas une grande dépense de forces musculaires, il faut souvent beaucoup d'attention, une grande tension d'esprit qui fatigue le système nerveux, ce principal support du corps humain.

L'enfant, dans les populations ouvrières, est chétif, rachitique, étiolé, disait M. Roussel, en lui assurant un peu plus de repos, c'est lui assurer le meilleur capital : la santé.

En Allemagne, le *Gewerbeordnung*, loi industrielle de 1869, ne permet de 12 à 14 ans que six

heures de travail, dont trois d'école, et de 14 à 16 dix heures de travail, divisées par deux repos (§§ 61, 62, etc.).

On n'osa pas porter les choses si loin en France, M. de Melun, membre de la Commission d'enquête, fit observer qu'il y avait 600,000 familles d'ouvriers vivant du travail des enfants de douze à quatorze ans. Ces limites extrêmes pouvaient anéantir le bienfait de la loi. Ce n'est plus protéger les ouvriers, que de compromettre leur existence.

En deuxième délibération, on avait admis dans le projet le minimum de quatorze ans.

Les chambres de commerce ayant été consultées, cinquante-six sur soixante-dix-neuf émitrent un avis contraire à celui du projet.

L'interdiction complète et absolue de travailler avant treize ans, souleva des critiques générales (1).

On eut raison de s'en tenir là. Une transition trop brusque aurait amené un surcroît considérable de misère. L'Angleterre et l'Allemagne, pour arriver à ces mesures protectrices que les philanthropes leur envient, s'y sont prises à plusieurs fois. En Angleterre même, l'usage de ne recevoir dans les fabriques que des enfants de quatorze ans était devenu constant avant la loi.

Il arriva cette chose excellente, qui arrive par-

(1) Discours du ministre du commerce, séance du 19 mai.

fois dans ce pays, que les mœurs avaient devancé la loi.

Le travail est permis exceptionnellement de dix à douze ans. Les cas peu nombreux doivent être fixés par un règlement d'administration (1).

La durée du travail est de six heures divisées par un repos.

A quels ateliers la loi est-elle applicable?

Lors de la discussion, on demanda à excepter de la loi les ateliers où les enfants travaillaient à côté de leurs parents.

La surveillance des parents, disait-on, doit être une garantie suffisante, et s'ils approuvent le travail auquel l'enfant est soumis, c'est que ce travail ne présente aucun inconvénient pour lui (2).

Mais l'enquête avait constaté que la plupart des abus dont les enfants sont victimes, tiennent à la rapacité et à l'insouciance des parents, plus qu'à l'entraînement de la concurrence industrielle.

On voyait sans cesse dans les fabriques, des parents solliciter les patrons, induire même leur bonne foi en erreur, quant à l'âge de l'enfant, par la présentation de livrets falsifiés, tant était grand leur désir de tirer le plus tôt parti du travail de leurs enfants.

(1) Disc. de M. Deseilligny, ministre du commerce.

(2) Amendement et disc. de M. Ducarre.

Dans les fabriques, c'est le maître d'atelier, sur l'ordre des patrons, qui dirige le travail des enfants. Le père, soumis lui-même à l'autorité de ce maître, n'a aucune influence.

La responsabilité du patron se cacherait derrière celle du père, et la loi deviendrait une lettre morte. Donc, d'une manière générale, la loi s'applique à tous les ateliers, que les parents y soient présents ou non.

Parfois, le père travaille chez lui. Alors, l'apprentissage de l'enfant se fait dans la maison paternelle. *Son travail sera-t-il soumis aux règles de la loi, ou bien la loi doit-elle s'arrêter au seuil de la maison ?*

Nous n'hésitons pas à admettre que la loi sera applicable, même dans ce cas. L'enfant qui travaille chez son père n'en est pas moins ouvrier. La loi est générale, elle doit tâcher d'apaiser toutes les souffrances, de protéger tous les enfants.

Il serait étrange qu'un père, qui ne pourrait pas maltraiter son enfant, en le confiant à un patron étranger, pût le maltraiter en le gardant chez lui et en l'écrasant par un travail trop au-dessus de ses forces.

Toutes les fois que le père, au lieu d'être prévoyant et bon, se montre insouciant et inhumain, n'est-ce pas à l'Etat d'intervenir et de protéger ?

Cependant, on pourrait être tenté de soutenir le contraire, en s'inspirant des propres paroles de M. Ambroise Joubert :

« La chambre où le père de famille travaille avec ses enfants, ne peut être appelée atelier (1). »

De plus, on pourrait dire qu'on a entendu encourager l'apprentissage au foyer, apprentissage qui fera continuer à l'enfant la profession paternelle. Cette succession du travail produit les meilleurs résultats. Dès son plus jeune âge, l'enfant, habitué à la profession de son père, profite mieux de l'enseignement et le père lui transmet plus facilement son habileté.

Nous ne croyons pas qu'on doive s'arrêter à ces considérations. Elles n'atténuent en aucune façon les raisons que nous avons données. La loi est générale, elle s'applique à tous les enfants employés dans l'industrie, que cette industrie soit celle du père, qu'importe (2).

Pas de difficulté d'ailleurs, si le père dirige lui-même l'atelier et y fait travailler son enfant. Et nul doute que cet atelier ne soit soumis à la même surveillance et à la même loi que les autres.

C'est le travail sous toutes ses formes que la loi a entendu réglementer. Le travail agricole y est soumis comme le travail industriel. La loi ne parle, il est vrai, que de l'industrie. Mais son esprit et le but qu'elle se propose sont tels, qu'on ne saurait soustraire à cette loi, le travail agricole.

(1) Séance du 17 mai.

(2) Il y a, à Paris seulement, 65.000 ouvriers travaillant chez eux.
Séance du 17 mai 1874, M. Ducarre.

Ce travail, d'ailleurs, grâce aux machines, tend à devenir industriel dans une notable proportion.

Instruction obligatoire. — L'instruction obligatoire était dans la loi de 1841. De huit à douze ans, l'enfant était éloigné de la fabrique s'il ne recevait une instruction suffisante. A partir de douze, quelle que fût l'ignorance de l'enfant, il n'y avait plus aucune obligation d'aller à l'école.

Cette loi avait deux inconvénients. Etant donné que la famille peut avoir besoin du travail d'un enfant de huit à douze ans, ce que la loi avait admis, il paraît presque cruel de lui interdire tout travail à cause de son ignorance. On voulait obliger les parents à songer à l'instruction si nécessaire à l'enfant, mais il fallait songer que les parents qui ont tant besoin du travail des enfants, sont aussi les plus pauvres et qu'à cette époque surtout, l'instruction n'était pas gratuite.

D'autre part, la limite d'âge à partir duquel l'enfant n'était plus astreint à l'école obligatoire, était certainement trop basse.

La loi de 1874 fut mieux inspirée. Aux termes de cette loi : aucun enfant âgé de moins de quinze ans, ne peut travailler plus de six heures par jour, s'il ne va à l'école pendant deux heures.

Le travail de douze heures lui est permis à partir de douze ans, s'il reçoit l'instruction nécessaire.

Les deux heures d'école doivent être prises sur

la journée de travail, ce qui la réduit, pour la fabrique, à dix heures.

Les inconvénients de la première loi sont ainsi écartés, car, d'une part, les enfants ne sont pas totalement privés de toutes ressources, et on pourra, sur leur travail même, prélever la somme nécessaire pour l'école; d'autre part, l'instruction obligatoire est prolongée jusqu'à l'âge de quinze ans. L'enfant ne peut que gagner.

C'est de cette manière indirecte, que l'instruction obligatoire existe dans la loi française et s'impose à la classe nombreuse des ouvriers. On presse la famille dans l'intérêt de l'enfant et l'obligation à l'école paraît plus facile, car elle est récompensée par le gain plus élevé que peut faire l'enfant.

Nous l'avons déjà dit : la question de l'instruction obligatoire est avant tout une question de mœurs. Elle ne triomphera définitivement que lorsque les classes ouvrières se convaincront que, dans cette lutte du travail où toutes les nations sont engagées, la victoire appartiendra à celle qui aura le plus d'ouvriers intelligents et instruits.

S'il faut faire une part à la loi, il faut en laisser aussi une grande part aux mœurs.

Il y a des fabriques qui donnent d'excellents exemples. Le Creusot, entre autres, ne reçoit les enfants au travail qu'après une éducation complète. Il y a telles usines qui sont en avant du progrès le plus étendu qu'on puisse désirer (1).

(1) Disc. de M. Deseilligny, ministre du commerce. Séance du 19 mai.

Pour que la loi produise tous les bons effets qu'elle doit produire, il faut que les ouvriers la comprennent, qu'ils s'y soumettent volontiers. La bonne volonté des parents et des enfants est exigée, pour l'instruction plus que pour toute autre chose.

Ce qu'on emploie aujourd'hui dans les fabriques, c'est surtout l'adresse et l'intelligence de l'ouvrier. L'instruction lui est donc doublement nécessaire, car, en développant son intelligence, elle le met plus à même d'acquérir l'adresse qu'on exige de lui.

L'enfant ouvrier prouvera qu'il reçoit l'instruction nécessaire par des certificats de présence que lui délivrera l'instituteur de l'école primaire qu'il fréquente (art. 8 et 9).

Sanction et exécution de la loi.

La sanction de la loi est une amende de 16 à 50 francs pour chaque enfant indûment employé, sans que le total des amendes puisse dépasser 500 francs.

En cas de récidive, l'amende est de 50 à 200 fr. et le maximum auquel on peut être condamné, de 1.000 francs.

Dans l'un et dans l'autre cas, la peine est prononcée par le tribunal de police correctionnelle. (Art. 25, 26.)

La loi de 1874 s'est donc montrée plus sévère

que la loi de 1841. Elle augmente la peine considérablement et elle attribue au délit un caractère plus grave en le faisant juger, même s'il n'y a pas récidive, par le tribunal correctionnel.

En cas de récidive, le jugement de condamnation peut être rendu public. Le tribunal peut en ordonner l'insertion dans un ou plusieurs journaux du département. (Art. 27.)

L'exécution de la loi est assurée par la création d'une commission supérieure (art. 23), de commissions locales (art. 20) et d'un service d'inspection (art. 16) fait par des inspecteurs spéciaux.

Lors de la discussion de la loi, on combattit la création des inspecteurs, et l'on demanda que les infractions à la loi fussent constatées par les agents de la police judiciaire.

La loi de 1841 avait prévu aussi des inspections qui ne furent presque jamais faites. Les fonctions d'inspecteur étaient une sinécure que l'État rétribuait (discours de M. Giraud).

M. Ambroise Joubert répondit que par la loi, on entraînait dans une série d'améliorations incessantes au sort des enfants. Le but de la loi était de créer des moyens d'études comparatives sur une grande échelle. Il faut pousser les patrons à faire du bien, l'application de la loi doit être intelligente et exacte. La police judiciaire ne ferait que rechercher les contraventions et s'inquiéterait peu des autres questions, si importantes cependant pour la protection des enfants.

On dit avec raison que la présence du commissaire de police était un soupçon et qu'on méconterait l'industrie, si l'on introduisait, d'une façon presque permanente, le commissaire de police dans la fabrique.

C'était ouvrir la voie à des plaintes incessantes, à des récriminations amères et faire naître un véritable malaise, un véritable mécontentement dans l'industrie.

A ces raisons fort bonnes, on pourrait ajouter que la création des inspecteurs spéciaux n'entrave en aucune façon l'exercice du droit commun. Il nous semble que, s'il y avait flagrant délit, les agents judiciaires auraient le droit de le constater. (Art. 49, C. I. cr.). Si manifestement un patron employait un enfant de six ans, par exemple, on n'aurait pas besoin d'attendre l'arrivée de l'inspecteur ou d'un membre de la commission, pour dresser procès-verbal du fait. Il en serait de même si un enfant, même de douze ans, était employé dans une fabrique dont l'accès lui serait interdit comme insalubre ou dangereux. (Art 12. — Décrets des 13-14 mars 1875.)

Quel est le caractère du délit prévu par la loi ?

— En principe, il suffit que le fait matériel existe pour qu'il soit punissable. On n'a pas à rechercher l'intention coupable du patron. D'ailleurs, quelle aurait été ici cette intention coupable ? Faire du mal à l'enfant ? Personne n'y peut songer.

L'intention ne peut résider que dans une idée

de lucre et d'exploitation. Alors même que cette idée n'existerait pas, le fait n'en serait pas moins puni, on n'arriverait pas autrement à rendre la loi efficace, à protéger véritablement l'enfance.

Néanmoins, une exception existe : L'erreur est excusable, si elle est provenue de la production d'actes de naissance, livrets ou certificats falsifiés.

Cette exception est, croyons-nous, beaucoup trop large. Souvent elle servira à abriter le délit. On aurait pu, sans inconvénient, ne pas l'introduire. Il s'agit d'une infraction dans laquelle on punit la matérialité du fait et, certes, non la perversité du délinquant. La peine qu'on a dictée semble-t-elle trop grande? On aurait dû laisser alors le caractère de délit à l'infraction et ne punir que l'intention coupable.

En réalité, cette peine n'est pas trop grave si on songe au but que s'est proposé la loi. Mais, dit-on, la peine emprunte un caractère de gravité exceptionnelle à la circonstance qu'elle est prononcée par le tribunal correctionnel. Si cela est vrai, on n'aurait eu qu'à faire prononcer la peine par le tribunal de simple police, s'en tenir aux règles de la loi de 1841. Mais en quoi peut-on être plus compromis d'être cité devant un tribunal correctionnel, que devant un tribunal de simple police quand le délit est le même, quand la peine est la même?

Nos mœurs sont telles, que toujours, à côté de

la sentence du tribunal, il y a une sentence de l'opinion publique, et c'est là peut-être la plus grande sanction que les mœurs donnent aux lois. Croit-on que cette sentence de l'opinion publique, qui seule détermine la considération que la société doit encore avoir envers un condamné, variera selon le degré du tribunal qui juge ?

D'ailleurs, l'amende ne peut avoir le caractère déshonorant de la prison. On ne peut donc se réfugier derrière la gravité de la peine pour fonder l'exception.

Il serait injuste de frapper le patron, victime d'une erreur. Mais n'est-il pas aussi injuste de frapper celui qui, trompé par les apparences et sans aucune intention coupable, sans aucune idée d'exploitation, a laissé s'introduire un enfant dans sa fabrique, peut-être en définitive, pour venir en aide à sa misère ? Cependant la loi le frappe. Si l'injustice doit céder devant une grande utilité sociale, devant le grand besoin d'accorder une protection réelle à l'enfance et d'assurer l'avenir, pourquoi laisser ouverte une porte par laquelle la fraude puisse s'introduire ?

Les patrons pourront toujours s'abriter contre quelque livret ou quelque certificat falsifié. Et, s'il y a fraude de sa part, quel moyen aura-t-on de constater cette fraude ?

Les livrets et les certificats falsifiés avaient déjà cours sous l'empire de la loi de 1841, il y avait bon nombre de patrons dont la bonne foi était sur-

prise, peut-on certifier qu'il n'y en avait pas beaucoup, qui se laissaient facilement surprendre?

Cette exception est surtout dangereuse pour l'instruction obligatoire. Si le patron ne se contente pas de toute espèce d'acte, constatant l'âge de l'enfant, s'il se montre plus vigilant pour une constatation qui doit être faite une fois pour toutes, sa vigilance ne sera plus la même pour les certificats constatant la présence à l'école, présence qui doit être journalière.

Sa bonne foi, que la loi ne tient pas assez en éveil, se laissera peut-être facilement surprendre.

Aussi, malgré la considération d'équité qu'on a fait valoir, nous croyons que cette exception constitue pour la loi un véritable danger.

La loi de 1874 est néanmoins une excellente loi. Le progrès qu'elle a réalisé est très-grand. Elle s'est montrée à bon droit soucieuse de l'avenir. Elle a tâché de concilier tous les besoins. Tant qu'il a été en son pouvoir, elle a assuré la santé et l'instruction des enfants. Elle a permis le travail à un âge assez tendre pour que l'enseignement professionnel n'ait pas à souffrir, et elle n'a pas privé la famille du travail de l'enfant, lorsque ce travail peut devenir utile. Si elle n'est pas allée plus avant dans la bonne voie, c'est que dans l'état actuel elle ne l'aurait pu sans injustice, sans augmenter la misère. Il reste certes encore beaucoup à faire, mais c'est aux mœurs à terminer l'œuvre incomplète de la loi. La question du travail des

enfants est une question capitale, elle intéresse la famille et l'Etat, le présent et l'avenir. Question de morale pour le présent, car on ne peut tolérer cet abus de la faiblesse, question d'utilité pour l'avenir, car il faut assurer à la France des ouvriers qui la fassent triompher par le travail, qui est le progrès et la liberté, et des soldats qui, au besoin sachent mourir pour elle.

SECTION II

DROITS DES PARENTS

CHAPITRE PREMIER

DROIT DE GARDE

Pour arriver à son but, l'éducation de l'enfant, la loi accorde au père un double droit : le droit de garde, le droit de correction.

Le père doit à l'enfant, protection et éducation, l'enfant doit à son père obéissance.

L'enfant a son domicile d'origine fixé par la loi elle-même chez ses parents. Son père a le droit de le garder et de fixer sa résidence. Cette résidence sera la maison paternelle, la pension, le couvent ou tout autre lieu que le père fixera. Quelle qu'elle soit, l'enfant ne pourra la quitter que du consentement de son père. Telle est la règle des articles 372 et 373. A cette règle il y a une exception. L'enfant âgé de vingt ans peut quitter la maison paternelle pour engagement volontaire (1). Cette règle était connue ancienne-

(1) Le Code avait fixé l'âge de dix-huit ans, mais la loi du 22 juillet 1872, sur le recrutement de l'armée, reproduisant les dispositions de la loi de 1832, sur l'engagement volontaire, décide que l'enfant ne pourra pas s'engager, sans le consentement de ses parents, avant l'âge de vingt ans (art. 46).

ment, et Pothier dit que, dans ce cas, l'intérêt public l'emportait sur celui du père.

Si l'enfant s'est échappé de la maison paternelle ou de celle qui lui en tenait lieu, le père peut employer la force et lui faire réintégrer la résidence qu'il lui a assignée *manu militari*.

L'enfant ne peut être retenu en aucune façon, contre la volonté de son père. Le père aura toujours le droit de le réclamer à un tiers qui le détient. Notamment, il a été décidé que l'enfant ne saurait servir de gage pour le non-paiement de la pension dans une maison d'éducation (1). En effet, l'enfant ne peut être soumis à un droit de rétention, qui ne se comprend que des choses. Une décision contraire serait attentatoire à la liberté de l'enfant et au respect de l'autorité paternelle (2).

Quelle sera la procédure à suivre en pareil cas? Une simple ordonnance sur requête du président suffira. En effet, le titre du père est incontestable, il est dans la loi même. S'il y a urgence, et il y aura toujours urgence, si l'enfant est arbitrairement retenu, le président rendra son ordre par voie de référé.

La même décision doit être donnée pour le cas où l'enfant serait retenu plus ou moins volontairement dans une maison religieuse. Même si au-

(1) Cour de Paris, 1831, aff. Bell., *Journal du Palais*.

(2) Chardon, t. II, p. 23; Demol., *Puiss. patern.*, 280.

cune violence n'est faite à l'enfant, la détention n'en est pas moins arbitraire. L'autorité du père est méconnue, et le père a droit de la faire respecter.

CHAPITRE II

DROIT DE CORRECTION

Le droit de correction est la sanction de l'autorité paternelle.

Il ne faut pas entendre, par droit de correction, ces punitions légères que les parents administrent à leurs enfants dans l'intérieur de la famille. Il y a ici intervention de l'autorité. C'est le père qui demande, mais c'est l'État qui administre la peine. Ce ne sont plus des enfantillages ou des peccadilles qu'on punit, ce sont des manquements graves, qui peuvent compromettre la dignité de la famille.

Que le droit de correction existe dans une certaine limite, c'est juste. Mais, tel qu'il a été organisé par le Code, il est critiqué avec raison, on a trop craint de ne pas compromettre l'autorité paternelle, on n'a pas assez songé que, si l'enfant était coupable, il n'était pas un malfaiteur, que s'il méritait d'être châtié, le châtiment qui consiste à l'enfermer avec des voleurs était excessif et immoral.

Le droit intermédiaire organisa le premier l'exercice de la correction du père.

Dans une loi du 24 août 1790 (art. 15-16), l'Assemblée constituante avait décidé l'institution d'un tribunal de famille. Le père, la mère ou le tuteur exposait sa plainte à ce tribunal. Un véritable débat s'engageait. Le tribunal de famille rendait une décision, il pouvait rejeter la plainte ou l'admettre, et condamner l'enfant à une peine plus ou moins grave. La décision était soumise au président du tribunal, qui pouvait en ordonner, tempérer ou refuser l'exécution.

Lors de la discussion du Code, au Corps législatif, M. Réal exposa les inconvénients de cette loi dans les termes suivants : « Cet ordre de choses est inconvenant, inefficace. Il crée un procès entre le père et le fils, procès que le père ne peut perdre sans compromettre son autorité. Il n'établit aucune nuance relativement à l'âge et à la situation de l'enfant. »

Tout en conservant le droit de correction, on voulut le mettre plus en harmonie avec la dignité du père. Mais ce ne fut qu'après de longues et difficiles discussions qu'on tomba d'accord sur les règles qui figurent au Code (1).

Le père peut exercer son droit de correction *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

1° *Par voie d'autorité*. — C'est lorsque le père

(1) Maleville, t. I, p. 390 et suiv.

exerce son droit souverainement, seul il apprécie la culpabilité de l'enfant, seul il ordonne la correction. Cette correction consistera dans une détention qui ne peut excéder un mois.

Il est vrai que l'enfant ne sera mis en prison que sur l'ordre du président du tribunal. Mais le président devra délivrer l'ordre au père, qui le demande.

Il n'intervient que pour mettre la force publique aux ordres du père de famille, et, ainsi que le dit M. Demolombe, pour légaliser sa volonté. Celui qui donne la sentence est le père (art. 376). On a considéré que peut-être, le père avait des raisons pour tenir cachés les motifs qui le forcent à infliger à son fils la honte de cette punition, et, on n'a pas voulu le contraindre à les dévoiler. Lorsque l'enfant est dans un âge si tendre, on s'en remet surtout à la bonté et à la tendresse du père.

Plusieurs conditions sont nécessaires, pour que la voie d'autorité puisse être employée. Il faut que l'enfant ait moins de seize ans (376), que le père ne soit pas remarié (380), que l'enfant n'ait pas de biens personnels, qu'il n'exerce aucun état. Il faut, de plus, que le père ait eu un sujet de mécontentement grave (375). Ce mécontentement grave est laissé complètement à l'appréciation du père. Tout dépendra de son caractère, de l'affection qu'il a pour l'enfant. Néanmoins, si l'enfant est dans un âge si tendre, que, raisonnablement, il n'a pu provoquer ce mécontentement grave que la loi exige, le président peut refuser l'ordre d'ar-

restation. Il a à cet égard un pouvoir d'appréciation, car ce serait une chose cruelle et ridicule de faire conduire en prison un enfant de trois ans (1).

