This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 175 774

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received JAN 23 1919

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

France

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE DE E. DONNAUD, RUE CASSETTE, 9.

Digitized by Google

LE DROIT

DANS

LA FAMILLE

ÉTUDES

DE DROIT RATIONNEL ET DE DROIT POSITIF

PAR

Alphonse BOISTEL

DOCTEUR EN DROIT, LICENCIÉ ÈS-LETTRES, BACHELIER ÈS-SCIENCES,
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE
7, RUE DES GRÈS, 7.

1864

14

Digitized by Google

Fo-TX
B6844a

1/23/19
JAN 23 1919

Digitized by Google

A MON PÈRE, A MA MÈRE.

Chers parents ; cette dédicace n'est pas, croyez le bien, une formalité banale ; ce n'est même pas seulement l'expression ordinaire d'un sentiment sacré de reconnaissance. Cet ouvrage vous appartient, parce que c'est vous qui l'avez inspiré. C'est à votre école que j'ai appris les saintes lois de la famille. C'est sur votre modèle que j'ai tracé les devoirs des père et mère. Et pour voir surgir devant mes yeux l'idéal accompli de la société paternelle, je n'ai eu qu'à réfléchir, dans le recueillement d'une longue absence, sur ce que j'avais vu pratiquer autour de moi depuis mes plus jeunes années. Soyez donc mille fois remerciés et bénis ; et puisse Dieu vous rendre par vos enfants tout le bonheur que vous leur avez préparé !

8 décembre 1863.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT RATIONNEL.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRINCIPES PHILOSOPHIQUES.

Toute saine philosophie ; toute philosophie qui prétend à raisonner sur des réalités et non sur de purs mots, sur des abstractions vides ; toute philosophie, qui aspire à être vivante dans ses développements et féconde dans ses résultats, doit prendre pour point de départ les simples données du sens commun. C'est la seule base sur laquelle elle puisse asseoir une doctrine solide et vraiment utile. En effet la philosophie, pas plus que la métaphysique, qui forme la tête de la philosophie, n'est une science abstraite. L'oubli de cette grande et profonde vérité, l'ignorance du but précis que se propose la philosophie, sont la source d'une quantité innombrable d'erreurs et de faux systèmes, et par suite du discrédit où est tombée cette science auprès de certaines personnes. La philosophie n'est pas la science de l'abstrait ; c'est la science du concret, parce que le concret est le terme dernier de ses efforts.

L'objet véritable de la philosophie est la recherche des rapports du concret avec l'abstrait, de l'ordre réel avec l'ordre idéal ; c'est la découverte dans l'ordre idéal

Digitized by Google

et abstrait des lois qui régissent l'ordre réel et concret.

Nous devons donc puiser nos données premières dans l'ordre réel sous peine d'arriver à une science aussi fausse que vaine. Mais comment serons-nous sûrs que les objets, dont nous parlerons, sont bien ceux qui sont véritablement réalisés autour de nous, et non des enfants de notre imagination ou des idées plus ou moins analogues vues par notre esprit au milieu de l'ordre infini des possibles? Nous acquerrons cette certitude en consultant le sens commun, le témoignage franc et naïf de l'humanité. Quelle voix peut être plus apte à constater quelles sont les réalités qui nous entourent, et ce que sont précisément les objets, auxquels répondent les mots sur lesquels roule notre discours? Nous serons sûrs ainsi de ne parler que d'objets bien réels et de ne pas nous perdre dans de vaines élucubrations pour nous apercevoir au bout du chemin que nous ne raisonnions que sur des mots, ou que nos raisons s'appliquaient à tout autre chose qu'à ce que nos lecteurs avaient compris et avaient dû comprendre.

Voulant parler de la *famille*, en prenant ce mot dans son sens le plus étroit, c'est-à-dire appliqué aux relations entre les parents et les enfants, nous devons chercher ce que le sens commun nous indique comme renfermé sous ce mot. Or, je constate que ce mot *famille* réveille dans tous les esprits deux idées essentielles : 1° celle d'une *société entre les parents et les enfants;* et 2° celle *d'un certain pouvoir des parents sur leurs enfants.* Ainsi *société entre les parents et les enfants, caractérisée spécialement par l'autorité des premiers sur les seconds;* voilà ce qu'on entend communément par le mot famille. *Autorité paternelle* et *société paternelle;* ce sont

Digitized by Google

les deux données du sens commun sur la famille. C'est de là que nous devons partir.

A ces deux données que manque-t-il pour être vraiment scientifiques, pour nous fournir la matière de rapports vraiment juridiques? Uniquement la connaissance d'un *titre juridique* sur lequel puissent se fonder ces liens d'autorité et de société.

En effet, tout droit spécial repose sur un titre. Cela résulte de l'essence même du droit: qu'entend-on communément quand on parle d'un droit? On veut dire: *un certain exercice de notre activité, protégé par la loi morale qui ordonne aux autres hommes de le respecter.* C'est là l'idée la plus simple qu'on se fait du droit; c'est de là que doit partir la science (1).

Or, le *titre* d'un droit, c'est ce qui lui assure cette protection de la loi morale. Il est incontestable que tous les exercices possibles de notre activité sur les objets innombrables qui peuvent former la matière d'autant de droits, ne portent pas en eux-mêmes leur titre, qui impose aux autres hommes le devoir de les respecter; il faut donc un fait extérieur qui vienne faire naître cette obligation, qui est le caractère formel du droit.

D'où naîtront ces faits qui doivent servir de titres à nos droits? — Il est au-dessus de toutes nos facultés, de toutes nos activités, une faculté qui les domine toutes, non-seulement par sa noblesse, mais encore par le pouvoir effectif qu'elle exerce sur elles. Cette faculté su-

(1) Nous ne pouvons pas démontrer ici longuement que cette définition est bien celle du sens commun. On trouvera cette démonstration dans l'excellent ouvrage du grand philosophe italien, *Ant. Rosmini Serbati, la Filosofia del diritto.* V. le traité préliminaire, *de la nature du droit.* Ed. de Milan 1841, in-8; tome Ier, pages 125. sq.

Digitized by Google

prême, qui fait toute la dignité de l'homme, c'est la faculté de connaître les lois éternelles, dont la source est dans l'être infini, ou plutôt qui sont l'essence même de l'être infini (1), et de conformer sciemment son action à ces lois, connues pour telles. Cette faculté sublime, c'est ce qu'on appelle la *personnalité*, c'est ce qui nous constitue une *personne*. Or ce commerce intime de la personne avec l'infini lui donne à la fois une dignité et une puissance souveraines. Par là, d'une part elle acquiert le pouvoir et par suite le devoir de commander à toutes les autres facultés de l'homme, qu'on a coutume de ranger sous le nom de *nature*, opposé au mot *personne;* d'autre part elle commande le respect aux autres hommes, elle se présente à eux comme inviolable. De là, deux conséquences d'où dérive toute la filiation des droits:

1° Les autres hommes sont moralement tenus de reconnaître dans leurs actes cette inviolabilité de la personne humaine; de ne jamais lui causer, sans qu'elle l'ait mérité par un acte mauvais, un mal, une douleur dans ses sentiments légitimes et raisonnables. Si bien que la personne humaine pourrait être appelée le droit vivant, le droit substantiel, car elle est une activité toujours en exercice, une activité souveraine, et elle est protégée contre tout empiètement par les prescriptions les plus strictes de la loi morale. Elle est le droit formel, le seul droit qui porte son titre en lui-même, et dont tous les autres droits sont dérivés par une participation à la dignité personnelle.

2° La personne est une activité suprême : en vertu de

(1) *Deum esse omnis juris naturalis auctorem verissimum est, at non voluntate, sed ipsa essentia sua, qua ratione etiam auctor est veritatis.* Leibnitz, *observ. de principio juris*, § 13.

Digitized by Google

cette dignité de souveraine qui lui appartient au sein de la nature humaine, elle se soumet toutes les puissances, toutes les facultés de cette nature, elle en fait les instruments du but qu'elle est appelée à atteindre librement. Par là, elle les fait participer à sa propre dignité, à sa propre inviolabilité. Par là, elle leur donne le caractère de droits, en leur assurant la sanction de la loi morale.

Puis la personne sort de l'homme même; par les divers actes spéciaux des facultés de la nature, elle exerce son action souveraine sur les êtres extérieurs; elle les fait servir à sa fin suprême. Et par là elle assure encore à ces actes spéciaux le caractère de droits, en les faisant participer à son inviolabilité morale; elle unit à elle les êtres extérieurs par un lien moral. Car, par suite de cette action, de cette prise de possession exercée par elle sur les objets extérieurs, ils se trouvent si intimement unis à elle, que l'en priver, entraver l'exercice de son action sur eux, ce serait lui causer une douleur injuste, ce serait violer la personne humaine, et, par conséquent, manquer à la loi morale.

Ainsi naissent tous les droits que la personne exerce sur les facultés de la nature humaine et sur les objets extérieurs; par l'établissement d'un lien intime entre ces facultés ou ces objets et la personne, lien protégé par la loi morale. Ce lien de subordination établi entre la personne et tout ce qui n'est pas elle, c'est ce qu'on appelle *propriété*, en prenant ce mot dans un sens très-large, mais entièrement conforme à son étymologie, comme pouvant avoir pour objet tous les êtres et même tous les faits, extérieurs à la personne (1).

(1) V. *Rosmini, Filosofia del diritto.* Traité préliminaire : *Du prin-*

Digitized by Google

La *propriété* est donc le principe de tous les droits dérivés, en établissant un lien réel entre l'objet de ces droits et la personne, et en assurant par là même à ce lien la protection de la loi morale.

Il en résulte, en outre, que tout droit, autre que la personne, qui est le droit formel, doit reposer sur un *fait*, c'est-à-dire sur l'établissement de ce lien réel et physique entre la personne et un objet distinct d'elle-même. Ce fait doit évidemment être un acte licite ; car la loi morale ne peut bien évidemment protéger l'exercice d'un acte qui est une violation même de cette loi morale. Ce *fait licite*, cet *établissement licite d'un lien physique* entre la personne et un objet distinct d'elle-même, c'est ce qu'on appelle le *titre* d'un droit.

Ces principes étant posés, on voit que toute étude philosophique sur un droit quelconque doit reposer sur l'étude du *titre* de ce droit. C'est le seul moyen de connaître, d'une part, la légitimité et le caractère vraiment juridique de ce droit, et, d'autre part, de déterminer exactement sa portée et ses effets, car de ce que nous venons de voir, il résulte qu'un droit ne peut contenir plus que ce qui est renfermé dans son titre même.

Cette première partie se divisera en deux livres :

Nous verrons dans le premier la nature et les principes rationnels d'organisation de la famille ;

Dans le second, nous examinerons comment ces principes doivent être appliqués dans l'état de la société civile, ou en d'autres termes, les rapports entre la famille et l'Etat.

cipe de la dérivation des droits. — Ed. de Milan, 1841, tome I, p. 175, sq.