2° *Par voie de réquisition.* — Si l'enfant a plus de seize ans, s'il a des biens personnels ou un état, ou si le père s'est remarié, le droit de correction ne peut s'exercer que par voie de réquisition. Le père n'est plus le juge souverain de son enfant. Il s'adresse au président du tribunal et le président intervient pour examiner la demande, pour peser les griefs. Ici le pouvoir du président est grand, après avoir pris l'avis du procureur de la République, il peut refuser de délivrer l'ordre d'arrestation ou abrégé la durée de l'arrestation. En aucun cas il ne peut l'augmenter, la loi laisse toute latitude à l'indulgence paternelle. D'ailleurs il est de principe, que le juge ne peut pas accorder plus qu'on ne demande.

Nous avons énuméré les différents cas où le père ne peut agir que par voie de réquisition. On conçoit la différence entre l'enfant âgé de plus de seize ans et celui âgé de moins de seize ans. En effet, dans un âge très-tendre, la faiblesse même de l'enfant le protège, il ne peut entrer dans l'esprit du père, l'ombre d'une vengeance. A un âge plus avancé, l'enfant peut avoir froissé son père, un ressentiment, mauvais dans le cœur d'un père, pourrait le pousser à une répression trop prompte. L'impartialité du président du tribunal appréciera

(1) Demante, *Cours de Dr. C.*, t. II, p. 183.

la valeur des raisons invoquées par le père. Les précautions de la loi sont bonnes et sages.

Le Code redoute, et avec raison, l'influence d'une seconde femme. Le père qui se remarie altère dans ce second mariage, l'affection qu'il a pour les enfants du premier mariage. « On ne voit que trop souvent, dit M. Duranton, une belle-mère se prévenir contre l'enfant d'un premier lit, et faire d'un mari faible et aveugle l'instrument docile de ses inimitiés. »

Mais, si cette femme vient à mourir, le père recouvre-t-il l'autorité telle qu'il l'avait avant d'avoir contracté le second mariage ? Les jurisconsultes sont à cet égard divisés. La loi, disent les uns, n'a plus aucun motif de se montrer défiante. La cause de cette défiance a cessé. Voilà le père aussi libre qu'avant le mariage. Le texte même de l'article 380 semble confirmer cette interprétation en disant : *le père qui est remarié.*

Cette opinion pêche par sa base même. La cause cesse, l'effet doit cesser, dit-on. Mais est-il vrai que la cause cesse ? La seconde femme est morte, mais son influence peut rester vivante. La froideur que, peut-être, elle a su jeter dans le cœur du père pour ses premiers enfants, ne disparaît pas de sitôt. C'est de cette froideur du père, de cette altération de la tendresse paternelle, que la loi s'est défiée, et elle peut exister encore. Ceci sera d'autant plus vrai s'il y a des enfants du second mariage. Au milieu de leurs querelles et de leur ja-

lousie, le père souvent ne serait pas un juge impartial.

Un droit, une fois éteint, ne peut plus revivre qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. Où trouverait-on cette disposition ?

Quant à l'argument de texte qu'on nous oppose, l'interprétation littérale de ces mots : *si le père est remarié*, nous paraît être trop contraire à l'esprit évident de la loi pour qu'elle puisse être exacte (1).

Venons maintenant au troisième cas, où le droit de correction ne s'exerce que par voie de réquisition. C'est lorsque l'enfant a des biens personnels ou qu'il exerce un état. L'enfant qui exerce un état, c'est celui qui a un emploi lucratif quelconque. Cette restriction en faveur de l'enfant qui travaille, se conçoit. Il ne faut pas que la colère et même la justice du père lui fassent perdre son gagne-pain.

Mais comment expliquer la restriction relative à l'enfant qui a des biens ? Cet enfant mérite-t-il donc une plus grande faveur que celui qui n'a rien ? Pour justifier cette restriction, Cambacérès donnait un motif absolument faux. Il disait au Conseil d'État « que si l'enfant a pour père un « dissipateur, il est hors de doute que le père « cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du

(1) V. en ce sens, Demol., t. I, 324, et les autorités citées par cet auteur.

« refus de l'enfant, qu'il lui fera acheter sa « liberté. » Ces raisons étaient admises sans aucun contrôle par M. Réal dans son exposé de motif et par M. Vésin au Tribunal. C'était commettre une erreur incompréhensible. Pour faire des sacrifices, il faut être capable, et l'enfant ne l'est pas. Soumis à la puissance paternelle, il n'a pas l'administration de ses biens, il ne peut ni s'obliger, ni aliéner. L'obligation qu'il aurait contractée, l'aliénation qu'il aurait consentie à son père auraient été absolument nulles. Les dangers signalés ne peuvent jamais exister. On a voulu cependant trouver une explication un peu plausible, et l'on a dit, qu'il est vrai que l'enfant ne serait pas obligé civilement, mais qu'il pourrait se croire obligé moralement.

Ce motif n'est pas meilleur.

Comment cet enfant se croirait-il obligé moralement si le consentement lui a été arraché par la violence? Si, au contraire, son consentement a été libre, qui pourrait l'empêcher de le ratifier à sa majorité et d'exécuter l'obligation?

Quelle est la durée possible de la détention, quand le père agit par voie de réquisition? — La loi ne s'est expliquée que sur un seul cas. Si l'enfant a plus de seize ans, le père peut demander un emprisonnement qui peut aller jusqu'à six mois. C'est ce que décide l'art. 377.

Cet article doit-il être étendu aux deux autres cas? C'est l'opinion de certains auteurs. Les arti-

cles 380, 381 et 382 qui traitent des cas où l'enfant, bien qu'agé de moins de seize ans, ne peut être puni que par voie de réquisition, se réfèrent à l'art. 377. Le renvoi qu'ils contiennent les relie à ce dernier article, de sorte qu'on peut dire qu'ils ne font qu'un seul et même corps. Le maximum restreint à un mois est, dit-on, motivé par la crainte que le père qui agit tout seul, n'abuse de son autorité. Cet abus n'est pas à craindre lorsque le père agit sous le contrôle du président.

Telle n'est point notre opinion. La loi nous semble établir ce principe : l'enfant âgé de moins de seize ans ne peut être puni par un emprisonnement de plus d'un mois, l'emprisonnement de l'enfant âgé de plus de seize ans peut aller jusqu'à six mois (376-377). Quelle sera la procédure à suivre ? c'est une autre question. Elle est déterminée selon les cas, mais elle ne saurait avoir aucune influence sur la durée de la détention. Les exceptions des art. 380, 381 et 382 sont favorables à l'enfant, il serait étrange qu'on puisse les tourner contre lui. On comprend parfaitement ce système qui fonde la différence de durée sur la différence d'âge, mais on ne comprend pas que là où la loi a voulu se montrer indulgente, l'interprétation vienne introduire une sévérité, qui n'aurait aucune raison d'être. Les exceptions qui ont voulu restreindre l'autorité paternelle bien certainement n'ont pas voulu l'étendre aussi.

Droit d'appel de l'enfant.

L'enfant âgé de moins de seize ans à l'égard duquel le père agit par voie d'autorité, n'a aucun recours contre la décision de son père. Au contraire l'enfant, qui ne peut être puni que par voie de réquisition, peut faire appel de la décision qui le condamne. Il peut adresser un mémoire au procureur général près la Cour d'appel. Celui-ci, après informations prises, en réfère au président de la Cour qui pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal (382).

Ce droit d'appel est établi au profit de *l'enfant détenu*, ce qui montre que l'appel ne serait pas suspensif. C'est de sa prison que l'enfant adresse le mémoire. Le pourvoi ne suspend pas l'ordre d'arrestation, disait M. Vesin dans son rapport au Tribunal. On a voulu de cette façon éviter tout débat judiciaire entre le père et l'enfant. Ce débat eût été un scandale et n'aurait fait que compromettre l'autorité paternelle.

Nous avons dit que le droit d'appel existait au profit de tout enfant, qui ne peut être puni que par voie de réquisition. Cette solution n'est pas admise par tous les auteurs. L'art. 382 ne l'accorde, dit-on, que d'une manière restrictive au cas où l'enfant a des biens personnels ou un état. On ne saurait dès lors l'étendre. Cambacérès qui fit introduire ce droit d'appel ne le proposa que

comme une nouvelle précaution à prendre au cas où l'enfant aurait une fortune à lui (1).

Il n'y a aucune raison, croyons-nous, pour distinguer entre les enfants riches et les autres. Ce droit d'appel existe, il doit être le même pour tous. C'est une protection de plus, il faut l'accorder à tous ceux que la loi a cru devoir protéger. Nous ne saurions nous enchaîner par une interprétation trop judaïque et le motif de Cambacérès n'est qu'une erreur, nous l'avons montré.

D'ailleurs, la rédaction du texte est absolue et ne fait aucune différence. Si la règle se trouve dans l'art. 382, c'est qu'elle a été ajoutée après coup et, à moins d'en faire un article spécial, on n'aurait pu lui trouver une meilleure place.

De plus, l'appel est de droit commun. C'est un des principes fondamentaux de l'organisation judiciaire. Rien de plus naturel, que la décision du président du tribunal soit portée en appel devant le président de la Cour. L'appel existe au profit de tous ceux qui sont condamnés. En décidant ainsi, on est dans les principes du droit commun, ce doit être là un argument péremptoire (2).

La faveur que la loi montre à l'enfant ayant une fortune personnelle, repose certainement sur une erreur. Cambacérès persistant dans cette er-

(1) Loqué, t. VII, *Puiss. pat.*

(2) Du Caurroy, Bonn. et Roust., I, 560.

reur demandait dans la faculté de l'appel une protection encore plus efficace de l'enfant riche. Mais le Tribunal était d'avis de supprimer la partie de l'article accordant cette faculté, car rien, à son gré, ne pouvait empêcher tout enfant détenu d'adresser un mémoire au procureur général. Le conseil d'Etat maintint la disposition spéciale relative à l'appel, mais il la compléta. Il organisa un véritable mode de recours en détachant cette disposition du corps de l'article où Cambacérés l'avait placée, et en faisant un paragraphe à part (1), par conséquent une disposition distincte et générale.

Du conflit qui peut s'élever entre le père et le président.

Le père n'a pas le droit d'appel. Lorsque le père agit par voie de réquisition, le président peut réduire ou refuser la demande. On ne pourrait pas, s'autorisant du droit commun, reconnaître au père le droit d'appeler la décision du président, car nous nous trouvons dans une matière que la loi a réglée d'une manière exceptionnelle.

Mais il peut se faire que le père prétende qu'il a le droit d'agir par voie d'autorité, que le président, au contraire, qu'il ne peut agir que par voie de réquisition. Comment sera réglé ce conflit ?

(1) Demol., t. VI, *Puiss. patern.*, 285.

L'affaire devra alors être portée devant le tribunal, et comme le président ne saurait être l'adversaire du père, on nommera à l'enfant un tuteur *ad litem*. Il est évident qu'alors on suivra la procédure de droit commun, que la sentence sera susceptible d'appel et même, selon les cas, d'un recours en cassation. D'ailleurs, la question ne s'est pas présentée et ne se présentera pas. On conçoit difficilement un père qui veuille à tout prix se faire reconnaître le droit d'agir, par voie d'autorité, pour arriver à punir son enfant. Sa tendresse sera plus grande que son ressentiment momentané.

Règles communes à la voie d'autorité et à la voie de réquisition.

Quelle que soit la manière dont il agisse, le père est toujours maître d'abrégier la durée de la détention par lui requise (379-1^o).

Il doit s'inspirer toujours du sentiment de justice pour punir, il peut toujours s'inspirer de sa tendresse pour pardonner. Et souvent le pardon vaut mieux que le châtement.

Il n'y aura aucune écriture, aucune formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre d'arrestation, et cet ordre sera muet sur les motifs (378). On a voulu avec raison que cette punition douloureuse, que ce passage à travers la prison, presque une flétrissure pour l'enfant, laissât le moins de traces

possible. « Eterniser le souvenir de ces erreurs, de ces faiblesses de la jeunesse, disait M. Réal, ce serait marcher directement contre le but qu'on se propose et de ces punitions qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner les tourments de l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie. »

Comment accomplira-t-on le vœu de la loi ?

En faisant le moins de formalités possible, en agissant de sorte que l'arrestation soit tenue secrète et laisse peu de traces, il est néanmoins des formalités qui seront indispensables. L'ordre qui va ouvrir les portes de la prison sera remis au père, s'il peut tout seul l'exécuter, rien de mieux, mais s'il est forcé de s'adresser à la force publique, il y aura arrestation de l'enfant par un agent, et dès lors procès verbal nécessaire. De même, nul directeur de prison ne peut recevoir un prisonnier, sans le soumettre à la formalité de l'écrou. Mais on obéira au vœu de la loi en ayant des registres spéciaux pour ces corrections et en ne confondant pas l'enfant parmi les malfaiteurs. On ne saurait assez songer à éviter à l'enfant tout contact malsain, à perdre ainsi ce qui peut rester bon en lui. Envoyer l'enfant en prison, disait Lebrun, c'est l'envoyer au crime. Lebrun avait raison. Aujourd'hui on ne pratique guère que le système cellulaire. C'est le seul remède, et il est bon. Le meilleur serait d'avoir des

maisons de correction à part, qui n'aient rien de commun avec la prison.

Le droit de correction du père n'y perdrait rien, et l'enfant gagnerait à ne plus traîner après lui toute sa vie ce souvenir d'avoir été écroué dans un registre de prison. Dans une maison spéciale de correction on songerait un peu plus à l'éducation de l'enfant. Dans la prison il n'est que puni, dans ces maisons, il pourrait être réellement corrigé et devenir meilleur.

Certains gouvernements sont entrés dans ces vues. Un décret du 30 septembre 1807 autorise les dames charitables, dites du Refuge de Saint-Michel, à recevoir dans leur maison les jeunes filles qui leur sont envoyées par leurs familles, dans les conditions présentées par le Code. Ce décret est encore en vigueur.

Il n'y a pas de maison de détention spéciale pour les jeunes garçons, et la peine imposée par le père de famille se fait à la Roquette.

En mettant son enfant en prison, le père ne peut pas se soustraire à l'obligation de l'entretenir. L'art. 378-2^o décide que : « le père sera tenu de souscrire une soumission, de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables. » La rédaction équivoque de l'article a donné lieu à une difficulté. Le père doit-il fournir par avance les aliments, ou n'est-il tenu que de souscrire une soumission de les payer ?

On soutient que le père est tenu de faire l'a-

vance des aliments en se fondant sur ce qui avait lieu dans la contrainte par corps. Le créancier qui faisait emprisonner son débiteur, devait consigner à l'avance une somme nécessaire pour l'entretien du prisonnier pendant un mois (791 C. p.)

Nous rejetons cette interprétation. Elle est contraire à la ponctuation grammaticale de l'article, et il faut vraiment la chercher beaucoup pour la trouver. Elle est nuisible, car elle pourrait mettre le père pauvre ou gêné momentanément, dans l'impossibilité d'exercer son droit de correction. Enfin, il résulte des travaux préparatoires que jamais on n'a entendu, que le père fût soumis à une avance quelconque (1).

Si l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, le père pourra de nouveau user de son droit de correction (379-2^o). Ce droit, un des éléments de la puissance paternelle, doit durer aussi longtemps que cette puissance, et doit pouvoir s'exercer aussi souvent qu'il est besoin.

Dans le cas de récidive, le père pourra-t-il encore agir par voie d'autorité? Selon M. Demante, la voie d'autorité est dans ce cas interdite au père. Cette seconde détention est plus grave, elle demande plus de garanties. Le président pourra donc refuser de délivrer l'ordre d'incarcération, si le père ne lui justifiait pas de nouveaux écarts (2).

Nous ne croyons pas devoir admettre cette opi-

(1) Fenet, t. 10, p. 479. En ce sens Dem., t. 2, p. 184, n^o 123.

(2) Dem., t. 2, p. 185, n^o 124.

nion, les mots, nouveaux écarts, employés par l'art. 379-2^o ont la même portée que les mécontentements graves de l'art. 375. Le président qui n'est pas appelé à apprécier ces mécontentements graves, lorsque le père exige une première détention, ne doit pas pouvoir le faire lorsqu'il s'agit de récidive.

Il est hors de doute, que, même lorsqu'il y a eu récidive, le père conserve le droit de pardonner. On ne saurait lui enlever le plus bel attribut de sa puissance.

CHAPITRE III

DROITS DE LA MÈRE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT

L'association de la mère à la puissance paternelle est l'œuvre du christianisme. Le christianisme changea complètement l'antique conception de la famille. La famille romaine n'est fondée que sur la volonté du père, la famille chrétienne sur le devoir mutuel. L'intérêt du chef primait tout dans la famille ancienne, l'intérêt de l'enfant doit être seul considéré dans la famille moderne.

Le christianisme éleva la femme.

En se montrant l'égale de l'homme dans le martyre, elle conquiert l'égalité dans les droits. La religion nouvelle dont le génie était le dévouement et

la tendresse devait mieux comprendre le rôle de la mère.

Les épîtres de saint Paul, de saint Jérôme, de Tertullien, de tous les pères de l'Église, abondent en citations, et toujours on y voit dominer l'esprit d'égalité entre le père et la mère. « Le même devoir tient asservis les deux époux, » dit saint Jérôme.

N'ayant en vue que l'intérêt de l'enfant, on avait dû admettre le devoir, et par conséquent le droit de la mère.

Cette puissance de la mère, fondée sur l'affection, sur les soins qu'elle donne à ses enfants, se développa de plus en plus et finit par atteindre le niveau de la puissance paternelle.

Aujourd'hui au point de vue des mœurs et des lois le titre de mère est le plus beau auquel une femme puisse aspirer.

C'est celui qui lui donne le plus de droits.

La mère a droit au même respect que le père. Comme lui, elle a le droit de consentir au mariage de ses enfants. Mais en ce qui concerne ce droit, si les deux parents sont vivants, le consentement de la mère est subordonné à celui du père. La mère doit être consultée, mais qu'elle consente ou non, la volonté seule du père l'emportera.

On a dit, il faut de l'unité dans la direction de la famille, et on assure cette unité en donnant la prépondérance à la volonté du père.

Cet argument ne nous touche guère. La mère se dévoue autant à la famille que le père, elle doit avoir le même droit.

Au point de vue du bonheur de l'enfant, il n'y a pas de droit plus grand que celui de consentir au mariage. Le rôle de la mère se réduit à rien. Elle et l'enfant seront subordonnés à la volonté du père. Si cette situation ne présente que peu d'inconvénients en ce qui concerne le fils, elle en présente beaucoup pour la fille. Bien plus souvent, on marie la jeune fille qu'elle ne se marie. Ce mariage, c'est le père qui le fait à sa guise, à sa volonté. Il tiendra le compte qu'il voudra des observations de la mère, mais ces observations, quel que soit leur fondement, n'auront aucune sanction.

Il y a certainement des pères qui tiendront compte de l'intelligence, du caractère, des sentiments de leurs enfants, mais combien d'autres sacrifieront tout à une dot ou à un établissement avantageux.

Mais, dira-t-on, le mariage est libre et nul ne se marie qui ne veut. C'est vrai, mais dans une certaine limite seulement et quand la volonté du père pèsera de toute sa force sur celle de la jeune fille, elle la ploiera facilement.

Or, c'est dans l'autorité aussi grande de la mère qu'on doit chercher à contre-balancer la puissance du père.

Si la mère avait le même droit, elle serait autorisée à résister au nom du bonheur de l'enfant. Et

nous ne voyons aucun inconvénient à ce qu'au père qui prend tant de peine pour les intérêts matériels de la famille, on puisse opposer la mère qui comprendrait mieux le bonheur. La mère connaît mieux son enfant, car il lui a été, par l'éducation, par la vie qu'ils ont menée, bien plus intimement liées. Bien souvent elle est l'amie de sa fille. Elle prendra un peu plus de souci des véritables convenances qui ne sont pas toujours celles du monde.

La mère n'est-elle pas la protectrice naturelle de son enfant ? On ne saurait donner une extension assez grande à ce droit de protection (1).

Le Code lui-même nous présente le tableau d'une égalité parfaite entre le père et la mère, en ce qui concerne les attributs de la puissance paternelle. La mère a exactement les mêmes droits que le père et si, pendant le mariage, elle n'en a pas l'exercice, elle a néanmoins un droit d'intervention, qu'elle peut rendre très efficace en s'adressant aux tribunaux.

De plus, en ce qui concerne l'adoption de l'enfant, son consentement est aussi nécessaire que celui du père. Pourquoi en est-il autrement pour le mariage quand il s'agit d'une question au moins tout aussi grave que l'adoption ?

Quelque mauvaise et inexplicable que soit cette disposition, elle existe en termes formels au Code et tous les jours elle est mise en pratique.

(1) V. *Histoire morale des femmes*, par E. Legouvé, de l'Académie française.

Quand la mère exerce-t-elle la puissance paternelle ?

Pour que la mère exerce la puissance paternelle il faut que le père soit mort ou dans l'impossibilité de l'exercer lui-même.

Quelle que soit d'ailleurs cette impossibilité, la puissance paternelle doit passer à la mère. Certains jurisconsultes se fondant sur l'interprétation littérale des art. 373 et 381 ont soutenu que, en aucun cas, tant que dure le mariage, la mère ne peut participer à la puissance paternelle. La loi ne l'attribue qu'à la mère survivante (1).

Cette interprétation ne saurait être admise. Un grand nombre des dispositions du Code placent l'enfant sous l'autorité de ses père et mère.

Le droit de la mère résulte de son devoir. En lui imposant celui d'entretenir et d'élever l'enfant (204), la loi l'associe à la puissance paternelle.

Si ce droit existe dans la personne de la mère, et nul ne peut le contester, quelle bonne raison peut s'opposer qu'on n'ait pas recours à elle pour mettre en pratique l'autorité paternelle lorsque le père est empêché ?

L'art. 141 du Code fournit à notre système un argument décisif. « Si le père a disparu laissant
« des enfants mineurs, issus d'un commun ma-
« riage, la mère en aura la surveillance et elle
« exercera tous les droits du mari quant à leur

(1) Prond., II, p. 244.

« éducation et à l'administration de leurs biens. »

Cette interprétation est conforme à l'ancien droit. Pothier disait : « La mère peut exercer la puissance quand le père est *en état de démence* ou absent. »

Qu'il y ait donc impossibilité physique, telle que l'absence du père, ou impossibilité morale, telle que l'interdiction ou la déchéance prononcée en vertu de l'art. 355 du Code pénal, la mère seule remplacera le père dans l'exercice de l'autorité dans la famille (1).

Il en serait ainsi lors même que le père n'a pas été interdit, mais placé seulement dans une maison d'aliénés, aux termes de la loi de 1838. Il y a dans ce cas impossibilité légalement constatée, mais il faut s'arrêter là et on ne peut écouter la mère alléguant l'affaiblissement des facultés intellectuelles de son mari pour se faire attribuer l'exercice de l'autorité paternelle.

Si on franchissait cette limite, trop d'abus seraient possibles, dit M. Demolombe.

L'éloignement momentané du père ne serait pas non plus suffisant pour faire donner à la mère l'exercice de la puissance paternelle. Mais si cet éloignement doit se prolonger pendant un certain temps, la famille ne peut rester sans direction et sans autorité et c'est à la mère qu'elles reviennent.

(1) Demol., t. II, n° 299; M. Valette, Notes sur Proudhon; Aubry et Rau, t. IV. p. 603.

Le voyage du père dans un pays étranger le mettant dans l'impossibilité d'exercer son autorité, la mère doit avoir tous les attributs de la puissance paternelle (1).

Droit de correction exercé par la mère.

La mère a sur la personne de l'enfant, les mêmes droits que le père : droit de garde, droit d'éducation et droit de correction.

Les deux premiers, elle les exerce comme le père lui-même.

Son droit de correction est subordonné à des conditions spéciales. Elle ne peut agir que par voie de réquisition, et ne peut faire détenir l'enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels (381).

La loi s'est montrée défiante envers la mère. A bon droit, dit-on, car la mère peut se montrer prompte à condamner, à tort, croyons-nous. L'exercice du droit de correction, par voie d'autorité, est mauvais en principe. Il n'est jamais bon que le père soit juge et partie. Cet inconvénient n'existe pas pour la mère.

On aurait pu ne lui permettre de punir l'enfant que par voie de réquisition, mais pourquoi exiger encore le consentement des deux plus proches parents du père ? En fait, l'exercice du droit de correction est rendu presque impossible entre les mains de la mère.

(1) *Contra*, M. Demolombe, *loc. cit.*

S'inspirant de l'esprit de la loi, on décide généralement que, s'il n'y a pas de proches parents du père, on peut s'adresser à des parents plus éloignés et même à des amis.

Le président du tribunal doit avoir un pouvoir d'appréciation très-large pour examiner si la mère a voulu faire fraude à la loi, ou si elle a été forcée d'agir ainsi afin que son droit de correction ne soit pas entravé.

Proudhon a enseigné que, s'il n'y avait pas du tout de parents paternels, ce fait rend impossible, pour la mère, l'exercice du droit de correction (1).

Zachariæ était d'un avis opposé. La mère rentre dans la plénitude de ses pouvoirs, elle peut demander toute seule la détention de l'enfant (2).

Dans une opinion intermédiaire, qui est suivie par MM. Demante, Demolombe, Valette et Aubry et Rau, on enseigne qu'il convient de remplacer les parents paternels par deux amis ou deux alliés du père (3).

Le sentiment de Zachariæ nous semble préférable.

On ne peut, sans injustice, enlever le droit de correction de la mère. Ce serait amoindrir son autorité, lui enlever toute sanction, ce serait mé-

(1) T II, p. 247.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 368.

(3) Demol., t. VI, p. 276.

connaître son droit, et méconnaître aussi l'intérêt de l'enfant.

On s'adresse, dit-on, à des alliés ou à des amis qui remplaceront les parents dont la loi parle.

Sur quoi se fonder pour décider ainsi? On invoque l'esprit de la loi.

Mais quel est-il? Si la loi, croyons-nous, a demandé qu'on s'adresse aux deux plus proches parents du père, c'est qu'il y a, entre ces parents et l'enfant un lien puissant. Ils portent le même nom, il y a une solidarité d'honneur dans la famille. Les parents s'opposeront donc à ce que l'enfant soit envoyé légèrement en prison. L'intérêt, l'affection qu'ils portent à l'enfant, sont des garanties qu'ils examineront avec attention la demande de la mère.

Cette confiance, la loi la limite aux parents. L'étendre aux alliés et aux amis serait arbitraire. On n'est plus dans l'esprit de la loi, car il n'y a pas entre l'enfant et les amis de son père, aucune solidarité de famille, et, le plus souvent, ces amis ne porteront à l'enfant aucun intérêt.

Quels seront ces amis? Qui les désignera?

Il n'y a aucune garantie sérieuse, car la mère pourrait s'adresser à la première personne qui avait eu des relations avec le père, et prétendre que c'est un ami. Qui pourrait dire le contraire?

Devra-t-on, pour éviter cet inconvénient, ne s'adresser qu'aux membres du conseil de famille?

Sur quoi se fonderait-on pour imposer cette restriction ?

Le conseil de famille est un être moral, qui ne doit agir qu'en tant que conseil. De quel droit irait-on créer une nouvelle attribution pour deux de ses membres.

Mais le juge de paix pourrait désigner parmi les amis du père.

Alors on soumet le droit de la mère à une nouvelle restriction qui n'est pas dans la loi, et on crée une nouvelle difficulté pour l'exercice du droit de correction, on vous le rend impossible, car la répression, pour être juste et efficace, doit suivre, autant que possible, immédiatement, l'insubordination de l'enfant.

Craint-on la promptitude de la mère à punir ? Mais il ne faut pas oublier qu'elle agit par voie de réquisition. Les griefs qu'elle expose sont laissés à l'appréciation du président, et, si ces griefs ne sont pas sérieux, le président n'autorisera pas la correction.

Mais, dit-on, « la demande de la mère a déjà, « elle-même, une grande influence auprès du « président, c'est que, très-souvent, le président « ne connaît ni l'enfant ni la mère, ni les circons- « tances du fait. »

Tous ces inconvénients existent pour le père qui agit par voie de réquisition. Le danger n'est pas si grand, car le président a le droit d'exiger la

justification du fait, ce qui lui permettra de se mettre au courant de tout (1).

La mère a-t-elle le droit de pardonner et d'abréger la détention de l'enfant?

Le pardon est de l'essence même de la puissance paternelle. Quand un enfant a suffisamment expié sa faute, son père peut lui pardonner, sa mère doit pouvoir aussi le faire.

Mais comment agira-t-elle ?

On a soutenu qu'il lui fallait, pour pardonner, le concours des deux plus proches parents du mari. Il est logique, a-t-on dit, que la mère ne puisse faire cesser la détention que par les mêmes moyens qui ont servi à l'opérer. En agissant ainsi, on n'a à craindre ni faiblesse, ni pardon imprudent.

Telle n'est pas notre opinion.

Le pardon est chose tout à fait différente de la correction. Le droit de punir l'enfant a été modifié quand il passe entre les mains de la mère. celui de pardonner est resté intact. Il n'est soumis à aucune formalité, à aucune condition, l'art. 381 ne parle que du droit de correction. On comprend, du reste, que la loi ait craint la promptitude à punir, mais qu'elle ne craigne pas l'indulgence, même trop grande. Le droit de pardon fait surtout partie du droit d'éducation, et ce

(1) Massé et Vergé, Marcadé sur l'art. 379.

droit n'est pas réglé par la loi, car il doit l'être par les mœurs et l'affection (1).

La mère qui se remarie perd le droit de correction. Ce droit aurait été exercé, en fait, par le nouvel époux. Ce que la loi n'a pas voulu permettre.

Que décider, si elle devient veuve ? — Nous ne croyons pas qu'elle recouvre son droit. Pour faire revivre un droit éteint, il faut un texte spécial de la loi, et il n'y en a pas qui autorise à accorder de nouveau le droit de correction à la mère.

L'influence du nouvel époux ne s'est pas effacée avec sa mort, surtout s'il y a des enfants de ce second mariage.

(1) Demol., Aubry et Rau, ouvr. cité.

DEUXIÈME PARTIE

PUISSANCE PATERNELLE RELATIVE AUX BIENS

Le père a sur les biens de l'enfant un droit d'administration et un droit d'usufruit, chacun de ces droits fera l'objet d'étude d'une section séparée.

SECTION I

ADMINISTRATION LÉGALE

CHAPITRE I

CARACTÈRE DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

L'art. 389 du Code dit : « Le père est durant le mariage administrateur des biens de ses enfants mineurs. »

Cet article est placé au titre de la tutelle, et l'on pourrait croire que c'est une question de tutelle qu'il organise. Il n'en est rien. Pendant le mariage, la tutelle n'existe pas. Cette administration appartient à la puissance paternelle. Les rédacteurs du Code ont probablement voulu régler dans une

même série d'articles l'administration des biens de l'enfant, en considérant cette administration soit durant le mariage, soit après la mort du père ou de la mère, soit après la mort de tous les deux (1).

Il n'y a pas d'autre disposition sur l'administration légale du père que le mandat légal que l'art. 389 donne en termes si laconiques. Une foule de questions peuvent naître, aucun texte législatif ne les tranche. Dans le projet du Code, il y avait une disposition qui renvoyait, en ce qui concerne les détails de cette administration, aux règles sur la tutelle. Cette disposition n'a pas été conservée. Néanmoins, le désir du législateur paraît avoir été de faire de la tutelle le type de l'administration légale. Les discussions qui ont eu lieu, la place qu'occupe l'article le prouvent assez. D'ailleurs, si on ne peut assimiler complètement l'administration légale à la tutelle, on ne saurait non plus sans arbitraire, la détacher complètement. Aussi, nous semble-t-il qu'on devra *appliquer les règles de la tutelle toutes les fois qu'il n'y aurait pas de raisons spéciales pour les écarter, ou que ces règles ne contiendraient pas de principes dérogatoires au droit commun.*

Le Code organise tout un système de garanties au profit du mineur. Le tuteur est soumis à un contrôle actif et permanent du subrogé tuteur. *Y aura-t-il un subrogé tuteur du père administra-*

(1) Marcadé sur l'art. 389.

teur? On est généralement d'accord pour décider que non. Pendant le mariage, la surveillance de la mère remplacera celle du subrogé tuteur. Et cette surveillance sera bien autrement efficace. La tendresse de la mère est une garantie de plus. Elle sera peut-être moins habile qu'un subrogé tuteur ordinaire, mais elle sera aussi plus attentive et placée plus près du mari, elle surveillera mieux. D'ailleurs, qui dit subrogé tuteur, dit par là même tutelle, et tant que dure le mariage, il n'y a pas de tutelle.

Cependant si l'enfant a des intérêts opposés à ceux de son père, si, par exemple, un procès ou un partage doit avoir lieu entre eux, il sera nommé à l'enfant un administrateur *ad hoc* (1).

Que décider, quant au conseil de famille? Il n'y aura certainement pas un conseil de famille permanent, car ce conseil ne peut exister, que s'il y a tutelle, mais la convocation d'un conseil spécial sera parfois nécessaire. Ainsi l'aliénation d'un immeuble de l'enfant ne saurait être faite qu'aux mêmes conditions, que celle d'un immeuble de mineur en tutelle. Nous croyons qu'il faut à cet égard, assimiler les pouvoirs du père administrateur à ceux d'un tuteur. En effet, où le père ad-

(1) M. Duranton dit qu'on nommera à l'enfant un *subrogé tuteur*, M. Demolombe critique avec raison ce nom de subrogé tuteur, car, dit-il, la tutelle n'existe pas *durante matrimonio*, mais il nous semble tomber dans la même erreur en décidant qu'on nommera à l'enfant un tuteur *ad hoc*. Il ne peut y avoir de tuteur que s'il y a tutelle.

ministrateur puiserait-il le droit d'aliéner, il n'a qu'un pouvoir d'administration. A défaut d'un pareil droit et si l'aliénation est utile, quoi de plus naturel que de se référer aux règles par lesquelles la loi protège les mineurs ?

Les biens du tuteur sont affectés à une hypothèque légale au profit du mineur.

Cette hypothèque existera-t-elle au profit de l'enfant sur les biens du père administrateur ?

L'hypothèque légale n'existe que dans les cas limitativement déterminés par la loi.

Il n'y a pas d'extension possible. La loi (art. 2121, 2135, 2194) ne fait porter l'hypothèque que sur les biens du tuteur et le père n'est pas tuteur.

On comprend d'ailleurs, que le législateur n'ait pas autorisé une hypothèque sur les biens du père. Cette hypothèque eût été la ruine de son crédit, car durant le mariage, les biens du mari sont affectés, au profit de la femme, d'une hypothèque légale. Une seconde hypothèque a répugné au législateur. Cette solution est aujourd'hui acceptée par la doctrine et la jurisprudence (1).

Comment le père doit administrer.

L'art. 389 déclare le père comptable des biens de l'enfant. Mais comment appréciera-t-on sa responsabilité ? La loi ne le dit pas. Mais ici, croyons-nous, il y a lieu de se rapprocher des règles de la

(1) Demol., t. 6, n. 415 et suiv.; Pont, *Privil. et hyp.*; t. 1, n. 493; Marcadé, t. 2, p. 157; Cass., 4 déc. 1821; Dalloz, *Rec. périodique*, 1854, 2-227; *Contrà*, Persil, *Req. hyp.*, 1, 36.

tutelle. Le tuteur doit administrer en bon père de famille (art. 450), d'autant plus le père. Aussi le père, dont l'inconduite serait notoire, ou dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité pourra être, comme le tuteur, destitué, aux termes de l'art. 444.

Pour apprécier l'inconduite ou l'incapacité, les tribunaux auront un pouvoir souverain.

Si le père administrateur est en même temps usufruitier, la question peut paraître plus délicate, car l'administration sera alors inhérente à la qualité d'usufruitier. Ce n'est plus en vertu du mandat de la loi, que le père administre, et l'article 444 devient impuissant. Cependant on ne peut laisser en péril l'intérêt de l'enfant. Le père a, en principe, toutes les charges d'un usufruitier ordinaire, il doit donc conserver la chose et jouir en bon père de famille. S'il ne le fait pas, si sa gestion est désastreuse, on pourrait aller jusqu'à lui enlever son usufruit (618).

M. Valette va plus loin, et il étend au père administrateur toutes les causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle. Appliquant à l'administration du père les règles de l'administration tutélaire, il en applique toutes les conséquences. L'opinion contraire, de M. Demolombe, nous paraît préférable. Les causes d'exclusion et de destitution sont essentiellement de droit étroit, elles ne peuvent être étendues par analogie. Il n'y a nulle nécessité d'emprunter ces règles. L'admi-

nistration légale fait partie de la puissance paternelle, et la puissance paternelle ne peut être écartée pour les mêmes causes que la tutelle. Le Code pénal nous en fournit un exemple : la condamnation à la dégradation civique ou à une peine principale qui l'entraîne de plein droit, fait perdre la capacité d'être tuteur, subrogé ou conseil judiciaire, *si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme du conseil de famille* (art. 34). Les mêmes peines laissent intacte l'autorité paternelle, qui doit subsister avec tous ses attributs.

*Le père peut-il invoquer les mêmes causes d'ex-
cuse que le tuteur ?* — Nous ne le croyons pas. L'administration est un devoir pour le père, devoir qui lui a été imposé à raison des prérogatives que la puissance paternelle lui donne. Tant qu'il conserve ces prérogatives, il doit administrer. Cette obligation a été volontairement contractée, dit M. Aubry, par le fait même du mariage.

Il faudrait reconnaître cependant aux tribunaux le pouvoir de dégrever le père de l'administration, si cette administration est devenue pour lui onéreuse à ce point que les intérêts mêmes du mineur se trouvent menacés.

L'administration légale est-elle un des attributs essentiels de la puissance paternelle. — Parmi les éléments qui forment la puissance paternelle, il y en a, tels que les droits de garde, d'éducation, de correction, le droit de consentir au mariage, qui

sont, en quelque sorte, de son essence même et l'on ne peut concevoir cette autorité sans l'un de ces droits.

La puissance paternelle étant d'ordre public, ses attributs essentiels le sont aussi.

On ne peut enlever au père son droit de garde, de correction ou d'éducation sans blesser l'ordre public, à moins que le père ne se mette dans un des cas où la puissance même peut lui être enlevée par décision judiciaire.

Ainsi il est évident que si un tiers faisait à l'enfant une donation, sous condition que le père n'aura plus le droit de garde, cette condition sera réputée non écrite.

Mais que décider quant à l'administration légale et quel sera le sort d'une libéralité faite à l'enfant sous la condition que le père n'aura pas l'administration des biens ?

Cette question est controversée.

Quelques auteurs pensent qu'enlever l'administration au père, c'est diminuer sa puissance. Cette puissance est organisée par la loi, elle est d'ordre public, tous ses attributs doivent l'être.

Quelle raison y aurait-il de distinguer entre l'administration et tel autre attribut de la puissance paternelle ? Cette distinction ne peut être qu'arbitraire, car elle n'est nulle part dans la loi.

Est-ce dans la crainte d'une mauvaise administration du père que cette condition a été mise ? On a l'art. 444 qui permet d'écarter le père

négligent ou dont l'administration est infidèle.

Nous pensons que la condition qui enlèverait au père l'administration des biens donnés n'a rien de contraire à l'ordre public.

Il y a une différence entre la disposition qui enlèverait au père le droit d'éducation sur l'enfant et celle qui ne lui enlèverait que l'administration légale. Remarquons, en effet, qu'il s'agit, au premier cas, d'autorité sur la personne, de la direction qui doit être donnée à l'enfant dont le père est responsable devant la société, devant la loi; il ne s'agit, au second cas, que du pouvoir sur les biens, pouvoir qui est plutôt une charge qu'un droit pour le père.

Le droit d'éducation et l'administration légale sont l'un et l'autre des attributs de la puissance paternelle, mais la différence entre eux est grande. Le droit d'éducation est essentiel à la puissance paternelle. Le but est d'élever l'enfant. Enlever au père le droit de diriger son enfant, et tous les droits sur la personne sont des droits de direction, ce serait lui enlever la principale partie de la puissance paternelle, ce serait déroger à la loi, qui lui impose à lui seul, le devoir d'élever l'enfant, mais qui doit aussi lui attribuer le droit exclusif de l'élever.

Ce devoir et ce droit pour le père résulte du contrat de mariage lui-même (203).

Le père ne peut pas non plus se voir enlever le droit de consentir au mariage. Le mariage de

l'enfant intéresse toute la famille et il y a, dans ce mariage, plus d'une question d'honneur, de dignité, de morale dont lui seul sera le juge compétent.

En est-il de même de l'administration? Non. Qu'y aurait-il de contraire à l'ordre public, que le père n'administre pas? L'administration a été accordée au père pour qu'il y ait unité dans la gestion du patrimoine de la famille et dans l'intérêt même de l'enfant. Cette unité peut être rompue sans qu'il y ait de grands inconvénients.

Certes, la même responsabilité ne peut exister quant aux biens que quant à la personne de l'enfant. On peut dire que la loi n'impose pas avec la même énergie, l'obligation d'administrer et le devoir d'élever.

Et nous ne voyons pas comment on diminue l'autorité du père sur l'enfant, en ne lui donnant pas l'administration.

Le donateur a cru qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de confier l'administration à une personne qu'il croit plus habile, mais en quoi cela peut atteindre le respect et l'amour de l'enfant? Le père peut être le meilleur des pères, le plus respectable des hommes, sans que pour cela il soit le plus habile des administrateurs.

Cette opinion est toute dans l'intérêt de l'enfant, car s'il se trouve réellement que le père est un mauvais administrateur, le remède de l'art. 444

peut venir trop tard, car, pour l'appliquer, il faut que le mal se soit déjà produit.

Cet article peut être suffisant pour le tuteur dont les biens sont grevés d'une hypothèque légale, mais ne l'est pas pour le père, car l'enfant n'a pas d'hypothèque.

Qu'arriverait-il si l'opinion contraire était consacrée? Le donateur ne ferait plus sa donation car il préférera ne pas donner que de soumettre cette donation à la dissipation du père. C'est ainsi qu'on arrivera à faire perdre à l'enfant l'avantage de la donation et au père l'usufruit légal, qu'il aurait sur les biens de l'enfant. Voilà donc une opinion dont ne s'accommoderaient ni l'enfant ni le père.

Une opinion intermédiaire laisse à l'appréciation des tribunaux la question. Si la disposition qui interdit l'administration légale n'est faite que par suite d'un ressentiment de haine et de colère contre le père, les tribunaux pourront n'en tenir aucun compte; si, au contraire, il n'entre ni haine, ni mépris contre le père dans la disposition, elle devra être maintenue.

Mais nous ne saurions accepter cette opinion qui n'a aucune base juridique, qui présente tous les inconvénients de la nôtre, si tant est que la nôtre a des inconvénients et qui, de plus, introduit l'incertitude en laissant tout à l'arbitraire des tribunaux et soumet l'intention du donateur à une inquisition difficile et souvent impossible à faire.

Ou il est vrai, que tous les attributs de la puissance paternelle lui sont essentiels et par conséquent d'ordre public; ou il y a une grande différence entre l'administration légale et les droits sur la personne. Dans le premier cas, la première opinion est soutenable; dans le second, on ne peut admettre que la nôtre.

Il n'y a pas de place pour une opinion intermédiaire.

Si l'on admet que l'administration légale peut être détachée de la puissance paternelle, une autre question naît : l'administration du père cesse avec sa puissance, donc par l'émancipation de l'enfant. Que décider, si cette administration est détachée et confiée à un administrateur *ad hoc*? On a proposé de distinguer : si cette émancipation est faite par le père dans le but spécial de faire cesser l'administration qui ne lui a pas été confiée, elle doit alors être considérée en quelque sorte comme frauduleuse et l'administration des biens donnés ne cessera pas.

Mais sur quoi se fonde cette distinction? On serait embarrassé de le dire. L'enfant émancipé a la libre administration de ses biens. Ne pas lui accorder cette administration, ce serait rendre inutile l'émancipation. Autant vaudrait interdire au père d'émanciper son enfant. La loi ne suppose même pas une émancipation frauduleuse et, en effet, quel serait le moyen de montrer que l'émancipation revêt ce caractère? Tout est laissé à la

conscience du père, et si le père vient affirmer qu'il trouve son enfant digne d'être émancipé, qui jamais pourra prouver qu'il n'agit que par dépit dans le but de faire administrer par un enfant encore incapable, les biens qui lui avaient été laissés? D'ailleurs, nous croyons qu'il ne se rencontrera presque jamais de père émancipant son enfant par dépit et pour lui faire mal.

CHAPITRE II

ACTES DU PÈRE ADMINISTRATEUR

A cet égard, deux théories sont en présence : l'une tend à assimiler les pouvoirs du père à ceux du tuteur, l'autre à ceux du mari administrateur des biens de sa femme.

La première nous semble préférable. Nous avons posé en principe, que les règles de la tutelle doivent nous servir de guide dans l'administration légale, à moins que de bonnes raisons ne nous autorisent à les écarter. Si le législateur n'a pas voulu une complète assimilation de l'administration à la tutelle, encore moins a-t-il entendu assimiler le père au mari. En vain dira-t-on que l'administration du père, comme celle du mari, est accordée à l'affection présumée du mandataire pour la personne dont il est appelé à gérer le patrimoine,

que l'une et l'autre ne sont qu'une conséquence de l'autorité sur la personne (1).

Tout cela est vrai, mais il est vrai aussi que jamais les rédacteurs du Code n'ont songé à l'administration du mari en faisant la loi sur l'administration du père.

Si l'on a confié l'administration au père, c'est surtout pour qu'il y ait unité dans la gestion des affaires de la famille, c'est dans l'intérêt même des enfants. Il y a donc ce point commun entre la tutelle et l'administration, l'intérêt du mineur.

De plus, si l'administration du père n'est qu'une conséquence de l'autorité sur la personne, dans une certaine limite, n'en est-il pas aujourd'hui de même de l'administration tutélaire?

La place qu'occupe notre article, prouve suffisamment qu'on avait en vue la tutelle et non l'administration du mari.

Aussi, nous distinguerons pour le père, comme pour le tuteur : 1° les actes qu'il peut faire tout seul ; 2° les actes qu'il ne peut faire que sous certaines conditions ; 3° les actes qu'il ne peut jamais faire.

Actes que le père peut faire tout seul.

Le père peut faire tout seul les actes d'administration.

(1) V. M. Aubry, ouv. cité.