Digitized by Google

Le premier livre est tout naturellement divisé en deux titres : l'un relatif aux rapports purement personnels entre les membres de la famille ; l'autre aux rapports réels, c'est-à-dire à la réglementation des droits des membres de la famille sur les biens qui leur appartiennent.

Digitized by Google

LIVRE PREMIER.

Nature et principes rationnels d'Organisation de la famille.

TITRE PREMIER.

RAPPORTS PERSONNELS.

Nous venons de voir que nous devons rechercher pour les prendre comme point de départ les titres de l'autorité paternelle et de la société paternelle. Conformément à cette méthode, nous étudierons dans deux premiers chapitres, les deux titres sur lesquels repose l'autorité paternelle; et dans un troisième nous déduirons des notions précédentes le titre qui fonde la société paternelle; et alors, maîtres de tous les éléments qui entrent dans la formation de la famille, nous entrerons plus profondément dans l'étude de ses lois, et des principes naturels de sa constitution. Nous pourrons aussi voir alors l'autorité paternelle dans la plénitude de son action au sein de cette société, dont elle est le fondement.

Ainsi donc trois chapitres :

1° Premier titre de la puissance paternelle l'occupation;

2° Second titre de l'autorité paternelle, la génération;

3° Titres et constitution naturelle de la société paternelle.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

PREMIER TITRE DE LA PUISSANCE PATERNELLE : — L'OCCUPATION (1).

L'occupation des choses sans maître est le titre originaire de toute propriété sur les choses extérieures. — Cela est très-généralement admis, et si on le nie on renverse du même coup toute la propriété. — Cela se prouve (2) ,car :

1° elle est un *titre*, c'est-à-dire un fait unissant une chose à une personne par le lien physique de propriété (le lien physique de propriété est ce qu'on appelle possession dans le langage juridique), c'est sa définition même.

2° elle est un *titre licite*, car aucune loi morale ne défend cette occupation de la chose qui n'a pas de maître. C'est soutenir une assertion sans la prouver que de prétendre que la simple possibilité de l'occupation par d'autres doit nous défendre d'occuper la chose actuellement inoccupée.

L'occupation s'applique aussi aux individus humains.

Mais, dira-t-on d'abord, s'il est vrai que c'est la personne, qui, en unissant à elle les objets extérieurs, leur communique sa propre inviolabilité de manière à obliger tous les autres hommes à ne pas entrer dans la sphère de cette propriété ; à plus forte raison, les autres hommes

(1) Voir pour, tout ce chapitre *Rosmini*, *Filos. del diritto*, part. 1, liv. 2, ch. 5, n° 528 sq.

(2) Voyez pour plus de détail. *Rosmini*, ibid. ch. 4, n° 452 sq.

Digitized by Google

devront-ils s'abstenir de toute usurpation sur la personne même, puisque celle-ci possède en elle-même le principe d'inviolabilité qui n'est dans les objets appropriés que par une dérivation. — Cela est très-vrai ; mais il faut distinguer : le mot personne a deux sens : on l'emploie souvent pour désigner l'homme tout entier, et c'est dans ce sens qu'il est pris dans l'objection ; on l'emploie aussi pour désigner dans l'homme le principe suprême d'activité, qui dirige toutes ses facultés, et qui le rend responsable de ses actes ; et dans ce dernier sens, on lui oppose le mot *nature* comprenant toutes les facultés qui se trouvent subordonnées à la personne. Ce dernier sens est le sens technique du mot ; l'autre n'est employé que par une figure qui prend la partie, la partie supérieure sans doute, pour le tout.

Or, nous disons : un homme ne peut acquérir aucun droit, aucune puissance sur la personne d'un autre homme, qui ne peut jamais être employée comme *moyen*, mais doit toujours être traitée comme *fin*. — Au contraire, la *nature* d'un homme peut très-bien être employée comme *moyen* seulement, par un autre homme, elle peut être considérée comme une *chose*, elle peut être pour lui l'objet d'un *droit*. — Il y a cependant une différence entre le domaine que l'on peut acquérir sur une chose, et celui que l'on peut acquérir sur la nature d'un autre homme. C'est que, tandis que le domaine sur les choses est absolu et sans restriction intrinsèque, au contraire, le domaine sur la nature d'un homme est limité par le respect dû à la personne. La *personne* a un titre antérieur à tout autre à la propriété de la *nature*. Si une autre personne peut acquérir

Digitized by Google

des droits sur cette nature, c'est seulement en vertu de l'un de ces deux principes :

1° On peut toujours user de la chose d'autrui avec le consentement du propriétaire;

2° On peut toujours faire de la chose d'autrui un usage inoffensif, même sans le consentement du propriétaire (1).

Aussi, en général, pour désigner les droits d'une personne sur une autre, on n'emploie pas le mot de propriété, mais celui de *seigneurie* ou de *puissance*. L'esclavage, complet qui méconnaît dans l'homme la qualité de personne et le traite uniquement comme chose, est injuste, par cela même. Il en est de même de la législation romaine sur la *puissance paternelle*.

Etant admis qu'un homme peut avoir un droit de *puissance* ou de *seigneurie* sur un autre homme, l'occupation peut-elle être un titre à ce droit? — Il faut distinguer : elle ne peut pas être un titre à ce droit sur l'homme adulte; en effet, dans l'homme adulte, la personne par un exercice continu et progressif de son activité a pris peu à peu possession de toutes les facultés de la *nature;* elle se les est appropriées; et cette occupation de la nature par la personne a fait participer l'homme tout entier avec toutes ses facultés intellectuelles et corporelles à la dignité et à l'inviolabilité de la personne. Dès lors, un autre homme ne peut plus acquérir aucun droit de seigneurie sur cet homme adulte, que par le renoncement volontaire que la personne fait en sa faveur à ses droits sur tout ou partie de la nature,

(1) Voyez *Grotius* De jure B. et P. 2, 11, 21. — *Baries*, Observ. jur. nat. L. 2. — *Wolf*. Inst. Jur. nat. tome 4, § 686. — *Martini* Posit. De leg. nat, § 383. — Contra. *Zeiller*, § 88.

Digitized by Google

au moyen de la *convention*. C'est ainsi que la convention devient un titre valable pour créer en faveur d'un homme des droits à l'usage des facultés, des services d'un autre homme, comme dans tous les contrats de louage, de mandat, etc., comme dans la domesticité moderne ou d'autres rapports analogues de seigneurie, qui, du moment qu'il y a eu consentement, n'ont d'autres limites que le respect dû à la personnalité même.

Mais l'occupation peut être un titre à la puissance lorsqu'elle est exercée sur un individu non adulte.— En effet, pendant la période de l'enfance et de l'adolescence, la personne n'a pas encore pris possession de toutes les facultés de la nature ; c'est ce défaut de prise de possession qui constitue précisément la minorité. Pour lors cette partie de la nature qui n'est pas encore occupée en fait par la personne peut faire l'objet de l'occupation d'un autre homme (1), lequel par cette occupation acquiert le droit de retirer de ces facultés encore sans maître l'utilité qu'il pourra en retirer, pourvu seulement que cet usage soit complétement innocent, ne cause aucun dommage à la personne de l'enfant. Si cet homme use du droit qu'il a acquis pour le bien de l'enfant lui-même, *a fortiori* a-t-il le pouvoir de diriger vers le bien l'exercice de ces facultés que l'enfant ne peut pas encore diriger.

Nous avons dit que ce titre n'est pas exclusivement propre au père ; en effet il n'y a pas besoin d'invoquer la génération pour établir ce droit. Un pareil droit pour-

(1) Car elle est tout à fait inoffensive pour la personne propriétaire. — Daries nie que l'occupation puisse être la source de la puissance paternelle. Vid. *Institutiones jurisprudentiæ universalis* § 575, ch. 2.

Digitized by Google

rait appartenir à un étranger qui recueillerait l'enfant abandonné et l'élèverait ; c'est aussi ce droit qui fait le fondement des tutelles et des curatelles, qui explique comment la loi ne viole pas les droits d'un mineur ou d'un incapable en donnant à un autre homme ou à d'autres hommes un certain droit de puissance sur sa personne et sur ses biens.

Entrons plus avant dans ce fait de l'occupation, voyons exactement en quoi il consiste, et quels droits il donne vis-à-vis des autres hommes et vis-à-vis de l'enfant lui-même. Et pour rendre l'exposition plus simple et les résultats plus frappants, supposons une personne qui n'ait d'autre titre que l'occupation, sans avoir celui de la génération ; par exemple, une personne qui recueille un enfant nouveau-né abandonné.

Celui qui recueille cet enfant lui donne les soins physiques que réclame son état, lui fournit de la nourriture pendant toute son enfance, lui donne une éducation comme il en donnerait à ses propres enfants ; enfin fait une série d'actes éminemment utiles à l'enfant et qui, loin de violer sa personnalité, aident au contraire à son développement, lui donnent les secours dont elle a besoin pour entrer en possession des facultés physiques et intellectuelles de l'enfant. Donc d'abord cette prise de possession est un *acte licite*, qui peut, par conséquent, servir de titre à un droit.

La seconde condition pour qu'un acte devienne un titre de droit, c'est qu'il soit un exercice de ce droit. Or un droit est essentiellement une jouissance de son possesseur (1). Trouvons-nous ici cette jouissance, cette

(1) Voyez *Rosmini, Fil. del diritto*. Traité préliminaire : *De la nature du droit*, ch. 2, art. 4.

Digitized by Google

utilité pour le père adoptif? Oui. — D'abord la principale utilité qu'il a eue en vue est la satisfaction de ses sentiments de charité envers ce petit être, et la suite non interrompue de satisfactions du même ordre que lui donnera le développement successif de l'enfant; c'est encore le plaisir de sentir sa reconnaissance et son affection pendant toute sa vie. Ces sentiments si vifs même dans le père adoptif, le sont encore bien plus dans le père naturel. — Ensuite le père adoptif (comme le père naturel) peut avoir eu aussi des vues moins désintéressées; il peut tirer de l'enfant des services qui augmenteront avec son âge; et dès la plus tendre enfance il peut déjà en recevoir quelque utilité, comme pour donner une aimable distraction à sa femme, la consoler peut-être de la perte d'un enfant; ou même une utilité encore plus matérielle, par exemple, pour la débarrasser de son lait qui l'incommoderait. — Il y a donc encore utilité pour le sujet du droit. Donc il y a réellement titre.

Après ce que nous venons de dire, il ressort clairement et incontestablement que le père adoptif a acquis sur l'enfant, que nous avons supposé inoccupé, un droit au moins vis-à-vis de tous les autres hommes; et que personne ne pourra lui ravir cet enfant et le priver des avantages moraux ou matériels qu'il en retire ou qu'il en espère. — Quels seraient les droits du père naturel de l'enfant abandonné? Nous le verrons en parlant du second titre, la génération.

On pourrait avoir plus de difficulté à admettre que cette éducation constitue un droit opposable à l'enfant lui-même. Et l'objection principale que l'on pourrait nous faire serait celle-ci : il y a une grande différence

Digitized by Google

entre le domaine sur les choses et sur les individus humains ; — les premières n'ont pas de liberté, ne peuvent pas se refuser à l'exercice des actes du maître, et n'ont pas d'obligation morale à les laisser s'exercer ; — au contraire l'homme est libre, il peut se refuser à l'exercice d'une seigneurie sur lui, et si l'on a réellement un droit sur lui, il y a en lui obligation morale de le respecter. Donc pour les objets matériels il suffit de prouver la propriété vis-à-vis des autres hommes ; mais pour le domaine sur les individus, il faut prouver aussi que ce domaine est opposable à celui qui en fait l'objet. Or ajouterait-on, nous ne concevons un pareil droit opposable à des êtres libres que s'ils y ont donné leur consentement (1), et l'enfant n'a pas consenti à cette occupation. — Nous avons déjà donné les éléments de la réponse : l'objection serait bonne s'il s'agissait de personnes ayant le plein usage de leurs facultés ; mais nous soutenons qu'elle n'a pas de force contre des individus dont une partie de la nature est encore inoccupée ; attendu que la nécessité du consentement de la personne vient uniquement de ce qu'elle a acquis un droit exclusif sur la nature, ce qui n'existe pas ici. Tant qu'on ne donnera pas une autre raison de la nécessité du consentement (et nous croyons qu'on ne peut pas en trouver), nous maintenons notre thèse : que l'occupation s'applique à la nature humaine qui n'a pas encore de maître, comme aux autres choses sans maîtres avec la limite que nous y avons assignée.

On pourrait ajouter que le consentement de l'enfant existe (2), car il se réjouit des soins qn'on lui donne, il

(1) Zeiller : Droit naturel privé, § 93.

(2) Voyez *Rosmini*. part. 1, n° 544; — Puffendorf. De officio hom. et civis. L. 2, ch. 3, n° 2.

Digitized by Google

en est reconnaissant, et il est heureux de l'autorité qu'on exerce sur lui pour son bien. — De plus ce consentement doit se présumer parce que l'enfant, quand même il aurait la faculté de le refuser, serait moralement obligé de le donner; puisqu'il est moralement obligé de vouloir ce qui tend au bien et au développement de sa personne. Ainsi l'objection tombe des deux côtés.

Après avoir écarté l'objection, nous nous contenterons de rappeler ce que nous avons déjà dit pour légitimer l'occupation de l'enfant par une autre personne : une personne, en général, ne peut limiter la liberté juridique d'une autre relativement à une chose qu'en exerçant avant elle son action sur cette chose, et en en retirant une utilité, laquelle disparaîtrait par l'usage qu'en ferait l'autre personne. — Or, l'enfant ne peut pas encore agir pleinement sur ses facultés, sa personne ne peut pas encore les diriger suivant la raison et la morale; donc il n'a aucun titre pour s'opposer à l'action bienfaisante de son père sur lui, donc il doit lui obéir et le laisser retirer de lui-même tous les avantages que le père peut en retirer.

En résumé, l'occupation donne au père deux droits sur l'enfant :

1° Droit *de garde et d'éducation* vis-à-vis des autres hommes;

2° Droit *de puissance*, c'est-à-dire droit de régler les actions de l'enfant pour le bien, soit du père, soit de l'enfant.

Cette action du père sur l'enfant n'a d'autre limite que le développement même des facultés de l'enfant et leur prise de possession par la personne. Mais elle a cette limite. Les droits naissant de l'occupation sur l'en-

Digitized by Google

fant sont essentiellement provisoires. — Sans doute, en principe, l'occupation d'une chose *inoccupée* donne un droit perpétuel sur cette chose (la propriété est perpétuelle) ; — mais ce qui fait ici la différence, c'est que le défaut d'occupation n'était que provisoire. Au fond des choses, la personne, dès le premier instant de son existence, se sent en relation avec la nature et a la volonté implicite de l'occuper (*animus domini*) ; de plus, elle commence immédiatement à travailler dans ce sens (cela suffit pour constituer le *factum possessionis*). Donc elle a réellement la possession de la nature, elle a un titre d'occupation antérieur à tout autre. — Mais alors nous avons eu tort de dire que la nature était inoccupée. — Non; elle ne l'était pas en droit, mais elle l'était en fait; et tant que le droit manquait de s'exercer, on pouvait agir d'après le fait. Ou si l'on veut, ce qui était réellement inoccupé, ce n'était pas la propriété même de la nature, mais le droit pour toute personne de faire de la propriété d'autrui un usage inoffensif; c'est ce droit qu'a occupé le père; mais ce droit cesse quand l'usage cesse d'être inoffensif.

Cette prise de possession de la nature par la personne n'a pas lieu instantanément, mais successivement pour les différentes facultés; aussi une bonne législation, au lieu de fixer une seule époque absolue pour faire cesser la minorité, doit fixer plusieurs époques, ou si elle en prend une seule, y admettre des exceptions pour se rapprocher, autant que possible, de la réalité. (Exemple : chez nous pour le mariage, où l'époque est retardée, et pour l'engagement militaire, où elle est avancée.)

L'époque de cette prise de possession des facultés n'est pas la même pour tous les individus;—mais la loi,

Digitized by Google

en fixant une époque unique d'après la moyenne, ne blesse pas de droit, parce que chacun est tenu de se relâcher de son droit lorsque son exercice rigoureux léserait un innocent, et c'est le cas ici; en effet, étant impossible que le législateur prévoie tous les cas, on ne peut exiger de lui, que de prendre le parti qui lèse le moins de droits, suivant ses lumières présentes.

Ajoutons enfin, pour ne rien omettre, que la nourriture et l'éducation données à l'enfant par son père ou par un autre, lui imposent le *devoir perpétuel*, mais purement moral, *de respect et de reconnaissance*.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

SECOND TITRE DE LA PUISSANCE PATERNELLE. — LA GÉNÉRATION (1).

La génération est le titre spécial du père à son autorité sur son enfant; c'est ici que nous trouverons la source des caractères distinctifs de cette autorité.

Ce qui distingue essentiellement l'*autorité* du père venant de la génération du simple droit de *puissance* (*stricto sensu*) venant de l'occupation, — c'est que l'autorité paternelle s'adresse à la personne du fils, limite réellement et positivement sa liberté; — tandis que la puissance n'existe que sur la nature; elle ne limite pas positivement la liberté, elle s'exerce seulement lorsque cette liberté se trouve limitée d'ailleurs par l'incapacité de l'enfant.

Si nous analysons le fait de la génération, nous y voyons que l'enfant reçoit de ses père et mère sa nature, qui est composée de la nature même des père et mère, qui est une partie détachée de cette nature. Il doit donc toute sa nature à ses père et mère. — Il n'en est pas de même de la personne; il ne la tient que de Dieu, car l'homme ne devient une personne que par la communication que Dieu lui fait des vérités éternelles de la raison, qui serviront de règle à sa conduite. — Mais si les père et mère ne sont pas réellement cause productrice

(1) Voyez pour tout ce chapitre : *Rosmini. Fil. del diritto.* Part. 4, L. 2, ch. 6, n° 772 sq.

Digitized by Google

de la personne, ils sont au moins cause occasionnelle de ce qu'elle est venue à la vie, de ce qu'elle est unie à une nature humaine. — Or, la personne de l'enfant dans toutes ses actions doit reconnaître ce lien réel qui existe entre lui et ses père et mère ; elle doit reconnaître que c'est d'eux qu'elle tient la vie, sinon l'être, et que c'est à eux qu'elle doit toute sa nature ; elle doit n'user de cette vie et de cette nature que pour leur bien et leur bonheur, et être même disposée à les sacrifier pour eux. — De là un devoir perpétuel de respect, d'affection, de reconnaissance et de dévouement sans borne des enfants pour leurs parents, qui vient fortifier, centupler, en quelque sorte, les différentes obligations, soit morales, soit juridiques, des enfants envers ceux qui les ont élevés.

Mais nous n'avons montré jusqu'ici ces obligations que comme de simples obligations morales et non encore juridiques. Et si nous en restions là, elles auraient sans doute la force la plus grande dans le domaine de la conscience, mais elles n'obligeraient pas, comme on dit, dans le for extérieur, c'est-à-dire qu'elles n'autoriseraient pas l'emploi de la force de la part des parents ou de leurs représentants pour en exiger l'accomplissement.

Ce qui fait la différence pratique entre l'obligation morale et l'obligation juridique, c'est précisément que de cette dernière seule on peut poursuivre l'accomplissement par la force. Ce qui fonde cette différence en raison, c'est que les obligations morales consistent uniquement à faire du bien à une autre personne, tandis que les obligations juridiques consistent à ne pas faire de mal à une autre personne. De là suit que, sans doute,

Digitized by Google

la personne, qui est éminemment une force active, peut, quand on lui fait du mal, quand un autre entre injustement dans la sphère de son activité, employer sa force pour repousser cette usurpation, mais que la personne à qui l'on néglige de faire du bien ne saurait avoir le même droit; aucune lésion positive ne lui est faite, on ne l'attaque pas ; malgré l'injustice de celui qui lui refuse le bien qui lui est moralement dû, elle ne peut employer sa force contre lui, parce que ce serait entrer elle-même dans la sphère de l'activité de cet autre et violer son droit. — Enfin, de là résulte que, pour fonder une obligation juridique de faire un certain acte ou une certaine série d'actes, pour fonder en même temps par cela même un droit véritable à ces actions chez un autre, il faut montrer que cette action ou cette série d'actions est entrée ou est restée d'une manière licite dans la sphère d'activité de cette même personne.

Nous n'aurons donc démontré de véritables droits résultant pour les parents de la génération, que si nous trouvons que les parents en donnant la vie à leur fils ont entendu se réserver certains droits sur lui, et que ces droits sont licites en eux-mêmes. Car alors, d'après ce que nous avons dit, le fils sera obligé de se soumettre perpétuellement à ces droits. Or, c'est ce que nous trouvons réellement dans la nature des choses (1).