Tant que dure son mandat, il gère les affaires du mineur, il reçoit les capitaux et donne quittance, il paie les dettes, il place l'argent, il passe les baux, si une succession est échue au mineur, il devra en dresser inventaire, en un mot, il fera tous les actes que le tuteur doit faire.

Arrêtons-nous à quelques points de détails : Le père doit faire dresser inventaire.

Cette obligation existe pour le tuteur qui fait procéder à la confection de l'inventaire en présence du subrogé tuteur. Le père, au contraire, procédera seul, car pendant le mariage, il n'y a pas de subrogé tuteur (1).

La sanction sera la même que pour le tuteur. A défaut d'inventaire, l'enfant établira la consistance du mobilier par tous les moyens de preuve, même par commune renommée. Ce moyen, bien qu'exceptionnel, entre trop dans l'esprit de la loi pour que nous ne l'admettions pas.

Aux termes des articles 455 et 456 les intérêts des sommes que le tuteur devait placer sont à sa charge, s'il n'en a pas effectué le placement, dans le délai voulu par la loi. Ces articles seront-ils applicables au père ? Nous ne le pensons pas. Ils contiennent une dérogation au droit commun (1153 et 1154) ; ils ne doivent pas être étendus. La responsabilité du père ne sera donc engagée que tout autant que le non-placement des sommes qu'il a re-

(1) Dem., t. 2, p. 214 ; Aubry, *Rev.*, 1844, p. 668 ; Demol., t. VI, 435.

gues constituera de sa part un acte de mauvaise administration, aussi pour se mettre à l'abri de-
vra-t-il, autant que possible, agir dans les limites
tracées par la loi pour le tuteur.

Quant à la location des biens du mineur, le père
devra agir comme le tuteur lui-même.

Nous déciderons que si le père a passé des baux
de plus de neuf ans, ils seront valables ; mais divi-
sés en périodes de neuf ans, ils ne pourront être
opposés au mineur que jusqu'à l'expiration de la
période dans laquelle on se trouve lors de la ces-
sation de l'administration légale (1718).

La même règle doit être donnée quant au renou-
vellement du bail ; ainsi le père peut renouveler
les baux ruraux trois ans avant l'expiration du
terme. Pour les baux des maisons, le délai est de
deux ans.

Il faut décider aussi, que le père devra acquitter
toutes les charges imposées aux biens de l'en-
fant.

Le plus souvent d'ailleurs, il sera usufruitier et
fera tous les actes d'administration en cette qua-
lité.

*Actes pour lesquels l'autorisation du conseil
de famille est nécessaire.*

Le père n'est pas comme le tuteur sous la sur-
veillance habituelle du conseil de famille. Cette
surveillance, disait le rapport de la section de lé-

gislation, aurait répugné à tous les principes constamment reçus.

Mais n'y a-t-il pas certains cas où la réunion d'un conseil de famille est nécessaire ? Zachariæ et Marcadé (1) tranchent la question négativement. D'après ces auteurs le père représente l'enfant dans tous les actes de la vie civile et cette représentation n'est soumise à aucune restriction.

D'autres interprètes, non moins autorisés (2), admettent que, dans certains cas, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, et nous préférons suivre cette opinion.

Une succession ne peut être acceptée pour le mineur, que sous bénéfice d'inventaire et avec l'autorisation du conseil de famille. La même règle doit être suivie pour l'enfant. Il n'y a, en effet, aucune bonne raison pour priver l'enfant dont le père administre les biens, de la protection que la loi accorde à celui qui est en tutelle.

Parmi les auteurs qui admettent cette solution, une difficulté s'est élevée quant au legs. Le legs fait à un mineur ne peut être accepté qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Que décider quant au legs fait à l'enfant ? L'autorisation du conseil n'est plus demandée, si elle intervient pour le mineur en tutelle, c'est qu'il y a dans l'acceptation du legs une question de convenance dont le

(1) Zachar., t. 4, p. 202, et Marcadé, t. II, sur l'art. 389.

(2) Dem., t. 2; Demol., t. VI, n° 407.

conseil est juge. Cette question de convenance sera jugée par le père et il n'y aura pas de meilleur juge, car qui est plus intéressé à l'honneur de l'enfant que son propre père ?

On peut d'ailleurs s'autoriser de l'article aux termes duquel tout ascendant peut accepter la donation faite à son descendant, sans qu'on ait besoin d'autorisation du conseil de famille. Les ascendants sont les conservateurs de la dignité et de l'honneur de la famille.

La répudiation d'une succession doit être soumise aux mêmes conditions que l'acceptation et pour les mêmes motifs. Ce sont là des actes graves qui ne peuvent être laissés à la seule disposition du père de famille.

L'enfant peut avoir une copropriété indivise. Que décider, quant à l'action en partage ?

Les pouvoirs du père seront les mêmes que ceux du tuteur. Dans ce cas, pour assimiler complètement le père de famille au tuteur, on peut s'autoriser des termes absolus de l'art. 838. S'il y a parmi les copartageants des *mineurs même émancipés*, le partage doit être fait en justice.

Si ce partage n'a pas été fait conformément à la loi, il ne peut valoir que comme *partage provisionnel* (466).

Pour pouvoir provoquer le partage et intenter l'action, le père doit donc être autorisé par le conseil de famille.

Mais pas plus que le tuteur il n'a besoin

d'autorisation, s'il s'agit de défendre à l'action en partage. Le conseil de famille ne peut pas être appelé à donner une autorisation, qu'il ne peut refuser, car nul n'est tenu de rester en *indivision*, l'action qu'intente le copropriétaire ne saurait être empêchée.

Comme le tuteur, le père peut aussi provoquer tout seul un partage provisionnel dont la durée ne peut excéder cinq ans. C'est en effet un acte d'administration. Les formes du partage fait par le père pour son enfant seront les mêmes que celles du partage des biens du pupille. Il n'y a aucune bonne raison de distinguer.

Il est deux actes, l'aliénation des immeubles et l'hypothèque, que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et l'homologation du tribunal.

Que décider quant au père ?

Conséquemment à l'assimilation que nous avons faite entre l'administration légale et la tutelle, nous croyons que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seront nécessaires pour l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles de l'enfant.

Ce point est contesté.

Dans une opinion on reconnaît au père un pouvoir absolu. Il peut aliéner, il peut hypothéquer à son gré. La loi l'a constitué représentant de l'enfant. Son pouvoir doit être excessivement large, car la loi n'y apporte aucune limite.

Cette opinion a contre elle, non-seulement l'esprit de la loi, qui tend surtout à protéger l'enfant, mais même la lettre. Aux termes de l'art. 389, le père n'a qu'un pouvoir d'administrateur. Quelque large que soit ce pouvoir, quelque général que soit le mandat d'administrer, il ne peut emporter le pouvoir d'aliéner.

Aussi ce système est aujourd'hui presque universellement rejeté.

Marcadé oblige le père à requérir l'homologation du tribunal, mais quant à l'autorisation du conseil de famille, cet auteur dit que le père ne peut la demander, car il n'y aura pas de conseil.

Ce système est arbitraire. Sur quoi se fonde-t-il? Sur la nécessité d'accorder une protection à l'enfant, mais alors pourquoi ne pas prendre toute celle qui est écrite dans la loi pour le pupille, au lieu de n'en prendre qu'une partie? Il n'y a pas de conseil de famille, dit l'éminent auteur.

C'est vrai, il n'y a pas de conseil de famille permanent, mais rien ne s'oppose à ce qu'un conseil *ad hoc* soit convoqué.

En accordant une protection aussi complète à l'enfant qu'au mineur, on procède d'un principe : l'assimilation de l'administration légale à la tutelle, mais sur quel principe se fonderait-on pour n'accorder que la moitié de cette protection?

De plus, l'homologation du tribunal ne doit intervenir, que sur *l'avis du conseil de famille*. Ce sont les délibérations des membres de la famille,

lès avis qu'ils émettent, qui doivent éclairer le tribunal sur le véritable intérêt du mineur. Priver l'enfant de la protection du conseil de famille, c'est peut-être lui causer un grand tort. Le tribunal n'aurait rien pour le guider dans la décision qu'il doit prendre.

Enfin, nous pouvons puiser un argument en notre faveur dans les articles 953, 954 du C. pr. qui décident que la vente des biens des mineurs ne sera ordonnée que d'après un avis du conseil de famille. La généralité des termes de ces articles ne permet pas de faire une distinction entre les mineurs qui sont en tutelle, et ceux qui ne le sont pas.

Pour l'hypothèque, l'art. 2126 dit aussi que : *les biens des mineurs* ne peuvent être hypothéqués, que dans les cas et dans les formes prévues par la loi. Quel motif y aurait-il à distinguer ? (Cass., 2 mai 1865. Dalloz, 1865, 1, 365).

Nous donnerons la même solution pour la *transaction*, et nous exigerons, que le père qui transige pour son enfant, soit aussi pleinement autorisé que le tuteur qui transige pour son pupille.

Il faudra donc que le père soit autorisé par le conseil de famille, il lui faudra l'avis conforme de trois jurisconsultes, désignés par le procureur de la République, et l'homologation du tribunal (467) (1).

(1) Quand il est question d'expropriation pour cause d'utilité publique, les représentants des incapables peuvent convenir à l'amiable

Actes interdits au père administrateur.

Le père ne peut compromettre au nom de son enfant.

La loi ne voit pas d'un œil très-favorable un acte par lequel on renonce à la juridiction des tribunaux qu'elle a établis pour s'en remettre à la décision des arbitres.

On ne peut compromettre que sur les biens dont on a la libre disposition (1003, C. pr.).

En établissant ce principe, la loi consacre le droit que chacun a de faire de sa chose ce qu'il veut. Mais, quand il s'agit des biens des mineurs qu'elle protège, elle défend d'une manière absolue au tuteur de compromettre. Cette prohibition doit être étendue au père.

Il n'y a aucune difficulté pour décider que toute donation des biens du mineur doit être interdite. Le père ne saurait être généreux aux dépens de son enfant.

Cependant il ne faudrait pas pousser les choses à l'excès, et il y a des petits cadeaux que le père peut faire au nom de l'enfant.

Le tuteur ne peut pas acheter les biens du pupille, il ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (450). Quant au

après une simple autorisation du tribunal (art. 3, loi de 1841). Cette autorisation est également suffisante pour adhérer aux *associations syndicales* (art. 4, loi 21 juin 1865).

père administrateur, des difficultés se sont élevées.

Il ne faut pas étendre, dit-on, les incapacités de la loi. Nulle part, la loi ne déclare le père incapable d'acheter les biens de son enfant. Il peut être de l'intérêt de l'enfant que le père, qui a de la fortune, achète l'immeuble qui sera ainsi conservé dans la famille (1).

Mais, outre les raisons que nous avons constamment données, pour régler les pouvoirs du père sur ceux du tuteur, nous pouvons ajouter dans l'espèce celle que nous fournit l'art. 1596 : « Ne peuvent serendre adjudicataires... les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle, les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre. »

L'esprit de cet article est trop évident, il ne convient jamais de mettre un homme entre son intérêt et son devoir. Ce motif existe pour le père administrateur, dès lors, pourquoi ne pas lui appliquer la règle ? D'ailleurs, le père n'est-il pas chargé de vendre ? La loi ne distingue pas.

On invoque l'intérêt de l'enfant. Mais c'est que, justement, cet intérêt peut être menacé, s'il est en opposition avec celui du père.

Aussi croyons-nous, avec M. Demolombe, qu'il n'y a lieu de faire à cet égard aucune différence entre le père et le tuteur (2).

Nous donnerons la même décision en ce qui

(1) Aubry, *Rev. dr. fr.*, 1844, p. 631.

(2) Demol., t. 6, 441.

concerne la cession de droits contre l'enfant, et c'est à tort, selon nous, qu'il a été jugé qu'une pareille cession faite au père était valable (1).

CHAPITRE III

COMPTES DE L'ADMINISTRATION

Le père, institué par la loi mandataire légal de son enfant, doit rendre compte de sa gestion. L'art. 389 dit *in fine* :

« Le père est comptable, quant à la propriété
« et aux revenus des biens dont il n'a pas la
« jouissance, et quant à la propriété seulement
« de ceux des biens dont la loi lui donne l'usu-
« fruit. »

Aux termes de l'art. 472, tout contrat passé entre le tuteur et son ex-pupille moins de dix jours après la reddition et l'apurement des comptes de tutelle, est nul. Cet article doit-il être étendu au père administrateur?

La négative nous paraît fondée; les motifs qui ont fait insérer cette prohibition sont tels qu'ils la rendent essentiellement spéciale au tuteur.

La loi s'est défiée de l'influence que le tuteur peut avoir encore conservée, du désir qu'ont parfois les jeunes gens de se trouver à la tête de leurs

(1) C. Bordeaux, 23 mai 1867; Dall., 1665.

capitiaux et qui leur ferait accepter facilement les conditions, quelque onéreuses qu'elles fussent, qu'un tuteur peu scrupuleux leur eût proposées. Elle a voulu prévenir ce mal, en rendant annulable tout contrat intervenu entre le tuteur et le pupille avant la reddition complète des comptes et dans les dix jours qui suivent cette reddition.

Les mêmes motifs de défiance ne peuvent exister à l'égard du père. L'influence du père sur l'enfant est bien plus puissante sur l'enfant que celle du tuteur.

Elle survit à l'administration légale et dure souvent toute la vie de l'enfant. Quelle que soit cette influence, le père n'en abusera pas. Sa tendresse pour l'enfant, la responsabilité morale qu'il a, sont des garanties bien plus fortes chez le père de famille que chez le tuteur.

Et puis, combien la situation de l'enfant encore en puissance est différente de celle de l'enfant en tutelle. Le premier n'aura que rarement des biens. Quand il en aura, ces biens auront pour source une libéralité, le plus souvent à titre particulier. Le mineur en tutelle est, au contraire, propriétaire d'une universalité de biens. Il a, en effet, hérité, soit de l'un de ses parents, soit de tous les deux. Autant donc les comptes du père administrateur seront simples et faciles à rendre, autant les comptes de tutelle peuvent être compliqués et difficiles; car ils peuvent comprendre toute espèce de biens, toute espèce de

valeurs. De là peut-être un retard qui ne fait qu'exciter l'envie de l'ex-mineur de se trouver à la tête de son capital et qui le porterait à faire des concessions nombreuses à son tuteur. Ce retard n'existera pas dans la reddition des comptes du père administrateur qui n'aura le plus souvent administré qu'un patrimoine d'une grande simplicité.

L'art. 474 contient une double dérogation aux principes généraux en ce qui concerne les intérêts au reliquat qui peut résulter des comptes de tutelle. Les intérêts des sommes dues par le tuteur du mineur courent de *plein droit* à partir de la clôture des comptes, les intérêts des sommes dues par le mineur courent à partir d'une *sommat*ion de payer. On ne peut étendre cette exception.

Prescription de l'action de l'enfant contre le père administrateur. — L'action contre le tuteur se prescrit par dix ans (475). C'est là une exception aux principes généraux qui exigeraient trente ans (2662).

Il n'y a pas lieu de l'étendre, croyons-nous, à l'action contre le père administrateur.

Cette prescription favorable est un avantage que la loi accorde au tuteur. Il faut la laisser au tuteur seul. Une action qui aurait duré trente ans contre le tuteur, aurait été trop dangereuse. Cette action est en effet garantie par une hypothèque légale qui aurait ainsi plané pendant trente ans sur les immeubles du tuteur comme un dan-

ger permanent. La réduction du délai de prescription est juste. Le même danger n'existe pas pour le père. Ses biens ne sont grevés d'aucune hypothèque.

Ne l'ayant pas fait participer aux charges de l'hypothèque qui greève les biens du tuteur, nous ne pouvons lui accorder cette faveur qui n'existe qu'à cause de l'hypothèque.

Le père doit donc être traité comme un mandataire ordinaire, et il faut décider que l'action contre lui ne sera prescrite que par trente ans(1).

(1) Valette s. Proudhon, II, p. 282 ; Demol., t. VI, 305.

SECTION II

USUFRUIT LÉGAL

Le pécule adventice du droit romain, la garde noble et bourgeoise de l'ancien droit féodal et coutumier ont donné naissance à l'usufruit légal du Code.

Le principe que le père a l'usufruit des biens de l'enfant, sans aucune distinction et dès que l'enfant a des biens, a été emprunté aux règles sur le pécule adventice.

L'association de la mère survivante à ce droit est d'origine coutumière (art. 264, Cout. Paris).

La disposition qui prive de cet usufruit les ascendants, les charges imposées à l'usufruitier sont encore des emprunts que le législateur a fait à la garde bourgeoise.

D'ailleurs, ce sont surtout les règles de cette garde qui ont dicté les décisions du Code (1).

(1) Valette s. Proudhon, t. II.

CHAPITRE I

CARACTÈRE ET ÉTENDUE DE L'USUFRUIT LÉGAL

L'usufruit légal est une compensation que la loi accorde au père chargé d'entretenir et d'élever l'enfant.

Si l'enfant a des biens quelque peu considérables, cette compensation devient une véritable faveur.

Cette faveur, la loi a eu raison de l'accorder au père. Il doit y avoir dans la famille une unité aussi grande que possible. Les biens du père sont aussi les biens de l'enfant, il est juste que les biens de l'enfant soient aussi un peu ceux du père. Il y aurait quelque chose qui s'accorderait mal avec nos mœurs et nos idées à voir l'enfant très-riche et le père très-pauvre. La vie étant commune, il est bon que le bien-être le soit aussi. L'enfant lui-même participera dans une certaine mesure à l'enrichissement que ses biens procurent au père, sa vie sera meilleure.

Le père, peut-être, ne verrait pas sans un certain dépit les richesses de son fils grossir chaque année, tandis que lui-même vivrait dans la misère, et la jouissance légale que la loi lui accorde est un gage de bons rapports dans la famille.

Quelle est la nature de ce droit ? La loi paraît

avoir évité avec soin de l'appeler usufruit (384 à 387). Faut-il en conclure que ce n'est pas un véritable usufruit ? Non, les art. 385 et 601 soumettent le droit du père aux règles de l'usufruit, et l'art. 730 le qualifie d'*usufruit légal*. Cependant, c'est un usufruit d'une nature spéciale et auquel certaines règles de l'usufruit ordinaire ne sont pas applicables. Une assimilation complète entre ces deux droits ne peut exister.

L'usufruit paternel est un des attributs de la puissance paternelle et doit participer du caractère de cette puissance. Attribué exclusivement à la personne du père, il n'est pas dans le commerce, il n'est pas aliénable.

Ainsi que dit M. Demolombe, l'usufruit paternel ne pourrait servir de base qu'à un trafic peu lucratif et dégradant pour la puissance paternelle, que le législateur n'a pu vouloir tolérer (1).

La jouissance légale n'étant pas susceptible de cession volontaire, n'est pas susceptible de saisie. Elle ne peut être non plus hypothéquée (2118).

Ceci n'est vrai que du droit en lui-même, et les fruits qui en proviennent peuvent être saisis par les créanciers du père, car le père peut les aliéner. Mais, bien entendu, il sera fait déduction sur ces fruits de la somme nécessaire à l'entretien et à l'éducation des enfants.

(1) T. VI, 527. Val. sur Proud., II, 267.

A qui l'usufruit légal appartient.

Durant le mariage, l'usufruit légal appartient au père. Ce n'est qu'une conséquence du principe que le père seul exerce l'autorité. Lorsque le mariage se dissout, la mère étant appelée à succéder à la puissance paternelle succède aussi au droit de jouissance.

L'usufruit légal existe de plein droit en vertu de la loi, il n'est pas besoin d'une acceptation quelconque de l'usufruitier.

La renonciation peut se faire de toute façon, la loi étant muette à ce sujet. Toutefois pourrait-elle être faite avant l'ouverture du droit, les époux pourraient-ils, par exemple, y renoncer par contrat de mariage?

Nous ne le pensons pas, pour deux raisons. Il y aurait là une contravention à l'art. 1388 qui « défend aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme le chef, ou qui sont conférés au survivant des époux par le titre de la puissance paternelle. »

C'est comme chef de la famille que le père a l'administration légale des biens de l'enfant et l'usufruit légal en compensation. C'est de plus un droit que la loi, au titre de la puissance paternelle, attribue à la mère survivante. L'art. 1388 serait

donc applicable à notre espèce. L'intention du législateur ne saurait être douteuse. « L'art. 1388, dit M. Treilhard, lors de la discussion, ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient le père de son pouvoir sur la personne de ses enfants et de l'usufruit de leurs biens (1). »

La renonciation anticipée à l'usufruit légal constituerait une véritable libéralité en faveur des enfants à naître. Cette libéralité est complètement nulle, car, aux termes de l'art. 906, pour être capable de recevoir une donation, il faut être conçu.

Pothier décidait, il est vrai, le contraire, mais il y avait été amené par la règle, qu'on pouvait anciennement renoncer à une succession future, par contrat de mariage, par *à fortiori* devait-il en être ainsi de l'usufruit légal. Aujourd'hui qu'il est défendu d'une manière absolue de renoncer à une succession non encore ouverte, l'ancienne opinion de Pothier ne peut avoir aucun fondement.

Sur quels biens l'usufruit légal porte.

En principe tous les biens de l'enfant sont soumis à l'usufruit légal du père, même ceux dont il n'aurait pas l'administration.

(1) Loaré, t. 43, p. 166.

Mais il faut, pour que l'usufruit prenne naissance que le bien soit entré dans le patrimoine de l'enfant. Si nous supposons qu'une succession a été déferée à un enfant, ce n'est qu'à partir du moment où il y aura eu acceptation de la succession avec l'autorisation du conseil de famille. Et le père aura l'usufruit alors même qu'il aurait été d'avis que la succession ne doit pas être acceptée. En émettant cet avis qu'il croyait favorable à l'enfant, il n'a pas entendu renoncer à son droit.

L'usufruit légal est universel, mais à ce principe, il y a plusieurs exceptions.

Première exception. — L'art. 387 dit que la jouissance légale ne s'étendra pas aux biens, que les enfants pourront acquérir par un travail ou une industrie séparés.

Cette disposition rappelle le pécule castrense et quasi castrense des Romains.

C'est un encouragement dû au travail, disait le tribun Albisson.

On a considéré qu'il serait injuste de dépouiller l'enfant de l'usufruit de ces biens auxquels il doit tenir plus qu'à tous autres, car c'est lui qui les a gagnés.

Ces biens seront d'ailleurs peu considérables et un enfant ne pourra gagner que de petites sommes jusqu'à l'âge de dix-huit ans.

Pour que le père n'ait pas la jouissance des biens de l'enfant, il faut que celui-ci ait une position

indépendante, qu'il exerce un travail, une industrie séparés.

Ceci peut donner lieu à une inégalité entre les enfants. Si un père a deux enfants, et que l'un des frères travaille chez un étranger, ce qu'il aura gagné lui appartiendra exclusivement ; l'autre qui travaillera pour son père, ne gagnera rien.

C'est à la sagesse et à l'affection du père de remédier à ce que cette situation peut présenter d'injuste et d'éviter des sentiments de jalousie entre ses enfants.

Il n'est pas nécessaire que l'enfant qui travaille ait une résidence séparée de celle de son père, car il est obligé d'habiter avec son père qui a sur lui le droit de garde.

Le père pourrait exiger de prélever sur les bénéfices de l'enfant, les dépenses nécessaires à son entretien, l'article 209 ne demande aux parents de pourvoir aux besoins de leurs enfants qu'autant que ceux-ci ne peuvent suffire à eux-mêmes.