(1) *Rosmini* (*Fil. del diritto*. P. 1, n° 781 sq.) et *Achenwall* (*Jus naturale*, Pars posterior, L. 2, sect. 2, tit. 2, § 53) fondent l'autorité paternelle surtout sur le principe que celui qui produit une chose en est le maître.—*Grotius* (de J.B. et P., L. 2. ch. 5, n° 1) la fonde uniquement sur la génération sans donner plus d'explication.—*Portalis* a dit dans l'exposé des motifs de l'art. 204 du Code Napoléon : *Une sorte* D'ESPRIT DE

Digitized by Google

Entrons plus profondément dans l'analyse de la génération, et recherchons quel est le sentiment qui anime les parents (j'entends les parents vertueux) dans cet acte éminemment moral. — Le sentiment dominant, c'est le désir de voir et de caresser dans leur fils une extension, une reproduction d'eux-mêmes, mais une reproduction meilleure, jeune, riche d'espérances, et leur promettant la perpétuité sur la terre. Or, ce sentiment se décompose en deux plus spécialisés: — le premier, le plus fort, le sentiment dominant est le désir ardent du bien du fils, la volonté de tout-faire pour lui, de vivre pour lui, et d'assurer son bonheur par tous les moyens qui sont en leur pouvoir; — le deuxième, qui est moins sensible que le premier, moins fort, qui disparaît quelquefois, mais qui existe le plus souvent et qui n'est pas blâmable, c'est le désir de tirer eux-mêmes avantage de l'enfant, et du reste ce sentiment ramène encore les parents au premier, car leur plus grande jouissance est dans le bonheur de leur enfant. — Le premier est essentiellement désintéressé; le deuxième, peut-être plus égoïste, est juste, s'il est subordonné en tout au premier et au devoir imprescriptible de respecter la personne de l'enfant et son bien.

De ces deux sentiments d'inégale valeur comme d'inégale puissance, je tire deux droits des parents sur leurs enfants :

1° *Droit d'autorité.* Droit d'exiger que l'enfant, même adulte, agisse toujours pour son plus grand bien, qu'il prenne conseil de la prudence de ses parents, et notamment droit de lui imposer la bonté morale, condition

PROPRIÉTÉ *ajoute encore à l'amour que la nature a mis dans le cœur des pères*. C'est bien le même principe que Rosmini et Achenwall.

Digitized by Google

essentielle du bonheur, ce qui donne le *droit* plus spécial *de correction* sur l'enfant mauvais.

2° *Droit aux services de l'enfant,* qu'il soit ou non resté dans la famille; notamment droit de disposer des biens du fils en cas de nécessité.

Entrons dans le détail de ces droits, voyons-en exactement et le fondement et l'étendue.

1° *Droit d'autorité.*

Nous l'avons fondé sur ce que les parents en donnant à leur fils une partie de leur propre vie, en abdiquant leur pouvoir sur une certaine portion de leur propre nature, pour que cette nature entrât dans le domaine de la nouvelle personne qui naît, n'ont pas entendu abdiquer complétement ce pouvoir, et ont voulu en conserver ce qui serait nécessaire pour guider toujours leur enfant vers son plus grand bien. D'où il suit que la personne de l'enfant n'a pu prendre possession de la nature et de la vie que lui donnaient ses père et mère qu'en respectant cette volonté, et est juridiquement tenue de la respecter toujours.

En effet ce sentiment si profond et si ardent des parents pour leurs enfants constitue bien pour eux un titre de droit à leur autorité. Ce sentiment est tel qu'en défendant le bien de leur enfant, les parents défendent leur bien le plus cher, et que celui qui voudrait empêcher le bonheur de leur enfant, ou l'enfant même qui s'y refuserait leur causerait une profonde douleur. Il y a donc bien là ce lien réel qui constitue le droit, et qui oblige les autres à le respecter pour ne pas blesser injustement une personne humaine. Ce titre est de plus

Digitized by Google

licite, car ce sentiment en lui-même est éminemment moral, puisqu'il est la plus vive charité pour l'enfant ; et il ne blesse aucun droit, car la personne de l'enfant ne saurait avoir droit au mal ; et d'ailleurs, puisqu'elle n'a sur sa nature aucun droit tant que les parents ne l'ont pas engendrée il est de toute justice qu'elle ne prenne sur elle que les droits que les parents lui abandonnent.

On nous objectera que ce sentiment n'existe pas chez tous les parents et que plusieurs ne pensent à rien moins qu'au bien de l'enfant en lui donnant le jour ; — que d'autre part ceux chez qui ce sentiment existe n'en ont qu'une conscience assez vague et qu'il n'y a pas cette volonté explicite de poser des restrictions à la vie qu'ils donnent à leur enfant. — Je réponds d'abord à la seconde objection qu'il n'est pas du tout nécessaire pour conserver leur droit que les parents fassent un acte explicite de volonté avec connaissance parfaite de tous les éléments que la science peut découvrir dans leur acte. Car à ce compte presque personne n'acquerrait aucun droit quelconque, attendu que bien peu se rendent compte de tout ce qu'il y a dans leur titre d'acquisition. Ils savent seulement qu'ils veulent acquérir, et il en est de même des parents ; car à aucun moment de leur existence il ne leur vient à l'esprit d'admettre que leur enfant sera complétement indépendant de leur direction. Quant à la première objection, je réponds de même que si les parents ne paraissent pas penser au bien des enfants qu'ils mettent au monde, si même ils n'ont pas conscience de ce sentiment, si ce sentiment est étouffé par des passions, il n'en existe pas moins au fond de l'âme des parents, même sans qu'ils le sentent ; et si

Digitized by Google

d'autres passions peuvent passer par-dessus, le faire disparaître à la vue, et être les seuls motifs déterminants de l'action des père et mère, elles ne peuvent réussir à l'anéantir complétement. Et remarquons bien qu'en fait le doute ne peut pas se présenter sur ce point, sans que par le fait même il se trouve résolu ; car cette discussion ne peut avoir d'utilité que si les parents revendiquent leur autorité légitime sur leur enfant ; or le fait même de cette revendication prouve la persistance, la vivacité de ce sentiment chez les parents, quand même il serait établi qu'au moment de la génération ils n'en avaient pas conscience et agissaient par de tout autres motifs. — J'ajoute qu'en tout cas ce sentiment doit se présumer ; en effet il est éminemment moral, il est nécessaire (joint à d'autres conditions) pour justifier l'acte de la génération. Supposer son absence, c'est supposer le mal moral chez les parents. Or ce mal moral ne doit jamais se supposer ; on doit toujours présumer le bien jusqu'à preuve du contraire. Et ici la preuve contraire est en fait impossible, car personne n'a vu ce qui se passait dans l'âme des parents ; et au contraire le fait même de la revendication de leur autorité dément la supposition qu'on voudrait faire. Donc ils ont pour eux une présomption, et une présomption absolue, dont la preuve contraire est impossible en fait ; donc tous les parents, quelque mauvais qu'ils soient, ont l'*autorité paternelle*, bien entendu dans les limites que nous avons indiquées et que nous développerons ci-après.

Le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire pour l'établissement de cette autorité. En effet il faut le consentement d'une personne lorsqu'elle aliène un droit.

Digitized by Google

Mais lorsqu'elle manque d'acquérir, lorsque son acte d'acquisition se trouve limité par un droit antérieur, aucun consentement n'est nécessaire, parce qu'il ne dépend pas de la personne de changer les faits. Tout ce qu'elle peut faire, c'est de reconnaître volontairement ce fait, et de le respecter sous peine de violer le droit d'autrui. Aussi l'enfant ne peut refuser son consentement ; il est au contraire obligé de le donner dès qu'il se trouve capable de prendre librement un parti sur ce point.

Quelle est l'étendue de l'autorité paternelle ? Nous avons fondé ce droit sur le sentiment qui fait que les parents considèrent le bien de l'enfant comme leur bien propre. Donc l'autorité paternelle est limitée par le fait même de son titre à ce qui sert au bien de l'enfant ou au moins ne peut pas lui nuire. *A priori* la même limite paraît aussi, par suite de l'inviolabilité de la personne humaine, que nous avons développée ci-dessus : les parents doivent donc limiter l'exercice de leur autorité à tout ce qui ne blesse pas le bien-être de l'enfant, ou de sa propre famille s'il se marie ; car ce que le père doit à son fils, il le doit à ses petits-fils. Donc d'abord les parents n'ont aucun des droits qui pourraient porter atteinte soit à la moralité soit à la vie naturelle de l'enfant. Les législations qui ont donné au père le droit de vie et de mort sur son enfant, ou des droits encore plus monstrueux sur sa moralité, ont commis un crime de lèse-humanité ; car nous verrons que le droit de correction même ne peut jamais aller jusque-là.

Donc ensuite les parents ne peuvent mettre un obstacle déraisonnable à l'établissement de l'enfant par mariage et à tout ce qui est nécessaire pour former cet éta-

Digitized by Google

blissement, car le bien de l'enfant y est intéressé au plus haut point, et cet établissement du fils est éminemment conforme au sentiment de l'amour de ses parents pour lui, amour qui s'applique non-seulement au fils, mais à toute sa descendance; car l'espoir des parents porte aussi sur elle dès le moment de la génération du fils.

Les parents enfin, à mesure que l'enfant grandit, qu'il devient de plus en plus apte à se guider sagement par lui-même, doivent restreindre de plus en plus l'exercice de leur autorité. Dans l'enfance et dans la minorité, l'autorité du père vient corroborer la puissance qu'il aurait sur son enfant en vertu du seul titre d'occupation, et donne à cette puissance un caractère sacré et inviolable. Mais une fois cette puissance terminée par la majorité, l'autorité seule des parents leur donne encore le droit de commander à leur fils. Seulement le fils ayant acquis le plein usage de ses facultés, les parents doivent en général le laisser agir par lui-même, et n'intervenir qu'avec précaution, lorsque leur intervention devient nécessaire par suite d'une erreur évidente du fils sur ses intérêts, ou d'une conduite de celui-ci manifestement contraire à la morale. Dans ces deux cas, l'intervention de l'autorité paternelle ne peut être qu'un très-grand bien pour le fils. Hors de ces cas, elle lui causerait d'abord une douleur certaine, que ressent tout être libre lorsqu'il voit qu'on veut enchaîner sa liberté, la douleur qu'on éprouve en sentant exercer sur soi une contrainte qui est inutile. Et, d'autre part, le bien qui pourrait en résulter serait incertain (c'est dans l'hypothèse), et ne justifierait pas cette douleur causée au fils. D'autant que, même absolument parlant, il résulte plus de bien moral pour un être libre à faire

Digitized by Google

librement un acte relativement moins bon (je ne dis pas mauvais) qu'à faire, sous l'action de la contrainte, un acte relativement meilleur.

On voit par là avec quelles précautions les parents doivent employer leur autorité sur leur fils adulte. On peut être effrayé de la crainte des abus, quoique le sentiment paternel soit une garantie que les parents resteront plutôt en deçà des limites qui leur sont posées. En tout cas, la crainte de l'abus ne peut nous faire nier le droit même. Et l'abus lui-même, à moins d'être habituel et invétéré, ne peut faire perdre le droit aux parents, car l'abus d'aucun droit ne fait perdre ce droit à son titulaire. Il donne seulement au fils le droit de prendre des précautions contre cet abus, et de refuser son obéissance aux actes abusifs d'autorité.

Nous avons supposé jusqu'ici que le fils adulte avait acquis le plein usage de toutes ses facultés, mais le développement de ces facultés peut être plus ou moins grand suivant les personnes, les époques et les peuples. Or, il est évident que l'autorité des parents se conservera d'autant plus grande sur l'enfant, même adulte, que ce développement sera moindre. Ceci nous explique les différentes extensions que nous voyons données à la puissance paternelle par les différentes législations, et comment chez certains peuples elle est très-énergique pendant toute la vie de l'enfant, de manière à constituer la vie de tribu que nous rencontrons surtout à l'origine des civilisations.

L'autorité paternelle se manifeste notamment par le *droit de correction* sur le fils mauvais. Ce droit est la conséquence de ce que les parents peuvent employer la contrainte pour forcer leur fils à agir suivant son plus

Digitized by Google

grand bien. Les parents peuvent punir leur fils de manière à le corriger, parce que c'est le moyen de rétablir dans l'âme du fils le bien moral détruit et le plus grand élément de bonheur.

Ceci nous indique le caractère de ce droit de *correction*; son exercice doit avoir essentiellement pour but le bien du fils et être mesuré sur ce bien, quoique les parents puissent aussi employer ce pouvoir pour le bien commun de la famille, pour l'exemple des autres membres. Mais ceci n'est que l'accessoire et ne peut jamais justifier une punition qui ferait au fils un mal qui ne devrait pas tourner pour son bien.

C'est ce qui constitue la grande différence entre le droit de punir chez le père et le droit de punir dans la société civile. Le motif qui donne à la société civile le droit de punir est le droit de prévention, le droit d'empêcher les funestes effets de l'exemple et d'effrayer ceux que le crime pourrait tenter. Aussi, d'une part, la société n'a à considérer dans le coupable que son démérite, et tant qu'elle ne dépasse pas cette limite, la rigueur de peine est juste si elle est demandée par l'utilité sociale; l'intérêt de l'amélioration du condamné est une considération importante si l'on veut, mais non essentielle, et son défaut ne constitue pas une violation du droit du coupable. D'autre part, la société ne peut punir que les fautes qui sont dangereuses pour elle, qui, par exemple, se traduisent par un mal extérieur. — Au contraire, les parents n'ont droit de punir leur fils que pour le bien de celui-ci, et la peine doit avant tout être *correctionnelle*, et elle devient injuste dès que l'on y rencontre une rigueur qui ne doit pas produire un effet salutaire sur le coupable. D'autre part, le

Digitized by Google

mal moral est aussi grand chez l'enfant pour une faute qui ne fait aucun mal aux autres, que pour une atteinte aux droits des autres ; aussi les parents peuvent punir dans leur fils des fautes purement intérieures ou qui ne font de mal qu'à lui, dur moment qu'elles sont bien constatées.

Ce droit de correction subsiste pendant toute la vie du fils, car nous avons montré que l'autorité des parents dure tout ce temps. Seulement, vis-à-vis du fils adulte, nous avons vu toutes les précautions que les parents doivent prendre ; et elles s'appliquent au droit de correction plus qu'à tout autre, parce qu'ici les parents prennent sur eux de causer une douleur au fils, et se trouvent exposés à violer ses droits s'ils dépassent un peu la limite de leur autorité. La punition corporelle ou pécuniaire aurait souvent de tels inconvénients pour le fils adulte, qu'elle excéderait les droits des parents, mais il leur restera toujours des moyens moraux de contrainte et de correction qu'ils pourront toujours employer.

Les parents peuvent-ils aliéner leurs droits d'autorité paternelle ? — Non, car le sentiment qui en fonde l'exercice, qui en est l'acte premier, est essentiellement incommunicable.

Les parents peuvent-ils perdre leur autorité par leur faute ? — D'abord l'abus qu'ils feraient de leur autorité ne suffirait pas pour la leur faire perdre ; car nous avons vu que l'abus que peut faire le titulaire d'un droit ne permet pas aux autres de le priver de ce droit, mais seulement de prendre des précautions pour se garantir de cet abus. Bien entendu nous ne prétendons pas que les parents conservent un droit à l'acte abusif de leur

Digitized by Google

autorité, mais ils conservent un droit aux autres actes non abusifs de cette autorité. L'abus habituel pourrait seul faire perdre aux parents le droit dont ils abuseraient ainsi, parce qu'alors, il devient évident que l'exercice de ce droit est nécessairement un acte illicite des parents, et que dès lors il cesse d'être un droit, par la raison que nul ne peut avoir droit à un acte illicite.

L'abandon de l'enfant ne ferait pas perdre aux parents leur autorité, qu'ils pourraient réclamer plus tard. Car on ne peut pas prouver que le sentiment paternel ait jamaisé té éteint complétement chez eux, puisqu'au moins au moment où ils réclament, ce sentiment est très-vivace. On doit donc présumer que les parents ont toujours gardé quelque chose de ce sentiment qu'ils devaient garder; et le fils, tenu moralement au respect perpétuel de ses parents, peut moins que tout autre supposer leur compléte immoralité. Il doit donc se rendre à leur réclamation. — Les droits du père adoptif lui-même doivent céder devant ceux du père naturel; il n'a acquis de droit que parce que la nature de l'enfant était inoccupée; mais ce droit, opposable à tous autres, n'est pas opposable au père qui avait un titre antérieur et imprescriptible à exercer sa pleine autorité sur son enfant, à l'élever comme il l'entend et à en jouir. On voit ainsi que le titre de la génération l'emporte comme antérieur sur le titre de l'occupation, qui lorsqu'elle est séparée du premier ne donne pas un droit absolu, mais purement relatif.

2° *Droit aux services de l'enfant.*

Nous avons vu que le sentiment paternel renfermait enfin une certaine partie égoïste, ordinairement éclipsée

Digitized by Google

par la partie désintéressée, mais qui n'en existe pas moins réellement. Il résulte aussi de ce que nous avons vu que c'est là un véritable *titre de droit* pour les parents et un titre *licite ;* que le fils donc est tenu *juridiquement* de rendre à ses parents tous les services qu'il peut leur rendre, avec la même limite du respect dû à la personne du fils.

Ce titre modifie celui qui vient seulement de l'occupation en ce qu'il perpétue les droits que donnait celui-ci. Les parents peuvent demander ces services même au fils devenu majeur, quand même il ne fait plus partie de la famille, pourvu qu'il n'en résulte pas un grand dommage pour le fils.

Si nous supposons les parents dans le besoin, alors le fils est tenu judiriquement de leur donner des secours, et les parents peuvent les exiger de lui, quel que soit le dommage matériel qui en résulte pour le fils. Car alors le dommage moral qu'éprouverait le fils dont les parents seraient dans le besoin, serait plus grand que tout le dommage matériel que cela peut lui causer. *Dommage moral;* à savoir : dommage dans ses affections s'il est bon ; dommage dans sa vertu s'il est assez pervers pour voir d'un œil indifférent la détresse de ses parents.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

TITRES ET CONSTITUTION NATURELLE DE LA SOCIÉTÉ PATERNELLE.

SECTION PREMIÈRE.

La famille est une société.

On dit et l'on répète souvent que la famille est une société, une société naturelle entre les parents et les enfants. On a raison de le dire, mais on a tort de ne pas aller plus loin, et de ne pas rechercher quelle est la nature, quelles sont les lois de cette société, et pour en arriver là quels sont les titres sur lesquels elle se fonde. On ne peut en effet espérer régler sagement et justement les droits réciproques des parents et des enfants, que si l'on se rend compte exactement de tous les rapports qui existent entre eux, et que la conscience nous révèle confusément. Voyons donc ce que c'est que cette société et sur quel titre elle se fonde.

La famille, c'est-à-dire la société entre les parents et les enfants embrasse dans son sein deux sociétés : l'une des parents entre eux ou *société conjugale*, l'autre des parents d'une part avec les enfants de l'autre, entraînant celle des enfants entre eux, que nous appellerons *société paternelle*, et qui est désignée par le mot *famille* pris dans son sens le plus étroit. L'objet et les limites de ce travail ne nous permettent pas d'étudier

Digitized by Google

en détail la *société conjugale* qui mérite à elle seule un traité spécial ; nous nous contenterons d'en dire ce qui sera nécessaire pour l'intelligence et la déduction des lois de la société paternelle. Il faut seulement noter ici une conséquence importante de cet état de société, au point de vue qui nous occupe : la société conjugale fait du père et de la mère une seule personne collective, sujet de droits et de devoirs, et c'est à cette personne collective qu'il faut appliquer tout ce que nous avons dit et tout ce que nous dirons du père, sauf à nous à régler plus tard l'exercice de ces droits et de ces devoirs entre les deux époux.

La famille est une société entre les parents et les enfants. Cherchons-y donc d'abord les traits généraux d'une société, et ensuite nous examinerons quels sont les caractères spéciaux qui séparent la famille des autres sociétés possibles.

Une société est une réunion de plusieurs volontés agissant pour une fin commune par des moyens communs, avec la connaissance et la volonté de cette collaboration.

Il y a donc 4 éléments :

1° *Collaboration vers une fin commune;* c'est là le fond, la matière de la société;

2° *Connaissance* de cette collaboration; car, par exemple, des savants cherchant en même temps une même vérité sans se connaître ne forment pas une société;

3° *Volonté* de cette collaboration ; car, par exemple, les mêmes savants se connaissant, mais cherchant à se devancer et à se supplanter mutuellement ne sont pas encore en société ;

Digitized by Google

4° *Emploi de moyens communs;* car, par exemple, ces mêmes savants se connaissant, heureux de collaborer pour le même but scientifique, mais agissant chacun de leur côté ne formeraient pas une société.

Pour plus de facilité, nous rangerons ces quatre éléments sous deux chefs :

1° *Collaboration volontaire de plusieurs personnes vers une même fin* (la volonté impliquant la connaissance) ;

2° *Moyens communs* employés pour atteindre cette fin.

Or ces deux éléments complexes se retrouvent-ils dans la famille? Oui ; il y a : 1° collaboration volontaire de plusieurs personnes vers une fin commune, qui est le bien de tous et de chacun de ses membres ; 2° emploi de moyens mis en commun, qui sont l'activité et les biens de tous les membres de la famille.

Nous nous proposons de montrer non-seulement que ces traits généraux existent dans la famille, conçue idéalement comme possible, mais encore qu'ils existent naturellement et obligatoirement dans les rapports des enfants et des parents. Nous aurons montré par là, d'abord que la société paternelle, posé qu'elle existe entre les enfants et les parents, présente ces caractères ; et ensuite qu'elle est obligatoire entre ses membres, qu'elle doit toujours exister ; en un mot que c'est une *société naturelle et obligatoire*, et non pas seulement *artificielle et facultative*.