Les biens acquis par l'enfant autrement que par son travail ou son industrie devront rentrer dans la règle générale, les exceptions ne doivent pas être étendues. L'art. 387 n'embrasse pas les jeux et les paris qui ne supposent aucun travail (1965).

Que décider si l'enfant a découvert un trésor ? Le trésor sera soumis à l'usufruit légal. En effet, ce trésor, c'est un don de la fortune, l'enfant ne l'a gagné ni par son travail ni par son industrie. Et nous déciderions ainsi alors même que le trésor

a été découvert sur un fonds soustrait à la jouissance du père. On ne peut pas dire que ce trésor fasse partie du fonds et ceci est à ce point vrai que de l'avis de tous, le trésor, même enfoui dans le sol, n'en continue pas moins d'être un meuble.

Dans tous les cas, le trésor ne peut être considéré que comme un don de la fortune (1).

Ces biens, que l'enfant gagne par son travail, quoique non soumis à l'usufruit, n'en sont pas moins administrés par le père. L'art. 387 ne soustrait ces biens qu'à la jouissance légale.

Deuxième exception. — Elle comprend les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'usufruit légal. Cette exception existait déjà dans le droit romain, et le père n'avait pas la jouissance des biens du pécule adventice, qui avaient été légués ou donnés au fils à cette condition. C'est d'ailleurs une très-bonne disposition, car le donateur ou le testateur, animé de ressentiments contre le père, se serait peut-être abstenu de faire la libéralité pour ne pas la voir passer entre ses mains.

Le Code exige que la clause soit *expresse*, c'est-à-dire qu'elle résulte clairement et d'une manière indubitable de l'acte. Le doute doit profiter au père, parce que l'usufruit légal est le droit commun. Supposons qu'une personne lègue la moitié de sa fortune au père et l'autre moitié au fils.

(1) Demol., *Traité de la puiss. patern.*, p. 384, et les autorités que cet auteur cite.

Peut-être bien que le testateur a entendu ne pas léguer plus au père qu'au fils, et, par conséquent, soustraire la moitié du fils au droit de jouissance, mais cette volonté est douteuse, elle n'apparaît pas d'une manière évidente, on ne peut pas dire dès lors qu'il y a clause expresse, et c'est avec raison qu'il a été décidé que le droit d'usufruit légal que le père tient de la loi n'a pas été atteint.

La question paraît plus délicate si une rente ou un droit d'usufruit a été légué à l'enfant. On pourrait croire que le testateur a entendu priver le père de son droit, puisque ces biens consistent non dans un capital, mais dans des arrérages et dans des fruits. Cependant il n'y a pas de doute possible. Le père aura l'usufruit. Son droit s'étend à tous les biens corporels ou incorporels, qui peuvent appartenir à l'enfant. La loi précise, en quoi consiste la jouissance d'une rente ou d'un usufruit. L'art. 588 considère les arrérages comme les fruits de la rente, et non comme un capital qui s'absorbe et diminue chaque jour, l'art. 1568 contient une disposition analogue pour l'usufruit d'un usufruit. Rien ne s'oppose donc à ce que le père exerce son droit, et il l'exercera tant qu'il n'y aura pas de clause expresse qui le lui enlève.

Une question très-controversée est celle de savoir si l'enfant, étant héritier réservataire, on peut soustraire à l'usufruit légal, non-seulement la quotité disponible, mais la réserve même de l'enfant.

Soit donc l'espèce suivante. Une mère meurt, laissant tous ses biens à son enfant qui n'est pas encore âgé de dix-huit ans. Une clause de son testament porte que, tous les biens provenant d'elle, attribués à l'enfant, seront soustraits à la jouissance légale du père. Cette clause, incontestablement valable pour la moitié qui forme la quotité disponible, l'est-elle aussi pour la moitié qui forme la réserve de l'enfant?

Nous allons l'examiner.

La réserve doit arriver intacte à l'héritier réservataire. C'était déjà le principe du droit romain quant à la légitime, et une loi au Code (1) décidait que toutes les conditions et toutes les charges imposées à la légitime étaient nulles de droit.

Dans l'espèce qui nous occupe, la réserve arrive intacte à l'enfant, et, de plus, affectée d'une condition qui lui est avantageuse; cependant la Nouvelle 117, ch. II, avait décidé que cette condition serait nulle, et elle ne permet pas à l'ascendant de priver le père de l'usufruit de la légitime, qu'il donnait à son petit-fils.

Les anciens auteurs du droit français sont divisés sur la question. Dans son *Traité des successions*, Lebrun décide que l'ascendant pouvait soustraire la légitime elle-même à l'usufruit paternel. Telle n'était pas l'opinion de la majorité. Serres, se fondant sur la Nouvelle 117, décidait que :

« la prohibition, quoique expresse, étant faite par

(1) L. 32, de Testam. inof., C.

« la mère qui institue son fils héritier, ne s'étend
« pas à la légitime du fils, parce que, ne pou-
« vant pas priver son fils de la légitime sur ces
« biens, elle ne peut pas non plus priver le père
« de la jouissance que la loi lui donne. » (*Institu-
tions du droit français.*) Et c'était l'avis générale-
ment admis.

La controverse existe aujourd'hui.

Il doit être permis, dit-on, de soustraire la ré-
serve légale à l'usufruit paternel.

Cette opinion se fonde sur un argument très-spé-
cieux. Lorsque la réserve est entamée, on com-
prend l'action en réduction de l'héritier tendant à
faire que la réserve lui arrive intacte. Il a un inté-
rêt évident. Mais, dans l'hypothèse, la réserve
non-seulement lui arrive intacte, mais soumise
de plus à une condition qui lui est très-avanta-
geuse, la question de réduction ne peut même pas
se poser, l'intérêt de l'enfant consiste évidem-
ment à ce que la réserve ne soit pas atteinte par
l'usufruit paternel.

Donnera-t-on au père le droit de revendiquer
son usufruit? il ne pourrait agir que contre l'en-
fant, ce serait une action en réduction intentée
contre l'héritier réservataire, ce qui ne peut se
concevoir, car l'action en réduction n'a été établie
qu'au profit de l'héritier.

Nous croyons que ce raisonnement n'a d'équi-
table que l'apparence.

Le père agit en vertu d'un droit qui lui est pro-

pre, il peut intenter une action en revendication de son droit d'usufruit, mais ce n'est pas le moins du monde une action en réduction. D'ailleurs, comment les choses se passeront-elles en pratique? Le père administrateur légal sera ou ne sera pas tenu de rendre compte de l'usufruit de la réserve, selon que l'on admet l'une ou l'autre opinion. Il n'a aucune action à intenter, et ce n'est qu'à la reddition des comptes que la question se posera. Or, nous croyons que la condition qui avait été apposée, doit être considérée comme nulle et que le père peut invoquer cette nullité.

L'art. 387 dit en effet que l'on pourra, en vertu d'une clause expresse, soustraire à l'usufruit paternel les *biens donnés ou légués*.

Nous nions absolument, que les biens qui forment la réserve soient des biens légués.

L'enfant tient sa réserve de la loi seule et non de la libéralité de ses parents. Comment, dès lors, pourraient-ils y apposer une condition, fût-elle même favorable à l'enfant, car pour affecter une libéralité d'une condition, il faut avant tout être donateur.

Dans l'espèce, le législateur seul est donateur, lui seul gratifie l'enfant, seul aussi il peut mettre une modalité à la réserve, et cette modalité, c'est l'usufruit légal du père.

On ne saurait donc faire entrer l'espèce dans l'exception prévue par l'art. 387.

Quand il y a une réserve, cette réserve n'appar-

tient qu'à l'enfant et c'est la loi qui la lui donne. Par conséquent, la clause qui serait écrite par la mère et qui tendrait à dépouiller le père de son usufruit légal, doit être réputée comme non écrite.

On s'appuie dans le système contraire sur cette considération que la clause prohibitive a été écrite dans l'intérêt et pour l'avantage de l'enfant. C'est une assertion trop absolue et qui souvent sera démentie par les faits. En dépouillant le père de la jouissance des biens de l'enfant, on peut arriver à ce résultat, que le père prenne sur les biens de l'enfant la somme nécessaire à son entretien et à son éducation, somme qu'avant il prenait sur ses propres revenus. Matériellement, l'enfant ne retirera donc aucun profit, à moins, toutefois, de supposer une réserve très-considérable.

De plus, le père n'administrera pas avec le même soin les biens de la réserve dont il n'a pas l'usufruit. Dans notre système, au contraire, en intéressant le père à l'usufruit des biens, on l'intéresse à leur bonne administration, à leur amélioration. La clause donc qu'on disait si avantageuse à l'enfant ne lui créera peut-être que des embarras multiples.

On insiste cependant, on reproche à notre opinion de retourner contre l'enfant la réserve qui n'est créée que dans son intérêt. L'objection ne peut porter, l'enfant a sa réserve aussi intacte que la loi la lui donne. L'enfant ne pourrait pas dire :

Mon droit est violé, ma réserve n'est pas entière parce que mon père a un droit d'usufruit légal, car cet usufruit forme le droit commun. S'il était vrai que l'usufruit du père portât une atteinte à la réserve, il faudrait décider ainsi au cas même où il n'y aurait aucune clause tendant à dépouiller le père de l'usufruit. Et certainement personne ne peut aller jusque-là (1).

M. Demolombe accorde au père une véritable action en réduction en se fondant sur l'art. 921 : La réduction peut être demandée par ceux au profit desquels la loi a établi la réserve ou par leurs ayants-cause. Le père, dit l'éminent auteur, est l'ayant-cause de son enfant.

Nous ne croyons pas que l'art. 921 soit applicable. L'action en réduction s'intente pour réduire les donations ou les legs, et il n'y a dans l'espèce ni donations ni legs. Le père a un droit qui lui est propre, et il n'a pas besoin d'exhiber de la qualité d'ayant-cause de l'enfant pour exercer ce droit.

De deux choses l'une, ou le père est tuteur de l'enfant, et alors il trouvera dans son droit un moyen de défense contre l'enfant qui, lors de la reddition des comptes, exigerait de compter parmi les revenus la jouissance de la réserve, ou

(1) En ce sens, Demol., *loc. cit.*, 513; Marcadé sur l'art. 387. M. Vallette, qui avait enseigné l'opinion contraire, dans ses *Notes sur Proudhon*, t. 2, p. 264, l'a abandonnée dans l'*Explication somm.* du L. I, C. Nap.

le père n'est pas tuteur, et alors il revendiquera son droit d'usufruit en prétendant à juste titre que la clause qui l'en dépouillait est nulle.

On a comparé, non sans raison, la situation du père à celle d'un associé dans une société universelle de tous biens présents et de tous gains. Si un ascendant laisse à cet associé ses biens à condition que les revenus de la réserve n'entreraient pas dans la société, l'associé légataire et même les coassociés pourraient attaquer cette condition comme contraire à l'acte de société. Exercent-ils une action en réduction ? Pas le moins du monde, ils exercent l'action que leur donne le contrat. Pourquoi en serait-il différemment du père ? Il n'y a qu'une différence, le père tient son droit de la loi, il doit exercer l'action que lui donne la loi, cette action ne peut être qu'une action en revendication.

Troisième exception. — La jouissance légale ne s'étendra pas sur les biens d'une succession dont le père aura été écarté comme indigne. « Les enfants de l'indigne, dit l'art. 830, venant à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père, mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens de cette succession l'usufruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants. »

Le motif du législateur est manifeste, il n'a pas voulu que l'indigne pût profiter même pour la

jouissance d'une succession, dont il était écarté. Cette disposition était nécessaire pour assurer d'une manière complète les effets de l'indignité.

Il est évident que l'art. 730 s'applique aussi bien à la mère qu'au père, mais l'indignité encourue par l'un d'eux ne nuira pas à l'autre. Si le père était frappé d'indignité, que faut-il décider quant à l'usufruit légal? Reviendra-t-il à la mère ou ira-t-il consolider la nue propriété de l'enfant?

On ne peut attribuer à la mère l'usufruit légal. Nous avons décidé, il est vrai, que la mère aura cet usufruit toutes les fois qu'elle exercera la puissance paternelle, mais tel n'est pas le cas. Le père déclaré indigne de succéder n'en conserve pas moins la puissance paternelle. La loi le déclare déchu de l'un des éléments de cette puissance, mais elle n'en investit pas pour cela la mère.

D'ailleurs l'usufruit légal est une compensation aux obligations qui découlent de la puissance paternelle, la mère qui n'a encore aucune de ces obligations ne peut exiger l'usufruit.

Si l'un des époux était appelé à une succession et qu'il en fût écarté comme indigne, faut-il donner l'usufruit des biens de cette succession, recueillie par les enfants, à l'autre qui a été condamné comme complice? Nous ne le pensons pas.

Le but de la loi est évident. La loi veut priver de la jouissance légale le père ou la mère qui est indigne de recueillir les biens à titre de succession. L'époux condamné comme complice, s'il avait été

appelé à la succession, n'eût pas hérité. On ne peut pas reprocher à notre système d'étendre une disposition pénale, car la peine est dictée par le Code, indistinctement, contre celui qui aurait commis quelque acte de nature à le faire déclarer indigne (1).

Le père renonçant à une succession doit-il avoir encore l'usufruit des biens que l'enfant prend dans cette succession ?

L'affirmative est indubitable. En renonçant à la succession, le père n'a pas renoncé à son usufruit légal et on ne pourrait raisonner par analogie de l'art. 730 qui contient une disposition pénale et qui ne s'applique qu'à l'indignité. La même décision doit être donnée au cas où un père a fait une donation à son enfant. Les libéralités ne se présumant pas et, à moins d'une renonciation expresse, la donation faite par le père à son enfant ne comprend que la nue propriété.

Quatrième exception. — *Biens compris dans un majorat.* — Un avis du conseil d'Etat du 30 janvier 1811 décide que les biens compris dans un majorat ne doivent pas être soumis, pendant la minorité des titulaires, à l'usufruit légal.

A la suite d'un remarquable rapport de M. Vallette une loi fut rendue le 11 février 1849. Cette loi ne permet plus la transmission des majorats existants, quant au profit des appelés du deuxième degré nés ou conçus avant sa promulgation.

(1) Demol., *loc. cit.*, 515 ; Proud., t. 2, p. 264 ; Aubry et Rau.

Cette loi porta un coup définitif au majorat. Actuellement il n'y a plus de majorat en France et tous les biens compris dans cette institution sont rentrés dans le droit commun.

CHAPITRE II

CHARGES DE L'USUFRUIT LÉGAL

Les charges de l'usufruit légal sont :

1^o Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires.

2^o L'entretien et l'éducation de l'enfant.

3^o Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.

4^o Les frais funéraires, et ceux de dernière maladie (art. 385).

I. CHARGES AUXQUELLES SONT TENUS LES USUFRUITIERS ORDINAIRES. — Comme l'usufruitier ordinaire, le père est tenu de faire dresser l'inventaire des meubles et l'état des immeubles (60). Cependant, il ne doit pas donner caution de jouir en bon père de famille.

La loi l'en a dispensé, croyant certainement que l'affection paternelle était une garantie suffisante. L'usufruitier légal n'en est pas moins tenu de jouir en bon père de famille, et de conserver la substance de la chose.

Il devra aussi toutes les impenses qui se prennent sur les revenus, tels que les contributions,

réparations d'entretien, pension alimentaire, frais de procès concernant la jouissance des biens soumis à l'usufruit (610-615).

II. DÉPENSES D'ENTRETIEN ET D'ÉDUCATION DE L'ENFANT. — Par le fait même du mariage, les époux ont contracté l'obligation de nourrir, d'entretenir, d'élever les enfants (art. 203).

Mais la charge imposée par l'art. 385-2^o est différente.

L'obligation de l'art. 203 a pour base le mariage même, l'obligation de l'art. 385-2^o a pour base l'usufruit légal (1).

De là des différences multiples :

1^o Si l'obligation d'entretenir et d'élever émane du mariage, les père et mère ne doivent l'accomplir que dans les limites de leurs moyens, si, au contraire, elle est la conséquence de l'usufruit légal, l'enfant devra être entretenu et élevé conformément à sa propre fortune.

Aussi il a été jugé que le père, qui avait négligé l'éducation de son enfant, possesseur d'une fortune importante, et au lieu de lui donner l'éducation que la situation de l'enfant permettait, l'avait constamment employé aux plus grossiers travaux, était tenu de restituer tout ce qu'il avait perçu en vertu de son droit d'usufruit légal. (Cass., 23 avril 1817; Dalloz, *Répert. de lég. et jur. Minorité*, 719.)

(1) Demol. *Puiss. pat.*, 530-542. Marcadé sur l'art. 385. Valette sur Proudhon, t. 2, p. 250.

2^o Quant à la partie matérielle, l'obligation de l'art. 203 cesse si l'enfant a des biens personnels suffisants. Celle de l'art. 385, étant une charge de l'usufruit, ne cesse qu'avec l'usufruit, par conséquent, bien que l'enfant ait une partie de sa fortune dont le père n'a pas la jouissance, le père n'en sera pas moins tenu de prélever sur son usufruit; une somme proportionnée à l'importance de cet usufruit pour les frais d'entretien et d'éducation.

(Daloz, *Répert. de légis. et de jurispr., Puiss. patern.*, n^o 151.)

3^o On ne pourrait, au nom de l'enfant, demander en se fondant sur l'art. 203 qu'une partie de la fortune paternelle soit déclarée insaisissable pour obvier aux charges d'entretien et d'éducation. Au contraire, s'il s'agit d'usufruit légal, le père pourra lui-même s'opposer non-seulement à la saisie du droit, mais encore à la saisie de tous les fruits. Il pourra demander que la somme nécessaire à l'éducation de l'enfant soit préalablement distraite sur les fruits et que l'excédant seulement soit saisi. Cette somme sera toujours calculée conformément à l'importance de l'usufruit. (Daloz, *Répert. Puiss. patern.*, 165.)

La charge de l'art. 385 amoindrit entre les mains du père l'usufruit légal. Les créanciers, ses ayants-cause sont tenus de respecter cet amoindrissement.

4^o La charge de l'art. 203 est imposée sans dis-

inction au père et à la mère, celle de l'art. 385 ne peut l'être qu'à celui qui a l'usufruit légal.

III. PAIEMENT DES INTÉRÊTS OU ARRÉRAGES DES CAPITAUX. — Ne s'agit-il que des intérêts et arrérages qui vont courir, ou bien faut-il mettre à la charge de l'usufruitier légal, les intérêts, et arrérages déjà échus au moment de l'ouverture de l'usufruit, et que le *de cujus* a laissés en souffrance?

La question est controversée.

On soutient, dans un premier système, que les intérêts ou arrérages, dus au moment où commence la jouissance, doivent être supportés par l'enfant. En effet, dit-on, ces intérêts et arrérages sont la charge de l'usufruit légal, la charge ne peut commencer avant l'émolument.

On ne saurait sans injustice, condamner le père à payer des intérêts ou arrérages, qui ne sont pas dus par lui.

Mais, si telle avait été l'intention du législateur, le § 3 de l'art. 385 serait complètement inutile et ne ferait que répéter ce que le premier avait déjà dit. Il n'aurait donc aucun effet.

Aussi nous croyons que ce sont les arrérages ou intérêts en souffrance que le père doit payer en qualité d'usufruitier légal.

Cette interprétation a d'abord l'avantage d'être conforme à cette règle d'interprétation que lorsque une clause est susceptible de deux sens, on doit

l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet (1157).

Notre opinion donne un sens à la loi, tandis que l'opinion contraire doit supposer nécessairement une erreur législative.

On fait valoir un grand argument d'équité. Mais où y aurait-il si grande injustice à mettre à la charge du père, les intérêts déjà échus? L'usufruit légal est un avantage que la loi offre au père, elle peut le lui offrir grevé de telles conditions, qui lui semblent bonnes.

Cette dette doit être payée comme elle l'eût été par le *de cuius* lui-même, et il est probable que le *de cuius* aurait payé avec les revenus.

Quoique déjà échue, la dette d'intérêts n'en conserve pas moins le caractère de charge des revenus, et il nous semble qu'il serait injuste de la faire supporter à l'enfant qui n'a que la nue propriété.

Un bon administrateur, trouvant dans une succession des intérêts arriérés, doit les payer non pas avec son capital, mais avec ses revenus. C'est aussi un devoir du père qui doit jouir en bon père de famille.

Mais, dira-t-on, l'intérêt du père peut se trouver gravement compromis, aujourd'hui que le prêt à intérêts est permis. Mais pourquoi songer à l'intérêt du père seulement? Il me semble qu'on agit bien plus dans l'esprit de la loi, avantageuse à

l'enfant plus qu'au père, en tranchant la question au profit de l'enfant.

En mettant cette obligation à la charge de l'usufruitier légal, on suit la règle de l'ancien droit. Le gardien noble devait payer les dettes mobilières, qui grevaient les successions dévolues au mineur, et notamment les arrérages déjà échus.

L'art. 385 n'a probablement fait que reproduire la même décision (1).

Ce que nous décidons des intérêts des capitaux, doit être étendu aux arrérages des rentes. La distinction qu'on a proposée à cet égard, ne nous paraît pas fondée, car aujourd'hui toutes les ventes sont des capitaux (529, 1978, 1979).

IV. FRAIS FUNÉRAIRES ET CEUX DE DERNIÈRE MALADIE. — On a soutenu qu'il s'agissait de frais de dernière maladie et frais funéraires de l'enfant lui-même.

Cette opinion est, aujourd'hui, presque universellement abandonnée.

Le père doit, en effet, supporter les frais de toutes les maladies de l'enfant. Pourquoi lui aurait-on imposé d'une manière spéciale, les frais de la dernière maladie?

Il serait étrange de voir imposer à l'usufruitier, une dette qui prendrait naissance au moment même où finit son usufruit légal. Telle serait la

(1) Marcadé sur l'art. 385; Demol., *loc. cit.*, Valette, t. 2, p. 256.

dette de frais funéraires. Ces frais ont toujours été considérés comme une charge de la succession et qui, par conséquent, doivent être supportés par tous les héritiers.

La loi a entendu mettre à la charge de l'usufruitier légal, les frais funéraires et de dernière maladie de la personne qui a laissé les biens à l'enfant. C'était la règle de l'ancien droit. Certaines coutumes le disaient expressément. (Nivernais, titre 23, art. 7.) La jurisprudence avait étendu la règle aux coutumes muettes. Partout le gardien noble était tenu de payer les frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant succédait (1).

Cette obligation a passé dans le Code.

Si le défunt est l'un des époux mariés en communauté, l'époux survivant, usufruitier légal ne sera pas tenu des frais funéraires, et de dernière maladie. Ces frais sont une charge de la communauté (1409-5°).

CHAPITRE III

EXTINCTION DE L'USUFRUIT LÉGAL

Les causes d'extinction de l'usufruit légal sont les suivantes :

(1) Posth., *Garde noble*, III, art. 2, § 6.

1^o *Accomplissement de la dix-huitième année de l'enfant* (384).

L'usufruit légal ne dure pas autant que la puissance paternelle.

En faisant cesser cet usufruit à 18 ans, âge où l'émancipation et le mariage sont permis, la loi a voulu que le père ou la mère n'ait pas intérêt à s'opposer à l'émancipation ou au mariage.