Il y a, disons nous :

1° *Collaboration volontaire de plusieurs vers une même fin;* — et cette fin est *le bonheur spécial et réciproque des membres de la famille.* Cela résulte de ce que nous avons dit pour établir les fondements de l'autorité paternelle,

Digitized by Google

et montre quel lien intime il y a entre l'autorité paternelle et la société paternelle, puisque l'une ne peut pas exister sans l'autre.

En effet, l'analyse que nous avons faite du sentiment fondamental essentiel à la paternité montre qu'il y a dans le père deux volontés permanentes : 1° le désir du bonheur du fils, et 2° le désir de son propre bonheur. Et nous avons montré que ces deux volontés du père, non-seulement sont légitimes, mais constituent même un devoir, sans doute *purement moral*, notons-le bien.

D'autre part, nous avons montré qu'il y avait du côté du fils devoir, et ici *devoir juridique* d'obéir, de s'associer à ces deux volontés du père et d'agir toujours conformément à elles. Donc il y a obligation pour le fils de travailler, 1° au bonheur de ses parents, 2° à son propre bonheur.

Que les mêmes devoirs existent pour les parents entre eux, cela résulte de la nature même de la société spéciale qu'ils ont formée entre eux, et qui se trouve comme englobée dans la société paternelle, *la société conjugale*, dans laquelle ils ont volontairement mis en commun leur vie, leur âme, leur corps et leurs biens pour leur bonheur mutuel.

Enfin le même devoir existe pour les enfants entre eux, puisque chacun d'eux doit s'associer aux sentiments du père non pas seulement à son égard, mais encore à l'égard de ses frères et sœurs. Et ce devoir est un devoir vraiment juridique envers le père. Entre eux ce n'est qu'un devoir de pure morale.

Ainsi, par une admirable harmonie, chaque personne de la famille se trouve obligée de travailler, et à son propre bien, et au bien de tous ; à son propre bien en

Digitized by Google

vue du bien de tous, et au bien de tous en vue de son propre bien. C'est ce qui fait la force irrésistible de cette société naturelle, la famille; c'est ce qui la constitue comme un ensemble compacte et puissant. C'est ce lien, formé d'airain et de duvet pour ainsi dire, qui rend indestructible le faisceau de baguettes qu'il unit. Le secret de cette force, secret que j'oserai appeler un trait de génie de celui qui a créé le cœur humain, c'est que dans la famille le dévouement pour les autres est égoïsme, et l'égoïsme s'élève jusqu'à la sublimité du dévouement; et que cette alliance mystérieuse s'opère sous l'égide même de la morale qui sanctifie ces deux sentiments en les élevant au rang de devoir.

Il y a, ajoutons-nous :

2° *Des moyens communs.*

Ce sont toutes les facultés de l'âme et du corps, ainsi que tous les biens de tous les membres de la société. Et ces moyens sont bien des moyens *communs*, parce que chacun met et doit mettre tout ce qu'il a au service de tous : sensibilité, intelligence, activité, force physique et tous les biens extérieurs. — L'obligation de mettre ces facultés et ces biens en commun se fonde sur les mêmes principes, et a les mêmes caractères que l'obligation de collaborer au bien de tous dont elle n'est que la conséquence : elle est donc juridique chez le fils et purement morale chez le père.

Ainsi, par une admirable harmonie qui est la force et la vie de la société de la famille, chacun est à la fois *fin* et *moyen* pour tous : quant à sa *personne*, il est fin; quant à sa *nature*, il est moyen, mais moyen non pas aveugle et nécessité, mais volontaire et éclairé. Proprement, il n'est pas employé par les autres à leur bonheur,

Digitized by Google

il s'y emploie librement et ne subit pas de leur part d'autre assujettissement que celui qui est plus noble que toute liberté, l'assujettissement du cœur.

SECTION II.

Nature spéciale de la société paternelle.

Donc la famille est une société, et c'est une des sociétés les plus fortes, les plus puissantes, les plus indestructibles qui puissent exister. Mais il ne suffit pas de connaître que c'est une société, il faut connaître aussi ses lois. Or elle sera sans doute soumise comme société aux lois générales de toute société ; nous aurons à en parler ; mais si nous nous bornions là, nous apprendrions peu de chose. La famille n'est pas une société en général, c'est une certaine espèce particulière de société; c'est de ses caractères spéciaux que se tireront les lois spéciales qui la dominent. Ainsi donc, après avoir vu en quoi elle participe aux traits généraux de toute société, voyons par quoi elle se spécialise ; après avoir vu le genre, voyons la différence, c'est ainsi seulement que nous aurons une notion complète de la famille et que nous pourrons aller plus avant.

Remarquons (1) avant d'entrer dans cette étude que pour connaître exactement l'essence de la famille et son organisation naturelle, nous devons l'étudier dans son

(1) V. *Rosmini, Filos. del diritto*, P. 1, n° 1273, sq.

Digitized by Google

état normal et régulier, abstraction faite des modifications que peut y apporter la volonté, légitime ou coupable des hommes. Sans doute le législateur doit tenir un grand compte des formes spéciales que revêt la famille dans la nation dont il s'occupe, et des abus que la perversité des hommes peut y introduire. Mais pour connaître le droit pur, tel qu'il résulte de la nature même des choses, il faut faire abstraction d'abord de ces éléments de fait, sauf à les faire rentrer plus tard dans nos calculs pour apprécier l'influence qu'ils peuvent avoir sur l'application des principes.

Après cette observation préliminaire, cherchons les traits caractéristiques de la société paternelle.

Or dans toute société nous trouvons trois éléments constitutifs et essentiels (1), sans lesquels elle ne pourrait exister, ou plutôt qui sont les diverses parties d'elle-même, et qui par les caractères qu'ils présentent servent à bien caractériser la société à laquelle ils appartiennent. Ces trois éléments sont : 1° *la fin* spéciale pour laquelle est faite la société ; — 2° *le fait* qui lui donne naissance ; — 3° *sa nature* intrinsèque, sa constitution intime.

Voyons donc la physionomie de ces divers éléments dans la société paternelle, et les caractères qu'elle leur emprunte.

§ 1. — Fin spéciale de la société paternelle.

Je dis *fin spéciale*, parce que toutes les sociétés humaines doivent avoir une fin commune, qui est le bien

(1) *Rosmini, Filos. del diritto*, P. II, n° 1565.

Digitized by Google

intellectuel et moral de l'homme (1). En effet l'homme étant placé sur la terre principalement pour établir en lui-même le règne du bien moral et par ce moyen acquérir droit aux récompenses dans l'autre vie, étant obligé de diriger toutes ses actions vers ce but; lorsqu'il forme une société, il est obligé aussi de lui donner ce but principal, sous peine pour la société d'être injuste et immorale. La famille a donc comme toutes les sociétés cette fin dernière et éloignée, le perfectionnement intellectuel et moral de ses membres.

Toutes les sociétés ont en outre une fin prochaine et spéciale, qui, quoique devant être toujours subordonnée à la première, paraît aux regards inattentifs la seule fin, et qui en réalité doit être plus particulièrement considérée dans l'étude de telle société déterminée. — Or quelle est cette fin pour la société paternelle?

La *fin spéciale* de la société paternelle est *de donner son plein développement à la nature humaine dans ses membres*, ou, en d'autres termes, *de faire jouir ses membres de la plénitude des biens naturels*. — Bien entendu que cette fin si élevée est plus ou moins complétement atteinte suivant les cas, et même, vu les misères de la vie actuelle, n'est jamais complétement atteinte. Mais enfin c'est là le but auquel on tend dans la mesure du possible.

Par *ces biens naturels*, il faut entendre tout ce qui a le caractère de bien par rapport à la nature humaine, c'est-à-dire tout ce qui peut lui apporter une jouissance ou un perfectionnement. Ce ne sont donc pas seulement

(1) Vid. : *Rosmini, La societa ed il suo fine.* 2, 1, sq. — Dans le volume intitulé *Filosofia della politica.*

Digitized by Google

les biens extérieurs et toutes les jouissances qu'ils peuvent procurer, ce ne sont pas non plus seulement les biens du corps indépendants des biens extérieurs, tels que la santé, la vigueur, etc., ce sont encore les biens spirituels de toute sorte, biens procurés par la connaissance du vrai, la jouissance du beau, la pratique du bien ; jouissances de l'esprit, jouissances du cœur, jouissances morales, agrandissement de l'intelligence par l'instruction, élargissement du cœur par les saintes affections et par les pures émotions que soulève en lui l'aspect du beau, et le tout se complétant et se résumant dans la rectitude de la volonté, invariablement attachée au bien et à la vertu, dominant en souveraine toutes les mauvaises passions, respectant tout ce qui autour d'elle est digne de ses respects, et mettant son activité au service de tout ce qui est bon et saint.

Relativement à cet ensemble si précieux de biens, pour la plupart inestimables, la société paternelle joue deux rôles différents et complémentaires l'un de l'autre. Elle ne se borne pas comme certaines sociétés (comme les sociétés commerciales par exemple) à procurer l'acquisition des biens qui forment son objet ; elle ne se borne pas comme d'autres sociétés à procurer une plus grande jouissance de ces biens, qu'elle supposerait acquis d'ailleurs. Elle réunit ces deux fonctions; c'est à la fois une société d'action et une société de jouissance. Elle a pour objet non-seulement de procurer à ses membres les biens naturels que nous avons énumérés et qu'ils ne pourraient pas obtenir ou obtiendraient bien plus imparfaitement sans elle, mais encore de fournir à ses membres une jouissance de ces biens, bien autrement complète et entière que celles

Digitized by Google

qu'ils pourraient goûter s'ils étaient restés isolés. Que l'association offre le moyen d'acquérir sur une plus grande échelle les biens extérieurs, et d'en jouir plus efficacement, c'est une vérité banale qui n'a pas besoin d'être prouvée. Les secours mutuels que se donnent naturellement les membres d'une même famille pour l'acquisition des biens du corps et de l'âme, pour l'instruction de l'esprit, pour le développement des affections louables dans le cœur, pour la formation d'une volonté droite et pure au moyen des leçons et des exemples, ont aussi de tout temps frappé tous les yeux. La moindre attention, le moindre souvenir, qui se reporte vers les douces années de notre jeunesse, formée sous l'œil vigilant d'un père et sous l'aile d'une mère, suffisent pour nous en convaincre.

Enfin tout ce que la famille ajoute aux jouissances nées de ces diverses sources, c'est à son cœur que chacun doit en demander le récit. Que celui qui n'a jamais quitté le toit paternel s'imagine la peine que lui causerait une séparation ; et que celui qui a dû quitter des êtres chéris pour aller vivre seul dans un pays lointain au milieu d'indifférents sonde le vide que cette séparation a fait dans son cœur, et que rien au dehors n'a pu combler.

Ce qui donne aux rapports de famille cette douceur ineffable qui remplit le cœur d'une sainte joie quand il la possède, et d'une tristesse indescriptible quand il la perd, c'est quelque chose de très-réel ; c'est cet échange continuel qui a lieu entre des êtres s'aimant et vivant ensemble; c'est cette espèce de circulation des biens de l'âme et du corps qui passent de tous les membres dans chacun d'eux et de chacun dans tous, où chacun

Digitized by Google

reçoit de tous une impression qui l'améliore et retourne en jouissance vers les auteurs inconscients de cette bonne œuvre, et où chacun par réciprocité produit sur tous la même impression améliorante pour jouir ensuite du bien qu'il a produit. Tout ce commerce incessant qui a lieu dans le sein de la famille peut se résumer en un seul mot, qui a été inventé par la religion chrétienne comme la chose même qu'il sert à nommer, et ce beau mot, c'est l'*édification* mutuelle. Chacun est comme l'architecte de l'amélioration et du bonheur des autres et de lui-même.

Par tout cela on voit que la société de la famille est pour ceux qui la composent le moyen le plus efficace, le moyen, pour ainsi dire, unique, tant il est au-dessus des autres, de remplir les obligations réciproques que la nature leur impose. C'est pour cela que demeurer dans la famille est en général une obligation pour tous ses membres, comme nous allons le voir incessamment.

§ 2. — Fait qui donne naissance à la société paternelle.

Toute société ne peut naître que du consentement de ceux qui vont devenir ses membres. Ceci résulte de l'essence même de la société que nous avons définie une *union de plusieurs volontés pour une même fin*. Mais ce consentement qui est purement arbitraire dans la plupart des sociétés ne l'est point pour la société paternelle. Il est obligatoire pour tous ses membres, soit juridiquement, soit seulement moralement.

Et d'abord il est juridiquement obligatoire pour les enfants vis-à-vis de leurs parents. En effet, nous avons vu que les enfants sont juridiquement obligés de se

Digitized by Google

soumettre à l'autorité paternelle et de suivre la direction que leur donnent leurs parents, pour le plus grand bien et des parents et des enfants. Or nous avons vu aussi que la société paternelle était en général le moyen le plus efficace de procurer le plus grand bien possible des parents et des enfants. Donc les enfants sont juridiquement obligés à donner leur consentement à la société paternelle, posé que leurs parents entendent maintenir entre eux cette société. Ils sont juridiquement obligés, c'est-à-dire que les parents en cas de refus pourraient même employer la force pour les y contraindre. Ils devraient sans doute user de ce droit avec beaucoup de ménagements, mais enfin ils ont ce droit.

Le consentement à la société paternelle est aussi obligatoire pour les parents, mais purement moralement. En effet, nous avons déjà montré que les obligations des parents envers leurs enfants ne sont jamais que purement morales, c'est-à-dire que les enfants n'y ont pas un *droit* proprement dit, ne pourraient jamais employer la force pour en exiger l'accomplissement. Dans ces limites l'obligation d'établir cette société existe pour les parents, parce que cette société est en général le meilleur moyen d'accomplir leurs obligations envers leurs enfants et envers eux-mêmes.

Mais encore cette obligation même purement morale n'est pas absolue, attendu que si la formation ou le maintien de la société sont en général pour ses membres le meilleur moyen de remplir leurs obligations réciproques, il n'en est pas toujours ainsi. Dans plusieurs circonstances le maintien rigoureux de cette société deviendrait inutile ou même nuisible au bien commun de ses membres ; et alors les parents ont le droit de la dis-

Digitized by Google

soudre en tout ou en partie ; ils en ont même le devoir dans certains cas.

Dans l'appréciation de cette opportunité de la société, la plus grande latitude est laissée à l'appréciation des parents. Et comme d'ailleurs, dans aucun cas, personne (soit les enfants, soit d'autres) n'a droit de les forcer à former cette société, on peut dire qu'*au point de vue du droit* le *fait qui donne naissance à la société paternelle* est la *volonté des parents*, parce que c'est le seul fait arbitraire qui entre dans sa formation.

Cette observation nous fait entendre très-clairement comment la société peut exister dès la naissance des enfants, bien avant que ceux-ci aient pu donner un consentement exprès à cette société. Puisqu'en effet ils sont obligés juridiquement à consentir à la volonté des parents qui seule est arbitraire, il est très-vrai que, dès que la volonté des parents existe, la société existe *de droit*, car tous les éléments nécessaires en droit à son existence sont posés. A ce moment elle existe aussi *de fait*, car l'enfant ne peut pas se refuser aux actes que ses parents peuvent lui imposer en vertu de leur autorité pour le bien de la société. — Lorsque plus tard l'enfant est en âge de pouvoir refuser son consentement, s'il le refuse, la société n'existe pas moins *en droit*, puisque ce consentement n'est pas nécessaire pour rendre la société obligatoire pour le fils, et qu'au contraire c'est l'existence de la société qui rend son consentement obligatoire. Le refus du fils ne peut donc que modifier *le fait*, et faire naître dans les parents les droits qui naissent pour toute personne de la violation en fait de ses droits.

La même observation (que c'est la volonté des parents

Digitized by Google

qui donne naissance à la société paternelle) nous permet de prendre de cette société une idée singulièrement plus étendue que celle que nous en avions déjà. En effet, le consentement des enfants n'étant pas nécessaire pour la faire naître, il s'ensuit que rien ne s'oppose à ce qu'elle *puisse* comprendre comme membres même les enfants qui ne sont pas encore nés ou conçus. Sans doute ces enfants ne peuvent pas être considérés comme membres actifs de la société, mais ils peuvent être considérés comme membres actuels passifs, c'est-à-dire comme aptes à profiter des avantages que cette société produit actuellement. Que faut-il pour que cela ait réellement lieu? Il faut, et il suffit que la volonté des parents, le désir qu'ils ont de travailler pour le bien de leurs enfants, s'applique non-seulement à ceux qui sont déjà nés, mais encore à ceux qui naîtront plus tard. Or c'est là ce qui a lieu le plus souvent, et ce qui doit avoir lieu. Car ce sentiment d'affection, de dévouement, que nous avons décrit chez les parents s'applique non-seulement aux enfants déjà nés, mais encore à ceux à naître, non-seulement aux enfants au premier degré, mais encore à tous leurs descendants à quelque degré qu'ils soient. On peut donc dire dans un sens très-réel que la famille présente comprend non-seulement ceux qui existent actuellement, mais encore toutes les générations futures. Cette considération, qui nous sera plus tard d'une grande utilité (1), est admise implicitement par les coutumes et les lois de toutes les nations; elle peut seule expliquer bien des règles de notre droit positif.

(1) Par exemple, pour fixer les règles à suivre par le père dans son gouvernement; — pour expliquer les substitutions par une exagération de ce sentiment; — pour les successions.

Digitized by Google

Les parents sont complétement libres *en droit* de maintenir la société ou de la dissoudre, ou, ce qui arrivera le plus souvent, d'en faire sortir un ou plusieurs de leurs enfants. Mais si le droit ne leur impose aucune restriction sur ce point, la morale leur pose des règles qu'ils devront suivre sous peine d'abuser de leur autorité. Le principe que nous avons posé est que leur autorité leur appartient sans doute dans leur propre intérêt, mais aussi et surtout dans l'intérêt de leurs enfants. La morale leur commande donc de consulter, pour resserrer ou relâcher le lien de la famille, l'intérêt de leurs enfants aussi bien que leur intérêt propre. Ils doivent donc apprécier, suivant les circonstances, s'il ressortira un plus grand bien pour tel enfant, d'une part, et pour toute la famille de l'autre, en gardant cet enfant dans les liens de la famille ou en l'émancipant. Ils ne doivent donc pas retenir malgré lui leur enfant dans la société paternelle lorsqu'il doit en ressortir un mal évident et considérable pour cet enfant.

Cette règle a une application très-importante relativement au mariage du fils ou de la fille. Sans doute les parents peuvent exiger que leur enfant fasse un bon choix, et peuvent le guider pour ce choix dans une mesure que nous aurons à déterminer. Mais ils ne doivent pas mettre d'obstacle arbitraire au mariage de leur enfant, et doivent notamment le laisser sortir de leur société, si cela est nécessaire pour son établissement, soit que cette séparation soit une condition *sine quâ non* de cet établissement, parce que l'enfant doit en se mariant entrer dans la société paternelle à laquelle appartient son conjoint, ce qui arrivera très-fréquemment pour les filles, et peut même être aussi imposé au fils pour des

Digitized by Google

raisons de très-haute convenance; soit que cette séparation soit seulement très-utile au développement et à la prospérité de la nouvelle famille que va fonder le fils. Dans ce cas l'enfant peut quitter la société paternelle; ses parents doivent consentir à cette séparation, et s'ils n'y consentent pas, le fils peut les quitter malgré eux, pourvu qu'ils n'aient pas besoin de lui. Cette décision, fondée sur le principe que l'autorité paternelle ne renferme pas le pouvoir d'imposer un mal arbitraire à l'enfant, est en outre éminemment conforme au sentiment paternel, qui sert de fondement à l'autorité des parents. En effet, ce désir, que nous avons décrit de se voir renaître dans leur postérité, ne s'arrête pas chez les parents au premier degré de leurs enfants, mais les porte aussi à désirer que leurs enfants aient eux-mêmes des enfants pour perpétuer leur race. Il est donc bien évident que l'autorité qui dérive de ce sentiment ne peut aller jusqu'à mettre obstacle à sa satisfaction, en empêchant le mariage des enfants.

Un dernier cas où les parents sont obligés moralement de laisser le fils sortir de la famille, c'est lorsqu'ils abusent habituellement de leur autorité. Ou plutôt dans ce cas le fils peut en sortir malgré eux, car il est peu probable qu'ils donnent leur consentement. Ceci est fondé sur le principe déjà établi que toute autorité doit toujours respecter la personnalité de ceux qui y sont soumis, que l'homme ne peut jamais être employé uniquement comme *moyen*, mais doit toujours être au moins en partie traité comme *fin*. Il n'est pas nécessaire de recourir pour cela aux obligations spéciales des père et mère.

Nous avons dit que dans les cas où les parents sont obligés de consentir à son émancipation, le fils peut les

Digitized by Google

quitter même malgré eux. Pourrait-il dans ce cas repousser par la force la violence dont on userait, pour le retenir? — Oui, il le pourrait, toutefois en respectant inviolablement la personne de ses parents, et sans leur faire aucun mal, car cela n'est jamais permis au fils. — Il le pourrait; car, sans doute, les obligations de ses parents envers lui sont purement morales, d'où il suit que s'ils ne les remplissent pas, il n'a aucun moyen licite de les y contraindre, et que, par exemple, il ne pourrait les contraindre à former une société avec lui quelque intérêt qu'il y eût. Mais toute obligation purement morale devient juridique dès que son inexécution entraîne un mal positif causé à une personne humaine, cela résulte de la distinction même entre les obligations morales et les obligations juridiques. Faire du bien à la personne humaine, voilà l'obligation morale; ne pas faire de mal injuste à la personne d'autrui, voilà l'obligation juridique. C'est pourquoi, si les parents négligent d'employer leur activité, comme ils le doivent, pour le bien du fils, le fils n'a le droit de rien exiger d'eux; mais s'ils abusent de cette activité et de l'autorité qui la revêt pour causer un mal au fils, celui-ci a le *droit* de repousser cet abus par tous les moyens qui sont en son pouvoir, *salva naturali reverentia.*

§ 3. — Nature intrinsèque de la société paternelle.