On a considéré, d'autre part, qu'il était bon que l'enfant ait à sa majorité un capital disponible, qui lui permette de s'établir.

Cette extinction de la jouissance légale n'empêchera pas l'administration du père, seulement le père administrateur devra rendre compte des fruits perçus.

2^o *Emancipation du mineur* (art. 384). — L'enfant peut être émancipé à partir de quinze ans. L'émancipation résulte en outre de plein droit du mariage.

Qu'elle émane du père ou de la mère, qu'elle résulte du mariage, elle fait toujours cesser l'usufruit légal.

L'émancipation faite par le père ou la mère peut être révoquée (485). *L'usufruit légal renaîtra-t-il ?*

L'affirmative enseignée par M. Demolombe nous semble fondée. La renonciation du père à l'usufruit légal n'est qu'une conséquence de l'émancipation. L'émancipation étant révoquée, la puissance paternelle revit. Puisqu'elle revit avec ses charges, elle doit revivre avec ses avantages.

Que pourrait-on craindre? que le père ne révoquât l'émancipation pour faire renaître l'usufruit légal à son profit. Mais n'est-ce pas lui-même qui s'est volontairement dépouillé de son usufruit, en émancipant l'enfant?

D'ailleurs l'émancipation ne peut être révoquée que tout autant que les engagements du mineur ont été réduits. Ce sont les tribunaux qui décident cette réduction, la révocation de l'émancipation n'est donc que la conséquence de la décision des tribunaux. Aucun abus n'est donc à craindre.

On dit encore que la révocation de l'émancipation ne doit être faite que pour profiter à l'enfant. C'est une mesure de protection que, dès lors, on ne peut faire revivre à son désavantage l'usufruit légal.

Cette révocation est en effet protectrice; elle a pour but d'empêcher l'enfant de se ruiner, mais elle doit s'en tenir là. Aller plus loin, ce serait dépasser le but que la loi s'est proposé.

Enfin, dans une certaine mesure, il faut reconnaître à cette révocation un caractère pénal.

Elle replace l'enfant émancipé qui a fait preuve de légèreté sous l'autorité paternelle. Cette autorité doit être complète, elle doit s'étendre sur la personne comme sur les biens (1).

Les créanciers du père ou de la mère qui éman-

(1) Valette sur Proud., t. 2, p. 445. Aubry et Rau, t. I, p. 650. *Contrà*, Marcadé sur l'art. 387.

cipe l'enfant, peuvent-ils demander la révocation de l'émancipation en ce qui touche l'usufruit légal, comme faite en fraude de leurs droits ?

Merlin a soutenu l'affirmative, mais cette doctrine est aujourd'hui généralement abandonnée. En effet, le droit d'émanciper l'enfant est un des attributs de la puissance paternelle. C'est donc un droit attaché exclusivement à la personne du débiteur et qui ne tombe pas sous le coup de l'action Paulienne. L'émancipation une fois faite, et on ne peut contester au père le droit de la faire, doit produire tous ses effets (1).

4° *Second mariage de la mère.*

Nous examinerons ce mode d'extinction dans un chapitre spécial, que nous consacrerons aux droits de la mère sur les biens de l'enfant.

5° *Prostitution et corruption des enfants favorisées par les père et mère.*

Aux termes de l'article 335 du Code pénal, la déchéance de la puissance paternelle accompagne la condamnation d'un père ou d'une mère pour avoir favorisé ou excité la débauche des enfants. L'usufruit légal est perdu.

Mais cette déchéance est-elle générale? Peut-on dire que celui qui a favorisé la corruption d'un de ses enfants perd, d'une manière générale, la puissance paternelle, même à l'égard des autres en-

(1) V. les auteurs cités ci-dessus et Marcadé sur l'art. 387, *in fine*.

fants envers lesquels il ne s'est pas rendu coupable?

Nous ne le pensons pas. On arrivera, il est vrai, à ce résultat qui paraît étrange, que le père qui a été condamné pour un crime odieux pourra encore exercer l'autorité paternelle qui devrait toujours être maintenue sans tache. Mais, s'il y a danger, l'intervention protectrice de la mère pourra sauver l'enfant.

Cette déchéance est une peine. La loi ne la prononce que relativement aux biens de l'enfant, envers lequel le père a été coupable, on ne peut l'étendre aux biens des autres.

6° *Défaut d'inventaire dans le cas de l'article 1442.*

L'article 1442 prononce à titre de peine la déchéance du droit d'usufruit légal, contre l'époux survivant qui n'a pas fait dresser inventaire pour constater les biens dont la société née du mariage se compose.

Dans quel délai faut-il que cet inventaire soit fait? La loi ne le dit pas, mais il y a lieu de décider que ce délai est de trois mois. C'est le délai ordinairement fixé par la loi (174 C. pr., 795, 1456, C. c.).

Ce délai est-il fatal? Jamais aux termes de la loi, ce délai de trois mois n'est fatal. Les tribunaux peuvent le proroger. Et nous déciderons de même en notre matière.

Alors même qu'il n'y a pas eu prorogation pro-

noncée par le tribunal, nous ne croyons pas qu'on doive décider que nécessairement la déchéance est encourue par l'époux survivant.

Le tribunal examinera si cet époux est ou n'est pas en faute.

En gardant le silence sur cette question dans l'article 1442, le législateur a dû se référer aux règles du droit commun, et rien dans les articles du Code qui traitent de l'inventaire ne peut nous autoriser à prononcer la déchéance contre l'époux qui n'est pas en faute. (V. 451, 600, 795, 1495, 1456.)

L'art. 1442 s'applique-t-il quel que soit le régime matrimonial des deux époux ?

Les coutumes de Paris et d'Orléans, au cas où l'époux survivant n'avait pas fait inventaire, permettaient aux enfants mineurs de choisir entre les deux partis suivants :

1^o Considérer la communauté dissoute à partir du décès du père ou de la mère ;

2^o Continuer avec le survivant la communauté et ne la dissoudre que par une demande en partage.

Cette décision, le Code l'a remplacée par une double peine :

1^o Les enfants peuvent établir la consistance de l'actif de la communauté par la commune renommée ;

2^o L'époux survivant est déchu du bénéfice de la jouissance légale.

Comme la décision des coutumes ne s'appliquait qu'à la communauté, nous n'appliquerons la déchéance de l'art. 1442 qu'au régime de communauté.

Cette opinion s'autorise des paroles de M. Berlier dans l'exposé des motifs (Locré, t. VII). La déchéance de l'usufruit légal y est présentée comme substituée à la peine de continuation de la communauté dans l'ancien droit.

D'ailleurs, l'inventaire nécessaire dans le régime de communauté l'est beaucoup moins sous les autres. En effet, sous les régimes de communauté légale ou conventionnelle, il y a une confusion de biens, qu'on ne rencontre pas sous les régimes exclusifs de communauté. On comprend donc qu'il y ait des règles spéciales à la communauté qui ne peuvent s'étendre aux autres régimes.

Si l'on exige de l'époux commun un inventaire, c'est pour qu'il ne puisse pas abuser des effets communs et les faire disparaître.

7^o *Décès de l'enfant.*

Quand l'enfant est mort, la puissance paternelle cesse et, par conséquent, aussi l'usufruit légal.

L'art. 620 décide que, lorsque l'usufruit a été institué à condition que l'usufruitier jouira jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint tel âge fixé, le droit de l'usufruitier dure jusqu'à cette époque, ce tiers étant mort avant d'avoir atteint l'âge prévu.

Cet article ne peut pas être invoqué par le père,

afin de décider que son usufruit légal doit durer jusqu'à l'époque où l'enfant aurait atteint dix-huit ans. D'abord le fils n'est pas un tiers, les termes mêmes de l'art. 620 résisteraient à toute prétention du père.

Ensuite la loi n'a pas accordé au père un droit de jouissance pour un temps déterminé. Elle a accordé ce droit comme un corollaire de la puissance paternelle.

Si elle le fait cesser à dix-huit ans, c'est dans l'avantage de l'enfant, mais on ne saurait déduire de là que c'est un droit dont la durée a été fixée d'avance par la loi.

Enfin la meilleure preuve que l'art. 620 n'est pas applicable, nous la trouvons dans l'art. 714 qui accorde au père ou à la mère en concours avec des collatéraux de l'autre ligne, l'usufruit du tiers des biens dévolus à ces collatéraux. Preuve évidente qu'ils n'ont pas l'usufruit de tous les biens formant la fortune de l'enfant.

Si le Code s'est expliqué spécialement sur ce cas, c'est qu'il en était différemment dans le droit romain. L'usufruit du père sur le pécule adventice ne cessait pas par la mort de l'enfant.

L'art. 387 prévoit un mode d'extinction qui n'existe plus aujourd'hui : l'usufruit légal devait être perdu pour l'époux, contre lequel le divorce avait été prononcé.

Cette déchéance ne peut pas s'appliquer à l'époux contre lequel la séparation de corps est

prononcée. On ne peut pas raisonner par analogie du divorce à la séparation de corps. Le divorce brise le lien du mariage, la séparation de corps le laisse subsister. La déchéance étant pénale ne peut être étendue d'un cas à l'autre.

Modes d'extinction communs à l'usufruit légal et à l'usufruit ordinaire.

Il y a des modes d'extinction de l'usufruit ordinaire qui ne sont pas applicables à l'usufruit légal. Ainsi, il est évident qu'il ne saurait y avoir question de prescription du droit d'usufruit légal. Il faudrait, en effet, un non-usage pendant trente ans, et la jouissance du père ne peut avoir qu'une durée de dix-huit ans au plus.

D'autre part, *la mort de l'usufruitier, la renonciation à l'usufruit, l'abus de jouissance* peuvent amener l'extinction de l'usufruit légal.

Il n'y a rien de spécial à observer quant à la mort de l'usufruitier et à l'abus de jouissance. Mais quelques observations sont nécessaires en ce qui concerne la renonciation à l'usufruit.

Renonciation à l'usufruit. — Le père peut renoncer à tout ou à partie de l'usufruit légal, à l'usufruit légal sur les biens de tous les enfants ou de l'un d'eux seulement.

En renonçant à l'usufruit légal il se débarrasse des charges pour l'avenir.

Mais cette renonciation ne peut avoir aucun effet rétroactif, et le père ne pourrait pas en rendant compte des bénéfices qu'il a perçus dans le passé

s'exonérer des charges qui, à raison de sa puissance légale, devaient peser sur lui.

On ne peut effacer son titre d'usufruitier dans le passé, il doit donc être tenu de toutes les charges attachées à ce titre.

Cette renonciation peut-elle être attaquée par l'action Paulienne ?

L'affirmative nous semble fondée.

La renonciation à l'usufruit légal est une libéralité que le père fait à son enfant. Elle doit être soumise aux mêmes règles, que les autres libéralités.

Nous en avons décidé autrement au cas de renonciation à l'usufruit provenant de l'émancipation. C'est que, par l'émancipation, la puissance paternelle elle-même est éteinte et l'usufruit légal ne saurait exister sans cette puissance.

Il en est bien différemment ici où le père conserve l'autorité.

En faisant dans l'espèce revivre l'usufruit, on ne peut pas dire que l'on met une entrave au libre exercice des droits de l'autorité paternelle attachés exclusivement à la personne du père.

SI L'USUFRUIT LÉGAL APPARTIENT AUX PÈRES ET AUX MÈRES ÉTRANGERS

Dans l'ancien droit on agitait déjà la question de savoir si la garde était de statut réel ou de statut personnel.

L'opinion qui rattachait la garde au statut réel avait prévalu. La garde était, en effet, un droit sur les biens et non sur la personne de l'enfant. L'entretien et l'éducation des enfants n'étaient que des charges imposées à ce droit. L'art. 265 de la Coutume de Paris disait : « Le gardien a l'administration des meubles et fait les fruits siens de tous les immeubles du mineur....., à la charge de le nourrir, etc. » En suivant cette opinion qui s'appuie sur la lettre des Coutumes, toutes les lois relatives à la garde devaient être des lois réelles limitées au territoire de chaque coutume, de sorte que, si les biens de l'enfant se trouvaient situés en différents endroits, il pouvait y avoir autant de règles différentes que de territoires.

Cette opinion était combattue. Certains jurisconsultes, envisageant le droit en lui-même, faisaient remarquer que c'était moins un droit sur les biens que sur la personne. Aussi étaient-ils d'avis qu'il ne devait y avoir qu'une seule règle de garde : celle de la Coutume du domicile, car la garde sur les biens n'est que la conséquence d'un droit personnel qui doit être réglé par le statut personnel (1).

Aujourd'hui la question n'est pas moins susceptible de controverse.

L'usufruit légal n'est qu'un accessoire de la puissance paternelle. Cette puissance peut être

(1) M. Chambellan à son cours.

organisée d'une manière différente par la loi étrangère.

La loi étrangère n'accorde peut-être pas la même compensation de l'usufruit légal pour les charges de la paternité.

Elle peut trouver juste de n'en accorder aucune. Ou bien la loi étrangère peut prononcer des déchéances, quant à l'usufruit, qu'il n'y a pas dans la loi française.

Cela pourrait arriver notamment dans un pays où le divorce existe. La perte de l'usufruit légal est encourue, selon le Code civil roumain, par l'époux contre lequel a été prononcé le divorce.

Dans tous ces cas, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'accorder l'usufruit sur des biens situés en France.

Si la loi étrangère est peut-être injuste, ce n'est pas à la loi française de réparer l'injustice à l'égard d'un étranger.

Si la loi étrangère est bonne, pourquoi accorder une faveur qui n'a aucune raison d'être? Tout doit se tenir dans l'organisation de la famille.

On ne peut prétendre que l'usufruit légal est de statut réel et doit frapper tous les biens situés en France. L'usufruit légal dépend de la puissance paternelle, qui est de statut personnel, donc il n'affecte pas nécessairement les immeubles français.

Tout doit dépendre de la loi étrangère, et l'usufruit légal n'existera au profit du père que tout autant qu'elle l'accorde.

Nous déciderons à l'inverse que l'usufruit d'un père français porte sur les biens que son enfant peut avoir à l'étranger, alors même qu'il n'y aurait dans la loi étrangère aucune disposition accordant au père un droit de jouissance légale. La puissance paternelle doit s'exercer à l'égard de l'enfant français, telle qu'elle est réglée par le Code.

CHAPITRE IV

PARTICIPATION DE LA MÈRE A LA PUISSANCE SUR LES BIENS

Quand la mère exerce la puissance dans la famille, ses droits sur les biens de l'enfant sont les mêmes que ceux du père.

L'administration et la jouissance légales peuvent donc lui appartenir.

Quelques questions spéciales se sont présentées, nous allons les examiner.

Lorsque le père a été interdit, l'autorité revient à la mère. Elle doit lui revenir pleine et entière.

On a soutenu cependant que, dans ce cas, la femme n'aura l'administration des biens de son enfant que tout autant qu'elle aura été nommée tutrice de son époux interdit.

Il n'y a rien dans la loi qui puisse nous autoriser à enlever à la mère un attribut de la puissance.

C'est en sa qualité de mère qu'elle administre, qu'importe qu'elle soit, ou non, tutrice de son mari.

La mère qui exerce la puissance, doit avoir aussi l'usufruit légal.

Mais que décider, *si la mère exerce la puissance paternelle du vivant du père, par suite de l'impossibilité dans laquelle celui-ci se trouve ?*

L'usufruit légal doit lui revenir. Alors que toutes les charges de la puissance paternelle lui sont imposées, que c'est à elle que revient le droit d'élever l'enfant, l'obligation d'administrer ses biens, quelle raison y aurait-il de faire une différence pour l'usufruit ?

On lui accorderait donc les charges, et on lui refuserait l'émolument.

Elle agit, dit-on, tant que le père vit, au nom de celui-ci, en vertu d'une délégation. C'est ce que nous contestons. Le droit de la mère réside en elle-même, la loi l'associe à l'autorité de la famille, elle n'a nul besoin d'emprunter la puissance du père. Chaque fois que celui-ci est dans l'impossibilité d'agir, l'autorité dans la famille revient à la mère avec les mêmes obligations, avec les mêmes droits.

On objecte les termes de l'art. 384 : l'usufruit appartient au père *durant le mariage*. Mais l'art. 373 a dit aussi que, pendant le mariage, le père *seul* exerce l'autorité paternelle. Peut-on prendre cet article à la lettre ? Evidemment non.

Il doit en être de même de l'art. 387. Ces deux articles qui sont dans une corrélation étroite, statuent sur ce qui arrive le plus souvent. Mais, si en cas d'impossibilité du mari, on impose à la femme toutes les charges de la puissance paternelle, on ne saurait, sans injustice, lui enlever l'usufruit légal qui est l'émolument de ces charges.

On tient que l'art. 373 signifie que le *père dans les cas ordinaires et la mère dans certains cas exceptionnels* exercent la puissance paternelle. Pourquoi l'art. 384 qui emploie les mêmes expressions : *pendant le mariage*, voudrait-il dire : *Le père a toujours l'enfant et la mère, jamais?*

On oppose encore un argument tiré de l'art. 141 qui, en cas d'absence du père, attribue à la mère la surveillance des enfants et *tous les droits du mari quant à l'éducation et à l'administration de leurs biens*. Cet article, dit-on, refuse à la mère l'usufruit légal. L'argument ne nous semble pas irrésistible. Si l'article ne parle pas de l'usufruit, c'est un oubli. Il n'a songé qu'à ce qui est plus essentiel dans la puissance paternelle. D'ailleurs l'usufruit légal est la récompense que la loi accorde pour l'administration, il en est l'accessoire, le législateur n'avait pas besoin de l'attribuer d'une manière expresse à la mère.

Remarquons que la question ne présentera en pratique aucun intérêt si les deux époux se trouvent mariés sous le régime de communauté. L'usufruit, dans ce cas, tombe dans la commu-

nauté, qu'il appartienne au père ou à la mère.

C'est là un argument qu'on a tourné contre notre système lorsque le père est déchu de son droit par application de l'art. 335 du Code pénal.

La déchéance de l'usufruit légal est, dit-on, une peine. Cette peine, si l'on attribue l'usufruit à la mère, n'atteindra pas le père coupable, car l'usufruit tombera en communauté et même s'il n'y a pas communauté, les revenus des époux étant dépensés en commun, la déchéance de la loi ne sera pas réellement encourue.

A cela nous répondons que, s'il y a inconvénient, cet inconvénient résulte, non pas de l'attribution de l'usufruit légal à la mère, mais des règles qui régissent les régimes matrimoniaux.

D'ailleurs on ne peut sortir de ce raisonnement que la mère qui a toutes les charges de la puissance doit en avoir le bénéfices, et alors où puiserait-on le droit d'étendre à la mère une déchéance pénale, de punir la mère qui ne s'est rendue coupable d'aucune faute ? Et c'est vraiment lui étendre la déchéance pénale, alors même qu'elle est mariée sous le régime de la communauté ; car, quoique l'usufruit tombe en communauté il n'en est pas moins vrai qu'elle en profite.

Et si le mari chef de la communauté profite de l'usufruit qui y tombe du chef de sa femme, ne pourrait-on pas dire que c'est par suite de l'égalité qui régit les rapports des époux mariés en communauté ? La femme a profité certainement en

fait de l'usufruit qui avait appartenu à son mari. N'est-il pas juste que le mari profite aussi de l'usufruit appartenant à la femme. Ce mari est déchu de ses droits comme père, mais non de ses droits comme chef de la communauté.

Sous le régime dotal l'usufruit légal appartiendra exclusivement à la femme. Ce sera un bien extradotal. On ne peut donc pas dire que la déchéance n'atteint pas le mari.

Il en est de même sous le régime de séparation de biens dans lequel la femme ne contribue aux charges du ménage, ne donne par conséquent ses revenus au mari, que jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé.

Sous le régime sans communauté, notre décision peut avoir plus d'inconvénients, car tous les revenus de la femme tombent entre les mains du mari. Mais il ne faut pas oublier que ces revenus ont une détermination spéciale. Ils sont destinés aux besoins du ménage. L'usufruit légal lui-même est grevé de charges déterminées. La femme pourra donc toujours empêcher le mari d'employer l'usufruit légal à son profit personnel.

Comment finit l'usufruit légal accordé à la mère. — Toutes les causes qui amènent l'extinction de la jouissance légale du père, sont applicables lorsque cette jouissance passe à la mère. Nous rencontrons de plus une cause d'extinction spéciale : *le second mariage de la mère.*

On a pensé qu'il ne convenait pas que la mère pût porter dans une autre famille, la fortune des enfants d'un précédent mariage, et surtout qu'elle pût enrichir un second mari avec les biens provenant du premier (1).

Ces inconvénients existent dans une certaine mesure, pour le père qui se remarie. Les mêmes motifs semblaient devoir dicter la même décision. Mais on a fait observer, qu'il y avait une différence entre le père et la mère qui se remarie.

Le père reste le chef de la nouvelle société conjugale, c'est lui qui perçoit et qui dispose de tous les revenus.

La mère, au contraire, quel que soit le régime matrimonial qu'elle adopte, doit verser entre les mains de son nouveau mari ses revenus. La loi s'est montrée défiante envers cet étranger, pour les enfants du premier lit. Il aurait pu ne pas employer convenablement et selon leur destination : l'entretien et l'éducation des enfants, les revenus de leurs biens.

On s'est laissé aussi influencer par la tradition. La règle générale des coutumes était : que le convol en secondes noces de la gardienne, faisait cesser la garde ; au contraire, le nouveau mariage du gardien ne portait aucune atteinte à son droit.

Que décider si le second mariage de la mère est nul ? Perd-elle, dans ce cas, l'usufruit légal ?

(1) Loqué, *Législ. civ.*, VII, 65.

Une distinction a été proposée.

Si la mère est de bonne foi, son mariage putatif doit produire tous ses effets civils, et par conséquent, l'extinction de l'usufruit, si, au contraire, la mère est de mauvaise foi, comme son mariage ne peut produire aucun effet, elle devra conserver son usufruit légal (1).

L'équité répugne à admettre cette décision qui arrive à faire traiter d'une manière plus dure, la mère innocente que la mère coupable. Nous ne croyons pas qu'elle soit imposée par la loi.

Dans tous les cas, la mère doit perdre son usufruit.

L'art. 386 ne distingue pas entre le mariage nul et valable.

La mère a contracté un second mariage. Elle a abdiqué à son usufruit légal. La décision judiciaire, qui annule ce second mariage, n'empêche pas le fait d'exister, et ce fait entraîne la perte de la jouissance.

D'ailleurs, si l'on décide que la mère conserve l'usufruit, on retombe dans tous les inconvénients que la loi a voulu éviter. N'est-ce pas le nouveau mari de la mère, qui tant que l'annulation n'a pas été prononcée, a eu la pleine et libre administration des revenus des enfants du premier lit? Et remarquez que le mariage nul peut avoir duré longtemps en fait, jusqu'à la mort peut-être de l'un des époux.

(1) Durantin, t. III, 387; Chardon, *Puiss. pat.*, 160.

Il faut que le mariage nul de la mère ait été *librement consenti*. Sans cela notre décision deviendrait complètement inique.

On ne peut pas dire que la mère a renoncé à son droit, quand la nullité du mariage ne provient que de la violence qu'on a faite à son consentement (1).

Si la mère redevient veuve, recouvre-t-elle sa jouissance légale ?

Nous ne le pensons pas. L'usufruit s'est éteint définitivement. Il ne pourrait revivre qu'en vertu d'un texte de loi.

L'art. 386 dit d'une manière absolue : *La jouissance cessera*. Rien ne peut autoriser à ajouter pendant la durée du second mariage, seulement.

Que si on nous oppose que les motifs qui avaient fait enlever à la mère sa jouissance n'existent plus, car le second mari est mort, nous répondrons que ces motifs n'ont disparu qu'en partie. Des enfants ont pu naître du second mariage.

Ce mariage a dû toujours laisser des traces, il a distrahit la mère de l'affection exclusive qu'elle doit à ses enfants (2).

On s'est demandé si l'*usufruit de la mère pouvait lui être enlevé pour cause d'inconduite notoire* ? Nous ne croyons pas qu'on puisse raisonner par *a fortiori* de l'art. 386. Cette déchéance du droit

(1) Demol., l. VI, 563; Aubry et Rau, t. IV, p. 615; Demante, l. I, 131 bis.

(2) Demol., *loc. cit.*, Aubry et Rau; Demante.

d'usufruit est en effet exceptionnelle, elle doit être renfermé dans les limites les plus étroites.

Aux termes de l'art. 444, on pourrait enlever à la mère, la tutelle de ses enfants pour cause d'inconduite notoire.

Mais autre chose est la tutelle, autre chose est la puissance paternelle (1).

Et si l'on voulait raisonner par *a fortiori* de l'article 444, il faudrait décider aussi que le père écarté de la tutelle pour inconduite, perd l'usufruit légal. Personne n'est allé jusque-là.

La mère qui, au lieu de se dévouer à ses enfants, ne leur donne que des exemples de scandale, ne saurait être assez méprisée. Elle ne mériterait certainement pas la jouissance des biens de ses enfants, mais en dehors d'un texte de loi qui la punisse, nous ne pouvons la punir.

Peut-être que, dans ces questions de la famille, la loi fait bien de ne pas chercher trop à lever le voile et à signaler par des jugements la mère, quelle qu'elle soit, au mépris de son enfant.

C'est aux mœurs à compléter la loi, à faire sentir aux mauvaises mères leur faute immense et il n'y a pas de fibre plus délicate et plus tendre, dans le cœur de toute femme que celle de la maternité.

(1) Il a été jugé que la mère qui, à cause d'inconduite notoire, est privée du droit d'éducation, ne perd ni son usufruit ni l'administration légale (Cass., affaire Carier, 1865; Dalloz, II, 25).

APPENDICE

PUISSANCE PATERNELLE A L'ÉGARD DES ENFANTS

NATURELS

La reconnaissance d'un enfant naturel lui crée une famille.

Par qui sera exercée la puissance paternelle sur l'enfant ?

Si la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de la mère, elle seule exercera la puissance.

Mais, si le père a reconnu son enfant naturel en même temps que la mère, auquel des deux appartiendra la puissance ? Le Code a gardé le silence sur cette question. Elle est très-délicate et grosse de difficultés. Que la situation normale, légitime du mariage, soit réglée, rien de plus facile. Le père et la mère légitimes méritent toute la confiance de la loi. La loi a trouvé par le mariage la famille fondée, elle n'a eu qu'à suivre la pente naturelle pour arriver à des décisions équitables. Combien il en est différemment des pères et mères naturels !

Quelle règle de conduite suivre ? Le père et la

mère de l'enfant reconnus peuvent vivre ensemble, mais le plus souvent ils vivront séparés. Le plus souvent aussi quelle différence entre eux de condition, d'éducation. Rarement leur destinée est commune et quelle que soit la vie inséparable qu'ils mènent, le mariage seul peut effacer l'inégalité de leur position.

Que de différences aussi peut-être dans les circonstances qui ont accompagné la reconnaissance de l'un et de l'autre.

Quel serait le guide à prendre en pareille incertitude ? Le Code a hésité, il a préféré garder le silence.

Chacun tranche un peu à sa guise les grandes questions concernant les enfants naturels, questions qui deviennent chaque jour plus importantes par le nombre toujours croissant de ces enfants.

On est d'accord pour donner aux tribunaux un grand pouvoir discrétionnaire. L'enfant naturel a plus besoin de protection que l'enfant légitime. Il n'a pas de famille à laquelle il se rattache, qui puisse intervenir pour lui. Devant la société, devant la loi, il n'a pas les droits de l'enfant légitime.

Il n'a pas pour lui cette garantie de bonnes mœurs qui résulterait du mariage de ses parents.

Rien de plus juste dès lors que les tribunaux décident toujours selon les circonstances, dans l'intérêt de l'enfant.

Mais, en l'absence d'une décision judiciaire, qui exercera l'autorité? Nous croyons que ce doit être le père seul. La loi, en effet, rattache l'enfant reconnu par les deux parents, plus au père qu'à la mère. C'est le père qui lui donne son nom. C'est le père qui lui transmet sa nationalité. C'est enfin le consentement du père qui l'emporte sur le refus de la mère quand l'enfant naturel veut se marier.

La famille naturelle a été ainsi réglée sur le modèle de la famille légitime.

Attributs de la puissance paternelle. Comment elle s'exerce.

Le père qui exerce la puissance sur l'enfant doit avoir le droit de garde, d'éducation et de correction.

Tout ce que nous avons dit de la garde et de l'éducation des enfants légitimes, s'applique aux enfants naturels. Quant au droit de correction, une grande difficulté s'élève.

Faut-il appliquer le droit de correction de la même manière aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes?

Il y a d'abord trois points qui sont hors de doute :

1° L'enfant peut être détenu, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition (376-377).

2° On est tenu d'éviter les formalités judiciaires autant que possible (378).

3° Les pères et mères naturels ont toujours le

droit de pardonner et d'abrégé la détention (380).

En effet, l'art. 383 dit : Les articles 376, 377, 378 et 380 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.

Quant à la disposition de l'art. 380, le pardon est tellement de l'essence de la puissance paternelle, qu'on ne peut l'enlever au père ou à la mère qui ont le droit de punir.

Mais, si le père se remarie, perd-il le droit d'exercer la puissance, par voie d'autorité? Que décider aussi si l'enfant exerce un état ou a des biens personnels? Relativement à la mère, comment exercera-t-elle le droit de correction; a-t-elle besoin du concours de deux amis du père (l'enfant naturel n'ayant pas de parents), enfin, si elle se remarie, perd-elle le droit de correction? En un mot, les art. 380, 381, 382, qui ne sont pas mentionnés dans l'art. 383 doivent-ils être étendus comme les art. 376, 377, 378, 380, aux pères et mères naturels?

Il n'y a aucune différence à faire, et il faut appliquer au droit de correction des pères et mères naturels, les règles qui régissent le droit des pères et mères légitimes.

Si l'enfant né du mariage, qui a des biens personnels ou qui exerce un état, mérite la protection de la loi, pourquoi en serait-il différemment de l'enfant naturel? Il n'y a aucune bonne raison de distinguer.

Pourquoi le père qui se remarie, voit-il son

droit de correction modifié? C'est que la loi a redouté l'influence de la nouvelle femme. Le père remarié ne présente plus de garanties suffisantes, pour exercer encore, d'une manière absolue, son droit.

De même, la mère qui se remarie perd son droit, parce que l'affection qu'elle voue à son nouvel époux, la dépendance dans laquelle elle se place, ne lui permet plus d'exercer son droit avec autant de justice.

Certes, on peut invoquer les mêmes motifs quand le père ou la mère de l'enfant naturel se remarie.

Dans l'un et l'autre cas, même influence étrangère à craindre, même défaut de garantie. Le père ou la mère ne verra plus la faute à travers sa tendresse.

Pourquoi ne protégerait-on pas l'enfant naturel? S'il y a crainte pour l'enfant légitime, d'autant plus pour l'enfant naturel. Le nouvel époux peut supporter sans haine, l'enfant d'un premier mariage, il ne supportera pas un enfant naturel.

Des motifs puissants exigent l'extension de la règle.

On nous objecte un argument de texte. L'article 383 ne désigne pas les art. 380, 381, 382. C'est que probablement il n'a pas voulu les appliquer aux enfants naturels.

Mais il y a d'autres articles qui ne sont pas mentionnés et qui sont néanmoins applicables

aux enfants naturels, tels sont les art. 371. 372, 374. Hésite-t-on à étendre les dispositions de ces articles? Personne, que nous sachions.

Donc l'objection tirée de ce que l'art. 381 ne mentionne pas les art. 380... n'est pas concluante.

« Si le législateur ne les a pas spécialement rappelés, dit M. Demolombe, c'est que peut-être, en arrivant aux art. 380 et 381, il a rencontré ces mots : le père remarié et la mère non remariée, dont la rédaction, supposant un premier mariage, ne convenait pas textuellement aux père et mère naturels (1). »

Le législateur n'avait pas besoin de rappeler tous les articles de détail, une fois qu'il avait établi ce principe que le droit de correction appartient au père naturel.

M. Demante applique à l'enfant les dispositions de l'art. 382 qui statue sur le cas où l'enfant a une fortune personnelle ou exerce un état, mais refuse de lui appliquer les art. 380 et 381, car, dit-il, on ne peut prétendre que l'union illicite équivaut à un mariage, et dès lors nous ne nous trouvons pas dans les termes de la loi. On ne peut pas dire qu'il y ait eu second mariage (2).

Mais nous ne croyons pas devoir admettre cette opinion intermédiaire. Ce n'est pas le second mariage que la loi punit, elle décide l'intervention du tribunal dans l'intérêt de l'enfant.

(1) Demol., t. VI, p. 240.

(2) Dem., *Cours analytique*. t. II, 128 bis, V.

Les mêmes motifs exigent la même intervention pour l'enfant naturel.

Si la loi a employé les expressions *se remarie*, c'est qu'il était question d'enfants légitimes nés d'un précédent mariage. Ne l'appliquer qu'à ces enfants, ce serait l'interpréter d'une façon trop textuelle.

Comment légitimer d'ailleurs la différence qui existerait entre l'enfant légitime et l'enfant naturel ?

On a dit que la position même dans laquelle se trouve l'enfant naturel le rend irritable, mécontent de son sort irrespectueux, plus difficile à gouverner que l'enfant légitime.

Les pères et mères naturels qui ont moins d'autorité morale que les pères et mères légitimes, doivent avoir plus d'autorité légale.

Mais est-ce vraiment accorder plus d'autorité aux pères et mères naturels ? L'enfant deviendrait-il plus respectueux ? sera-t-il moins mécontent des inégalités que malheureusement la société consacre, parce que le père pourra toujours agir par voie d'autorité ? Nous ne le pensons pas. L'intervention du président du tribunal n'affaiblit pas l'autorité du père, quand cette autorité s'exerce justement.

Cette doctrine n'aurait pour conséquence que de priver de toute protection l'enfant naturel, qui en a d'autant plus besoin « qu'il est tout seul, « qu'il n'a point de famille, qu'il ne rencontre

« partout que des indifférents, souvent même des
« adversaires et des ennemis parmi les parents de
« ses père et mère (1). »

Enfin il ne serait ni moral, ni logique, ni dans l'esprit de la loi d'accorder plus d'autorité aux parents naturels qu'aux parents légitimes.

Les père et mère naturels ont-ils des pouvoirs sur les biens de leur enfant ?

Sur cette question, le Code est muet. En ce qui concerne l'administration légale, il n'y a aucun doute. Le père d'un enfant naturel n'a jamais l'administration légale de ses biens. En effet, l'administration légale n'existe que pendant le mariage, parce que, pendant le mariage, il n'y a pas de tutelle.

L'enfant naturel est mis en tutelle dès sa naissance. C'est le tuteur qui administre ses biens s'il en a.

La question semble plus délicate pour l'usufruit légal, car l'usufruit légal n'est que la compensation des charges de la puissance, et les père et mère naturels ont ces charges.

Cependant, nous n'hésitons pas à décider que les père et mère n'ont jamais l'usufruit des biens de leurs enfants.

L'art. 384 refuse implicitement le droit aux père et mère naturels en employant ces termes *durant le mariage... après la dissolution du mariage.*

(1) Demol., t. VI, 645.

Il n'y a aucun texte législatif qui nous permette d'introduire cet usufruit, et l'usufruit légal ne peut exister qu'en vertu d'une loi.

Les motifs historiques viennent à l'appui de notre décision. Le projet du Code portait que tous les articles du titre seront communs aux père et mère des enfants naturels. On a supprimé cette assimilation parce qu'on ne voulait pas accorder une espèce de récompense pécuniaire à la paternité naturelle (1).

Enfin, il ne serait pas équitable que les père et mère naturels aient, sur les biens des enfants, les droits des père et mère légitimes, quand les enfants naturels n'ont pas les droits des enfants légitimes (2).

Pour résumer tout ce que nous avons dit sur les enfants naturels, nous croyons que les père et mère naturels ont sur la personne des enfants les mêmes droits que les père et mère légitimes, mais qu'ils n'ont aucun droit sur les biens.

(1) Loaré, *Législ.*, t. VII, p. 14.

(2) Demol., *loc. cit.*; Dem., t. 2, 128 bis; Valette, *Explication somm.* du L. 1^{er} C. Nap.

DROIT ROUMAIN

De tout temps, la Valachie et la Moldavie, quoique formant deux Etats différents, suivaient la même destinée.

Ces deux peuples qui, au point de vue de l'origine, de la langue, des mœurs, ne formaient qu'une nation, avaient les mêmes besoins, la même culture, la même vie.

Cette communauté parfaite se fait surtout sentir dans leurs institutions, et nous voyons le même travail législatif s'accomplir dans les deux pays, presque aux mêmes époques.

Anciennement, en Moldavie comme en Valachie, il n'y avait d'autre loi que la *Coutume*, qui était le droit romain non écrit, introduit dans le pays par les colons de Trajan, et les *Basiliques* qui contenaient les dispositions écrites du droit de Byzance et qui formaient la loi écrite : *Pravila* (1).

Nous ne rencontrons de grand travail législatif que vers le milieu du xvii^e siècle.

(1) Costa-Foru, *Magas. judic.*, p. 327.

Cependant, depuis longtemps déjà, la science du droit était en honneur, en Moldavie surtout. Dès le commencement du xv^e siècle, Alexandre le Bon, prince de Moldavie, avait fondé à *Suciava*, capitale de son Etat, une université dans laquelle le droit du Bas-Empire était enseigné. Pour commencer cet enseignement, il fit venir de savants professeurs de Byzance (1).

Plus tard, nous voyons fleurir l'Université de *Cotnari*, qui eut une très-grande réputation en Orient.

La langue juridique était le grec, Alexandre le Bon fut le premier qui essaya, vers 1433, de réunir les différentes lois et de faire un Code en langue roumaine. Sa tentative échoua. Ce n'est qu'en 1636 que parut le premier Code roumain.

Ce fut le Code de Basile le Loup, prince de Moldavie.

Ce Code a pour titre :

Manuel moldave des lois impériales et autres maximes de droit, traduit de plusieurs ouvrages grecs, sur l'ordre du prince de Moldavie Basile.

Il ne renferme que peu de dispositions de droit civil, ce qui prouve qu'à cette époque la coutume était toute-puissante. La plupart des règles de ce

(1) Le Dr Neigebauer, conseiller de justice à Vienne, a publié à ce sujet un important travail qui a été annoté par M. Costa-Foru, professeur de Code civil à la Faculté de Bucharest, *Magas. judic.*, p. 323 et suivantes.

Code sont des règles de procédure et de droit pénal.

Presque à la même époque, probablement en 1652 (1), parut, en Valachie, le Code Mathieu Bessaraba dont le titre est :

Correction de la loi, avec l'aide de Dieu, qui seul a le pouvoir épiscopal et impérial de juger toutes les fautes des clercs et des laïques.

Quelques dispositions de droit civil et de droit pénal, un grand nombre de règles canoniques forment le Code Mathieu Bessaraba, qui a encore aujourd'hui dans l'Eglise roumaine autorité de droit canonique.

Les règles concernant le droit civil avaient une grande importance, au point de vue du mariage considéré comme sacrement de l'Eglise et au point de vue du divorce que le tribunal épiscopal pouvait seul prononcer.

Les Codes Basile le Loup et Mathieu Bessaraba sont remarquables, à plus d'un point de vue. Ce sont les premières compilations de lois qui se soient faites en Roumanie.

*imprimé
Bessaraba*

On employait la langue roumaine pour la première fois, ce qui permettait de les répandre.

La connaissance de la loi ne restait plus l'apanage des boïards ou des prêtres qui connaissaient le slave ou le grec.

L'importance législative de ces Codes est aussi

(1) V. à cet égard l'excellente monographie de M. Missail : *Epoca lui M. Bessaraba.*

considérable par le grand nombre de dispositions qu'ils renferment.

Le droit civil n'en resta pas moins coutumier en sa plus grande partie. A la coutume s'ajoutèrent les ordonnances des princes. Ces ordonnances avaient force de loi.

Cependant, sous le régime oppressif et dilapidateur des Fanariotes, il y eut tant d'ordonnances contradictoires, tant de lois d'occasion, qu'il ne resta plus aucune règle certaine de conduite, aucune sûreté, et que la loi était devenue un véritable piège (1).

Vers la fin du XVIII^e siècle, le prince Muruzzi en Moldavie, et le prince Ypsilanteen Valachie (1799) promulguèrent deux Codes qui sont incomplets.

Enfin, en 1817, parurent les Codes *Caragea* et *Callimaki*. Le Code *Caragea* fut appliqué en Valachie, le Code *Callimaki* en Moldavie.

Ces deux Codes précédèrent immédiatement le Code civil actuellement en vigueur qui fut introduit en 1865 (2).

Comment la famille avait-elle été organisée en Roumanie, quelle est son organisation actuelle ?

Les traditions romaines avaient laissé de nombreuses traces en Roumanie. Elles nous avaient légué la forte notion de famille, unie sous l'autorité d'un chef.

(1) C. Negruzzi, Préface à la collection des lois du *logothète* Donici.

(2) En Moldavie il y eut une remarquable collection de lois publiée quelque temps après le Code *Moruzzi* par le *logothète* (ministre de la justice) A. Donici.

Il n'y eut pas chez nous cet esprit d'indépendance des membres de la famille, cette émancipation de la femme qu'on rencontrait chez les peuples d'origine germanique. La famille garda le caractère romain et ceci jusque dans les moindres choses qui s'y rattachaient.

Dans les fêtes qui accompagnent le mariage, la naissance des enfants, dans le deuil de la mort, on voit encore les traditions romaines conservées même dans les villes.

Il y a toutes les fêtes *des spomalia*; dans la famille, on voit cette religion des ancêtres et l'usage des repas funèbres.

Le père dirigeait seul sa maison et, du vivant du mari, la femme ne devait trouver sa gloire que dans les devoirs du foyer, soumise elle-même à peu près comme une fille à l'autorité de son mari.

Cependant, au point de vue des mœurs, son titre de mère, l'affection qu'elle inspirait, lui donnait le droit d'intervenir, et la religion chrétienne l'avait associée au devoir et à la puissance du père.

Après la mort de celui-ci, c'est elle qui dirigeait la maison et qui exerçait l'autorité.

Ces règles étaient dans les mœurs, plus que dans la loi, et le Code Caragea lui-même ne renferme que des dispositions fort incomplètes.

Le Code Caragea se contente de poser en principe que l'administration des biens et les actions

d'un mineur dépendent de la puissance paternelle. (Chap. III, 2.)

Quant aux points de détail, en quoi cette puissance paternelle consiste, quels sont les pouvoirs sur les biens, dans quelle mesure la mère est associée à l'autorité ? le Code Caragea est muet.

D'ailleurs, si la direction de la famille, l'exercice de l'autorité n'étaient confiés qu'au père, la puissance paternelle n'avait jamais eu ce caractère absolu et inflexible que nous voyons dans le droit romain. La tradition romaine ne nous était parvenue que mitigée et adoucie.

La puissance paternelle était un devoir. Le *Code Ypsilanti* le dit, et en ceci, il ne fait que reproduire ce qui, depuis longtemps, existait dans la coutume :

Le devoir des parents est de toujours conseiller leurs enfants au bien (1).

Donc, il y a pour les parents devoir de conseiller, devoir d'éducation. Et ce principe pouvait être fécond en conséquences, car le juge décidait *ex æquo et bono*.

En ce qui concerne la puissance paternelle comme en tout, bien plus supérieur fut le *code Callimaki*.

Le Code moldave 1817 est dans beaucoup de ses parties une œuvre excellente.

On y voit dominer une connaissance approfondie

(1) Art. 3. *Pentru copii si parinti, C. Yps.*

die du droit romain, un esprit juridique très-grand. Le point de vue auquel se place le législateur pour dicter ses règles est toujours très-élevé (1).

Nous trouvons dans ce Code un grand nombre de règles relatives à la puissance paternelle.

L'article 182 dit : « Les parents doivent à leurs
« enfants une éducation convenable, qu'ils leur
« donneront en prenant soin de leur vie et de la
« santé des enfants, en dirigeant vers le bien les
« forces de leurs corps et les qualités de leurs es-
« prits, *en assurant leur bonheur futur par l'en-*
« *seignement des dogmes de la foi et des autres*
« *sciences utiles.* »

Toutes les obligations des parents sont ainsi indiquées.

(1) Voici l'appréciation que M. Carl Zacharia fait du Code Callimaki :

« Ce Code civil est fort bien conçu et se recommande surtout par cela, qu'il n'est pas l'œuvre de théories abstraites. Il se rattache au droit byzantin et représente, en même temps, la codification du droit traditionnel.

« Il est regrettable qu'on n'ait pas connu ce Code en Grèce, à l'époque de la déclaration de l'indépendance. On aurait agi d'une manière plus pratique, en reproduisant ce droit-là au lieu de déclarer valables les lois byzantines, telles qu'elles se trouvent dans Harménopule. » (V. Seschichte des Griechisch. Romischen rechts von Dr Karl Zacharia von Lingenthal. Berlin, 1877).

Plus loin, M. Zacharia continue :

« Il aurait été incontestablement un bonheur pour la jeune Grèce si elle avait connu ce Code.

« Aujourd'hui même, on ferait mieux de prendre pour base pour le nouveau Code (qu'on est en train de faire en Grèce), le Code Callimaki que le Code Napoléon » (même ouvrage, p. 160).

Voir aussi différentes appréciations, p. 92, 93, 176, etc.

Quelle excellente disposition que celle qui, à cette époque déjà si éloignée, proclamait cette grande vérité, que l'avenir de l'enfant ne doit être assuré que par l'instruction. L'école obligatoire existait en termes formels dans le *code Callimaki*.

La mère est associée au devoir et à l'autorité du père. Elle doit surtout veiller à la santé des enfants, tandis que le père doit gagner leur existence. C'est ainsi que se divisent entre les époux les soins matériels (§ 183).

Quant à l'éducation, leur devoir est le même.

Aucune inégalité, aucune dépendance de la femme.

« Les deux parents ont le même droit pour guider d'un commun accord les actions et les travaux de leur enfant. » (V. § 187.)

Les parents avaient le droit de garde et de correction. Mais la correction devait être modérée et ne jamais occasionner à l'enfant un mal considérable. (15, 90.)

Jusqu'à l'âge de quatorze ans, le droit d'éducation du père est absolu. Il peut donner à son fils l'éducation qu'il croit la meilleure et le diriger vers telle profession qui lui semble bonne.

A partir de 14 ans, l'enfant avait le droit de demander à son père une instruction, une éducation plus conforme à ses aptitudes, à « *la vocation de son âme* » (§ 194).

Si ses parents ne faisaient pas droit à sa demande, l'enfant pouvait s'adresser au tribunal.

Les juges devaient examiner avec une grande attention l'état de la fortune du père, les raisons de son refus et si la demande du jeune homme était raisonnable, possible et plus utile à son avenir. Ils formaient leurs convictions en prenant des renseignements auprès des professeurs, de la famille, et autant que possible, ils devaient trancher cette question en donnant les meilleurs conseils, en tâchant de faire la paix dans la famille (§ 195).

Les parents avaient aussi le droit de consentir au mariage de leurs enfants.

A cet égard, aucune différence entre le père et la mère. La loi exige le consentement de tous les deux.

Un grand nombre d'autres dispositions étaient relatives aux biens de l'enfant. L'administration en était confiée au père. Mais le père n'avait l'usufruit légal, que si les biens avaient été donnés à l'enfant sous cette condition.

Dans ce cas même, l'usufruit du père était affecté spécialement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. (§ 202.)

Deux principes dominant le code Callimaki : *La puissance paternelle est un devoir ; les parents sont égaux dans leurs droits.*

Du premier, il en résultait ceci que la puissance paternelle n'était conçue que dans l'intérêt de l'enfant. Transformation complète du principe du droit romain, transformation toute chrétienne.

L'enfant doit être nourri, entretenu, élevé surtout. Ce grand devoir d'éducation et d'instruction apparaît à chaque ligne.

Et on devra consulter les aptitudes, l'intelligence, la vocation d'âme de l'enfant.

C'est surtout dans le conseil que résidera la puissance paternelle, conseil dicté par la tendresse et qui n'est sanctionné que par un léger droit de correction. C'est ainsi qu'on appelle le père à réfléchir, l'enfant à écouter, la famille à s'aimer.

Du second principe, égalité entre les parents, il en résulte la puissance de la mère exercée, en même temps que celle du mari. Puissance qui, dans la famille, représente l'élément de la tendresse.

Plus protectrice et plus douce, elle s'exerce dans le foyer même. Double protection pour l'enfant, protection du père dans la société, protection de la mère dans la maison. Si l'autorité paternelle en fait devient arbitraire, l'enfant aura un refuge : sa mère. La mère forte de sa tendresse, forte aussi du droit que lui donne la loi, peut intervenir. Quant au mariage pour que l'enfant soit heureux, il faut sa bénédiction. Son intervention rend le mariage plus libre, plus heureux peut-être. La mère guide et ne peut imposer. Le père représente la prévoyance, mais la mère représente l'affection.

Tels doivent être les résultats de l'association complète, sans aucune inégalité, sans aucune dé-

pendance de la mère à la puissance paternelle.

Le code Callimaki l'associait. Fut-il fécond en heureuses conséquences? Nous ne savons. Peut-être n'eut-il pas le temps. Il n'eut force de loi que pendant cinquante ans environ. Il ne fut réellement connu qu'en 1833, car, promulgué en grec, il était le secret de quelques boïards, et ce n'est qu'en 1833 que le logothète Sturza le fit traduire en roumain. Mais une pareille loi ne peut faire que du bien.

Peut-être aussi le Code fut-il meilleur que son époque. La loi était bonne, mais les mœurs l'étaient-elles?

Ce Code n'en avait pas moins réalisé deux grands désirs : la famille fondée sur le devoir, l'émancipation complète de la mère.

Dans le code civil roumain actuel la famille est aussi fondée sur le devoir, mais la mère n'est plus aussi complètement l'égale du père.

Le Code de 1865 qui est en vigueur a été copié littéralement, en ce qui concerne la puissance paternelle, sur le Code civil français. L'autorité dans la famille est exercée en Roumanie de la même façon qu'en France. Les mêmes controverses de droit y sont discutées.

On aurait pu, il nous semble, donner des règles plus précises, au moins en ce qui touche l'administration légale du père. Mais on se contenta de reproduire l'art. 389 du Code français et la même lacune regrettable en ce qui touche tant de ques-

tions importantes, existe dans le Code roumain.

La loi du 1^{er} février 1874 crée pour la détention des mineurs, des *maisons d'éducation*. C'est dans ces maisons que seront enfermés les enfants insubordonnés, à l'égard desquels le père est forcé d'exercer son droit de correction.

Le régime imposé par la loi de 1874 est en principe excellent. On cherche à amender les coupables par le travail et l'instruction. Chaque enfant doit apprendre un métier et on forme, autour de ces maisons, de vastes exploitations agricoles.

Ce système très bon pour les enfants, qui doivent passer dans la maison un temps plus ou moins long, ne conviendrait guère à l'enfant accidentellement détenu, pour un temps très court. Le contact avec des enfants beaucoup plus corrompus que lui, lui serait peut-être fatal. Aussi croyons-nous que si jamais le cas se présente, c'est au régime cellulaire qu'on devrait avoir recours, ce qui d'ailleurs ne serait pas contraire à la loi.

Jusqu'à présent les statistiques ne constatent aucune demande d'emprisonnement faite par le père. — Les articles relatifs au droit de correction sont restés lettre morte. La correction des enfants par la prison, n'est pas dans les mœurs du peuple roumain et nous croyons qu'elle n'est dans les mœurs d'aucun peuple.

Quant à l'usufruit légal, nous rencontrons quelques différences entre le droit français et le droit roumain.

L'usufruit légal dure jusqu'à ce que l'enfant ait atteint sa vingtième année (338).

On a voulu trancher la question si controversée des intérêts et arrérages, mais on n'a réussi qu'à la rendre plus obscure.

Le 3^o de l'art. 339 porte :

Sont à la charge de l'usufruit légal : *le payement des rentes et les intérêts des capitaux, dus par l'enfant.*

On pourrait se demander dès lors : Les intérêts et arrérages laissés en souffrance par le *de cuius* qui a légué ses biens à l'enfant, sont-ils ceux des capitaux *dus par l'enfant* ? De sorte qu'en nous tenant à la lettre de la loi, nous arriverions à une décision que nous avons rejetée, dans le droit français, et que, pour les mêmes motifs, nous rejetons dans le droit roumain. Nous tenons le langage de la loi roumaine pour complètement inexact, car les intérêts laissés en souffrance sont charges d'usufruit et cependant, jamais les capitaux correspondants à ces intérêts ne sont dus par l'enfant.

En employant des expressions différentes de celles du Code français, le législateur roumain a peut-être voulu trancher la controverse qui existe en France. Il s'y est très mal pris, car il n'a fait que l'embarrasser.

Le divorce existe en Roumanie, l'époux contre lequel il a été prononcé perd son droit de jouis-

sance légale sur les biens de l'enfant (art. 340, C. c. roum.)

Cette disposition existe dans l'art. 386 du C. c. français, mais depuis la loi de 1817 qui a aboli le divorce en France, elle a perdu toute son importance. Comme c'est une disposition pénale, on ne peut l'étendre à la séparation de corps.

Le Code roumain permet de demander le divorce par consentement mutuel. Dans ce cas les enfants auront des biens affectés d'un droit de jouissance spécial : la moitié de la fortune du père et la moitié de la fortune de la mère.

Les père et mère conservent le droit de puissance jusqu'à ce que l'enfant soit arrivé à la majorité, chacune sur la moitié de ses biens attribués par la loi à l'enfant. (385 C. c. roum.)

Cet usufruit doit-il être grevé des mêmes charges spéciales que l'usufruit légal ordinaire? — Nous ne le croyons pas. Ce que la loi donne à l'enfant, c'est une *nue propriété*, rien de plus. Elle a voulu lui assurer un droit pour l'avenir. Les libéralités doivent s'interpréter d'une manière restrictive et la loi fait une véritable libéralité.

Qu'est-ce qu'affecter spécialement à l'éducation et à l'entretien des enfants, au paiement des intérêts et arrérages des sommes qu'ils doivent une partie de l'usufruit, si ce n'est leur donner quelque chose de plus que la nue propriété? Où puiserait-on ce droit?

Il n'est plus exact de dire, dans le cas qui nous

occupe, que l'usufruit est un avantage que la loi accorde, en compensation des charges de la puissance paternelle. L'usufruit légal et la jouissance de l'art. 284 ont des motifs tout à fait différents.

L'usufruit légal ordinaire est accordé aux père et mère parce qu'on a voulu les récompenser, l'usufruit de l'art. 284 leur est laissé, parce qu'on n'a pas voulu les dépouiller entièrement; au premier cas la loi donne aux parents l'usufruit sur les biens des enfants; au second, elle donne la nue propriété des biens des parents, aux enfants. Combien les deux espèces sont différentes!

Ceci étant, l'usufruit qui nous occupe doit rester intact entre les mains des anciens époux.

Les parents devront, il est vrai, pourvoir à l'éducation et à l'entretien des enfants selon leurs moyens (284, 2^o), mais l'intérêt de la question se présentera en cas de saisie.

Si l'on décide que c'est là un véritable usufruit légal, les créanciers du père ou de la mère ne pourront saisir l'usufruit, que déduction faite d'une somme proportionnée à l'importance de l'usufruit, qui sera peut-être considérable, somme destinée à pourvoir aux besoins d'entretien et d'éducation de l'enfant.

Si, au contraire, on admet notre opinion, cette jouissance ne doit pas être grevée des charges de l'usufruit ordinaire et elle *pourra être saisie toute entière*.

Il y aura encore intérêt, au cas où l'enfant

serait débiteur d'intérêts ou arrérages. Ces intérêts ou arrérages forment une charge spéciale de l'usufruit légal, mais nous ne croyons pas qu'ils forment une charge de la jouissance de l'art. 284.

Le divorce étant prononcé, à qui appartiendra l'usufruit légal?

Si nous n'avions que le texte qui établit cet usufruit, nous serions tenté de dire qu'il s'éteint par le divorce.

L'art. 338, reproduisant le texte français, ne parle de l'usufruit que pendant le mariage, ou après la dissolution du mariage, par la mort de l'un des époux.

Mais nous avons vu une disposition de la loi roumaine, en vertu de laquelle l'usufruit n'appartient pas à celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé. Donc cet usufruit persiste, après le divorce, en faveur de l'époux innocent.

Que décider si le divorce n'a été prononcé contre aucun des deux époux?

La question paraît délicate. On pourrait attribuer la jouissance légale à celui des parents à qui l'enfant a été confié. Nous pensons que l'usufruit doit toujours appartenir au père. En effet, la loi lui accorde ce droit tant qu'il vit, et le droit de la mère ne peut naître du vivant du père. Telles sont les dispositions de l'art. 338.

On pourrait nous objecter que cet article ne parle que de l'usufruit légal, pendant le mariage.

Mais rien ne s'oppose à son extension et si le lé-

gislateur ne semble avoir en vue que l'usufruit légal pendant le mariage, c'est qu'il a copié l'article du Code français textuellement.

Alors même que l'enfant reste confié à sa mère, le père ne prendra que les droits sur la personne. L'administration légale ne pourra lui être enlevée, pourquoi lui enlèverait-on l'usufruit ?

Si le père a perdu l'usufruit légal parce que le divorce a été prononcé contre lui, que deviendra cet usufruit ?

Nous croyons qu'il ira consolider le droit de l'enfant. Aucun texte ne l'attribue à la mère qui n'a pas encore la puissance paternelle. Mais, à la mort du père, l'usufruit légal renaîtra au profit de la mère, car alors naît son droit à la puissance paternelle et elle doit l'exercer avec toutes ses prérogatives.

Puissance paternelle sur les enfants naturels.

Deux grands principes règlent la situation des enfants naturels en Roumanie.

A l'égard de la mère, tous les enfants légitimes, naturels, adultérins, incestueux, sont égaux. *La mère n'a pas de bâtard.*

A l'égard du père il ne peut y avoir que des enfants légitimes. *Les enfants naturels n'ont aucun droit.*

Ce sont les principes du droit romain, qui persistent toujours en Roumanie.

Le principe d'égalité absolue des enfants devant la mère, est aussi large que possible et beaucoup plus, que celui du Code français.

La restriction quant aux droits des enfants naturels envers le père, est tout à fait spéciale au droit roumain.

Ainsi non-seulement la recherche de la paternité est interdite, mais la reconnaissance même volontaire que ferait un père de son enfant naturel ne servirait à rien.

En France il s'est élevé des critiques très vives et parfois justes sur l'interdiction de la recherche de la paternité.

Tout père doit être responsable de l'enfant qu'il met au monde.

Aujourd'hui qu'on doit réparer le moindre dommage causé à autrui, un homme pourra donner le jour à un pauvre enfant sans avoir à s'inquiéter de lui, et impunément le vouer pour la vie au malheur, peut-être à la honte.

Malgré tout ce qu'on pourra dire sur l'incertitude de la paternité, sur le scandale que cette recherche provoque, on ne pourra nier le devoir du père quand le fait de la paternité est sûr.

Et il n'y a pas de plus grand scandale que l'injustice.

La femme, malheureuse peut-être, qui a mis au monde un enfant, en est chargée. On exige d'elle toute l'âme, tout le dévouement d'une mère

et c'est juste. Si c'est une faute qu'elle a commise, elle la répare et l'expie.

L'homme n'est responsable de rien et il pourra passer riche, heureux, considéré, protégé par la loi, à côté de son enfant qui se traîne dans la misère. C'est inique.

S'il y a faute, elle est commune, pourquoi la femme la réparerait-elle toute seule ?

Quand la raison et le cœur ne dictent pas la décision que tout honnête homme doit prendre, la loi doit intervenir pour réparer, autant que possible, un mal si grand.

Dans les Etats où la recherche de la paternité est admise, croit-on que la famille est moins respectée ?

Je ne voudrais pour exemple que la Suisse. Y a-t-il un peuple où le mariage soit plus en honneur ?

Le Code français laisse au moins une porte ouverte à la réparation. Le père peut reconnaître ses enfants naturels et les attacher à lui. Cela est impossible en Roumanie. Cette situation est tellement inique qu'une opinion, suivant laquelle la reconnaissance des enfants naturels serait possible, tient à se faire jour dans la doctrine.

Cette opinion est enseignée par un éminent professeur de Code civil, à la Faculté de Bucharest, M. Constantin Boeresco (1).

Malgré ce que nous avons dit sur l'iniquité à

(1) *Cours de Code civil de première année*, p. 564.

laquelle peuvent conduire les règles actuelles du Code roumain, l'opinion, qui admet les effets de la reconnaissance volontaire, nous paraît tellement contraire à la loi que nous n'hésitons pas à la rejeter.

En Valachie, l'ancien droit roumain n'admettait nulle reconnaissance du père : *L'enfant naturel est inconnu au père et le père lui est inconnu*. Voilà le principe que nous trouvons au Code *Caragea* (Ch. 15, § 3).

En Moldavie, au contraire, le Code *Callimaki* dérogeait complètement aux principes des Basiliques. Il n'y a rien dans ce Code qui interdise la recherche de la paternité.

Le législateur de 1865 avait donc à choisir entre le Code *Callimaki* et le Code *Caragea*. Qu'a-t-il voulu faire ? L'obscurité des travaux législatifs de 1865 ne permet pas de le savoir. Mais en examinant le Code civil actuel, il résulte qu'on eut bien plus souvent sous les yeux le Code *Caragea* que le Code *Callimaki*.

La loi ne parle pas de la reconnaissance faite par le père. Est-il possible que si elle l'eût admise, elle se fût si complètement tue ?

Quels seraient les effets d'une pareille reconnaissance ? M. Boeresco, dans la partie de son cours qui a été publiée, ne le dit pas.

L'enfant naturel ne peut avoir aucun droit de succession, car aucune loi ne lui accorde ce droit. Ou bien alors il faudrait assimiler cet enfant à

l'enfant légitime. Personne ne peut aller jusque-là.

En assimilant l'enfant naturel à l'enfant légitime quant aux droits devant la mère, la loi a rejeté d'une manière évidente l'assimilation devant le père.

Y aura-t-il une dette alimentaire ? Sur quoi se fonderait-on pour demander des aliments ? Sur le devoir naturel. Mais ce devoir n'ayant pas été sanctionné par la loi civile, reste dans le domaine de la morale.

Y aura-t-il enfin pour le père devoir d'éducation, d'entretien ? Mais alors il faudrait que cet enfant tombât sous la puissance paternelle. La loi s'y oppose.

Aux termes de l'art. 337 : *la mère a des droits de correction sur ses enfants légalement reconnus.*

En attribuant ce droit à la mère seulement, la loi ne dit-elle pas d'une manière certaine que le père naturel ne peut l'avoir ?

Si la reconnaissance de l'enfant devait produire des effets, le premier aurait dû être d'imposer au père le devoir de l'élever et de le nourrir, et la loi est muette. Mais, dit-on, la reconnaissance du père est implicitement consacrée dans les art. 48 et 304 ?

Nous ne la voyons en aucune façon. L'art. 48 dit : *L'acte de reconnaissance d'un enfant naturel sera inscrit dans les registres de l'état civil.*

Dans cet article, la loi ne tranche pas la question.

de savoir par qui la reconnaissance peut être faite.

L'argument qu'on veut en tirer est bien faible. La loi parle en général de l'acte de reconnaissance, dès lors, dit-on, elle permet la reconnaissance du père, aussi bien que celle de la mère.

Mais nous ne croyons pas que ce raisonnement soit bien rigoureux.

Comment, la loi aurait pris un moyen si détourné pour consacrer un droit fécond en conséquences et en ne parlant que de la forme des actes, elle aurait entendu poser un principe si important ? Ce n'est pas admissible.

Il est très probable que lorsqu'on fit l'art. 48 on ne songea même pas à la question.

L'article dit dans quel registre, et comment l'acte doit être transcrit, mais ne dit pas de qui il doit émaner, et il faut sous-entendre l'acte de reconnaissance *de la mère*, car la mère seule peut faire une reconnaissance valable.

On ne peut pas même reprocher à l'article d'être mal rédigé, il se conçoit parfaitement dans le système de la loi, et alors même qu'on pourrait lui imputer une mauvaise rédaction, ce serait une erreur qu'aurait faite le législateur en traduisant l'article français, mais une erreur ne peut fonder un droit.

Reste l'art. 304.

Voici ses termes : *Les enfants nés ou conçus en dehors du mariage, pourront être légitimés par le*

mariage subséquent de leurs père et mère, quand ceux-ci les reconnaîtront dans leur acte de mariage.

Nous ne comprenons pas l'argument qu'on veut tirer de cet article. Certes, la légitimation est permise, mais la reconnaissance est chose tout à fait différente, produisant des effets tout à fait différents.

Faut-il de ce que la légitimation est permise, en induire que la reconnaissance l'est aussi? Pas le moins du monde (1).

Il faut donc tenir pour certain que la reconnaissance des enfants naturels n'est pas permise au père. Que celui-ci n'a qu'un moyen de s'attacher ses enfants : la légitimation qui répare tout le mal, l'adoption qui peut en réparer une partie.

Une réforme qui mette d'accord la loi avec les principes d'équité et de morale, est nécessaire en Roumanie. Il n'y a pas de principe plus équitable et plus moral que celui qui rend chacun responsable de ses actions. Les mœurs et les lois se tiennent, les bonnes lois conduisent aux bonnes mœurs. Mais jusqu'à ce que cette réforme s'accomplisse, nous sommes enchaînés par la loi.

(1) Ce n'est peut-être là, qu'une erreur de celui qui a sténographié le cours de M. Boeresco. V. *op. cit.*, p. 568 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....

DROIT ROMAIN

SECTION I

CHAPITRE I. — Caractère ancien et sources de la puissance paternelle. — La maison, siège de la puissance.	1
Indépendance de la famille.....	3
Origine de l'autorité.....	5
Egalité des membres de la famille.....	7
Principe de la <i>Patria potestas</i>	8
Sources.....	11
CHAPITRE II. — Situation de l'enfant dans la famille.....	13

SECTION II

I. Droit sur la personne.....	17
CHAPITRE I. — Droit de vie et de mort, origine.....	19
Intervention du préteur.....	24
Abolition du droit de vie et de mort.....	28
CHAPITRE II. — Droit d'exposition.....	30
CHAPITRE III. — Droit de mettre l'enfant <i>in mancipio</i>	33
Abandon noxal.....	40
CHAPITRE IV. — Droit de consentir au mariage. — Tutelle testamentaire. — Substitution pupillaire....	43
CHAPITRE V. — Droit de la femme dans la famille.....	50
<i>Manus</i>	53
II. Pouvoirs du père sur les biens.....	63
CHAPITRE I. — Du pécule profectice.....	63

CHAPITRE II. — Du pécule adventice. — Origine et composition de ce pécule.....	67
Droits et devoirs du père.....	70
Du pécule extraordinaire.....	76
De l'hypothèque tacite accordée au fils de famille.....	79
CHAPITRE III. — Pécule castrense. — Origine et composition de ce pécule.....	81
Droits du fils sur le pécule castrense.....	93
Disposition par testament.....	95
Du pécule quasi castrense.....	110

APPENDICE

CHAPITRE I. — Capacité du fils de famille.....	114
Obligations envers un étranger. — Du sénatusconsulte Macédonien.....	117
Contrats entre le père et le fils.....	126
CHAPITRE II. — Capacité de la fille.....	130

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

Droits sur la personne.....	135
-----------------------------	-----

SECTION I

Devoir des parents.....	142
CHAPITRE I. — Entretien et éducation des enfants.....	142
Instruction des enfants.....	146
Sanction du devoir d'instruction.....	151
CHAPITRE II. — Lois sur le travail des enfants. Loi du 22 mars 1841.....	158
Loi du 21 février 1851.....	160
Loi du 19 mai 1874.....	162
A quels ateliers la loi est applicable.....	168
Sanction et exécution de la loi.....	173

SECTION II

Droits des parents.....	180
-------------------------	-----



BIBLIOTECA
UNIVERSITATEI
BUCUR

CHAPITRE I. — Droit de garde.....	180
CHAPITRE II. — Droit de correction.....	182
Droit d'appel de l'enfant.....	190
Conflit entre le père et le président.....	192
CHAPITRE III. — Droits de la mère sur la personne de l'enfant.	197
Droit de correction exercé par la mère.....	203

DEUXIÈME PARTIE

Puissance paternelle relative aux biens.....	209
--	-----

SECTION I

Administration légale.....	209
CHAPITRE I. — Caractère de l'administration légale.....	209
CHAPITRE II. — Actes du père administrateur.....	220
Actes qu'il peut faire seul.....	222
Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.....	223
Actes interdits au père administrateur.....	229
CHAPITRE III. — Comptes de l'administration.....	231

SECTION II

Usufruit légal.....	235
CHAPITRE I. — Caractère et étendue de l'usufruit.....	236
CHAPITRE II. — Charges de l'usufruit légal.....	252
CHAPITRE III. — Extinction de l'usufruit.....	258
Modes d'extinction spéciaux.....	259
Modes d'extinction communs avec l'usufruit ordinaire.....	266
L'usufruit légal des pères et mères étrangers.	267
CHAPITRE IV. — Puissance de la mère sur les biens.....	270

APPENDICE

Puissance paternelle à l'égard des enfants naturels.....	279
DROIT ROUMAIN	288

Paris-Vaugirard — Typ. N. Blanpain, 7, rue Jeanne.