Ce qui détermine spécialement la nature intime de la société paternelle, ce qui lui donne sa physionomie propre, c'est une double *inégalité* entre les membres qui la composent : — 1° *inégalité* entre la personne collective des parents d'une part, et les enfants de

Digitized by Google

l'autre; — 2° *inégalité* entre le père et la mère. Cette dernière espèce d'inégalité n'est pas propre à la société paternelle, elle lui est fournie par la *société conjugale* qui lui est antérieure et est englobée dans son sein; mais elle a néanmoins une très-grande influence sur les lois intimes de la société paternelle. Examinons-en d'abord les principaux traits et les principales conséquences.

A. — *Inégalité entre le père et la mère.*

Ce n'est point ici le lieu de démontrer d'une manière complète le fondement profondément naturel de l'inégalité du mari et de la femme dans le mariage; cela appartient à la théorie de la *société conjugale*, dans laquelle nous ne pouvons entrer. Contentons-nous de constater que c'est une loi reconnue par les mœurs et les législations de tous les peuples; que, dans le fait, l'existence de cette inégalité licite ne peut être contestée, puisque partout la femme y donne son consentement dans le contrat même du mariage. Et observons seulement que cette inégalité résulte : 1° des différences profondes que la nature a mises entre l'homme et la femme au physique et au moral et qui leur donnent des rôles si différents dans la plupart des situations de la vie; — et 2° du sentiment bien plus énergique chez l'homme que chez la femme du besoin de fonder une nouvelle famille, dont il sera le chef, de perpétuer son nom et sa race; sentiment auquel la femme ne fait que s'associer et qui est naturellement moins prononcé chez elle, à raison de son intelligence qui voit les choses de moins haut et de moins loin, et de son cœur plus dévoué aux affections présentes que soucieux de les étrendre dans l'avenir en se créant de nouveaux liens.

Digitized by Google

L'effet de cette inégalité est de donner au mari la supériorité dans la *société conjugale*. Cette supériorité n'est point celle du maître sur un esclave, dans laquelle l'esclave considéré comme une chose, un simple moyen, est sacrifié au maître. C'est seulement un droit de *gouvernement* de la société conjugale ; droit établi dans l'intérêt égal des deux conjoints considérés tous deux comme fin, et dont aucun ne doit être sacrifié à l'autre. Le mari a donc le droit de commander à sa femme, de diriger ses actions, mais uniquement pour la fin de leur société, qui est le plus grand bonheur des deux époux l'un par l'autre. Et ce pouvoir est pleinement légitime ; car cette fin ne pouvant être acquise que par la direction d'un seul esprit et d'une seule volonté raisonnable, qui ramène à l'unité de plan les actions qui tendraient à s'en écarter, il est naturel que cet office appartienne à celui qui est plus capable de le remplir, et dans le cœur duquel la nature en a mis le désir le plus vif. Enfin ce pouvoir, loin d'être contraire à l'union intime qui est le but et l'essence de la société conjugale, lui est éminemment conforme. Les différences que Dieu a mises entre les âmes de l'homme et de la femme, si elles sont respectées, loin de diminuer leur union intellectuelle, servent à lui donner son plein accomplissement.

C'est donc le mari qui, en tant que chef de la société conjugale, doit exercer les droits qui lui appartiennent en commun avec sa femme. C'est donc lui qui dans la société paternelle exercera les droits que nous avons reconnu appartenir à la personne collective des parents. Aussi dorénavant pour plus de simplicité dans le discours parlerons-nous en général du père seul comme titulaire de ces droits. Mais il ne faut pas que ce principe et cette manière de parler nous trompent ! sur un

Digitized by Google

autre principe également vrai et important. Tous les droits que nous avons démontré appartenir aux parents sur leurs enfants, et ceux que nous en ferons dériver par la suite, appartiennent proprement à la personne collective des parents, aussi bien à la mère qu'au père; il n'en est pas un pour lequel on puisse démontrer une différence profonde entre le père et la mère. De là résulte immédiatement qu'en cas de mort ou d'empêchement du père, c'est la mère qui exerce les droits de l'autorité paternelle, et que pour cela elle n'acquiert pas de nouveaux droits, mais rentre seulement dans l'exercice que l'organisation spéciale de la société qu'elle formait avec le père lui enlevait.

D'où en résumé *jouissance* en commun par le père et la mère des droits de l'autorité paternelle; *exercice* de ces droits en général par le père, mais aussi par la mère à défaut du père.

B. — *Inégalité entre les parents et les enfants.*

Nous avons suffisamment établi dans les chapitres précédents les fondements de l'autorité paternelle pour qu'il soit inutile de prouver longuement cette inégalité des parents et des enfants qui est le trait distinctif de l'organisation intime de la société paternelle. Si, comme nous l'avons vu, c'est l'autorité paternelle elle-même qui fonde la société de la famille, ce n'est pas pour venir s'y éteindre, c'est au contraire pour y trouver son complet développement. D'autre part, s'il est vrai que toute société a pour but le bien commun de ses membres, l'autorité paternelle est éminemment sociale, puisqu'elle est établie encore plus dans l'intérêt des enfants que dans l'intérêt des parents.

De ces considérations, sans qu'il soit besoin d'un plus long discours, résulte immédiatement que la société

Digitized by Google

paternelle n'est pas de ces sociétés qui doivent chercher le gouvernement qu'elles se donneront par une volonté arbitraire ; son *gouvernement* lui est donné par la nature même, qui a presque tout fait pour elle sans abandonner rien au hasard ou au caprice. Le *droit de gouverner* la société paternelle réside *dans les parents*, et, nous pouvons le dire maintenant, si les deux parents existent, il réside *dans le père*.

Nous avons enfin établi complétement le théâtre sur lequel s'exerce le jeu plein et entier de la puissance paternelle ; nous avons étudié tous les tenants et aboutissants ; nous sommes en possession de tous les faits au milieu desquels elle agit ; nous pouvons maintenant approfondir sa nature et ses applications, et l'étudier non plus morte et tronquée, comme nous l'aurions fait sans cela, mais réelle et vivante dans la plénitude de son action féconde.

SECTION III.

Des droits et des devoirs dans la société paternelle.

Plaçons donc devant nos yeux la société paternelle toute formée, supposons-la complète, composée du père, de la mère et de plusieurs enfants et même de petits-enfants. Voyons toutes ces personnes agir, se mouvoir dans cette société et étudions les rapports, surtout les rapports juridiques qu'elles soutiennent entre elles et avec les autres hommes. Or, dans toute société, il y a trois ordres de rapports à considérer :

Digitized by Google

1° *Rapports des associés avec le gouvernement ou droit gouvernemental ;* — 2° *rapports des associés entre eux, ou droit social proprement dit ;* — 3° *rapports des associés avec les non-associés, ou droit extrasocial.* — La même division peut se faire dans la société paternelle.

§ 1er. — Droit gouvernemental de la société paternelle.

Il s'agit ici des rapports des enfants avec leurs parents et notamment avec le père considéré comme chef de la famille.

Nous avons déjà indiqué d'une manière sommaire et générale les différents droits du père sur ses enfants en établissant leurs fondements. Ce qu'il nous reste à déterminer maintenant, en entrant plus avant dans le détail de ces droits, ce sont les rapports qu'ils ont avec le gouvernement du père, c'est-à-dire la manière dont le père peut et doit en user dans le gouvernement de la société dont il est le chef.

Or le premier devoir du gouvernement dans toute société, c'est d'agir conformément à la *fin* de cette société ; car le gouvernement est précisément l'institution établie dans une société pour la diriger vers sa fin, une direction unique étant nécessaire pour arriver à cette fin. — Nous avons vu que la *fin immédiate* de la société paternelle est *de procurer à ses membres la plus grande somme possible des biens naturels*, biens moraux, intellectuels, physiques et matériels. Relativement à cette fin, le père, comme gouverneur complet de la famille, a deux ordres de devoirs : 1° il doit ne rien faire de manifestement contraire à cette fin, et de là naissent pour lui des *devoirs juridiques*, car s'il manque à cette

Digitized by Google

règle il viole la personne des associés ; 2° il doit agir lui-même et diriger les actions de ses enfants, auxquels il commande, vers l'acquisition la plus entière et la plus prompte de cette fin ; ce sont là des *devoirs purement moraux*. — Ainsi 1° *devoirs juridiques* du père, purement *négatifs*, consistant à ne pas agir directement contre le bien de la société ou le perfectionnement intellectuel, moral et physique de ses membres ; — 2° *devoirs moraux* du père, devoirs *positifs*, consistant à employer les moyens que lui fournit son pouvoir social pour le bien naturel et le bien moral de la famille. — Voyons séparément ces deux ordres de devoirs, en y ajoutant une troisième partie : 3° *droits* du père, c'est-à-dire moyens que le père peut employer dans son gouvernement. (Nous les avons indiqués en gros ; nous devons entrer dans le détail.)

I. — *Devoirs juridiques du père ou ce que le père ne peut pas faire.*

Nous avons déjà indiqué les limites de l'autorité paternelle et nous avons vu que, exercée pour la plus grande partie en vue du bien du fils, elle ne pouvait lui enlever les biens essentiels à la nature humaine, ni la vie, ni la liberté. Ce qu'il nous reste à voir ici, c'est si l'intérêt de la société paternelle que le père est chargé de procurer ne peut pas reculer les limites de son pouvoir et lui permettre de causer à un ou plusieurs de ses fils un mal plus grand qu'il ne le pourrait en dehors de cette société. Et nous répondons que *non* dans les deux cas ; soit que le fils soit coupable ou qu'il ne le soit pas, le père ne peut jamais porter atteinte aux droits essentiels que nous avons réservés dans le fils.

Digitized by Google

D'abord, si le fils est innocent, l'intérêt social peut il justifier un mal causé au fils dans ses droits essentiels? Non, quelque grand que soit cet intérêt, il ne donne jamais un pareil droit. Et qu'on nous permette ici de dire que cela n'est pas particulier à la société de la famille, mais que, dans aucune société, l'intérêt public ne peut justifier la violation d'un droit essentiel de la personne. Ceux qui fondent le droit et même la morale sur l'intérêt seul, soit de l'individu, soit du plus grand nombre, sont obligés de sacrifier les individus à la société. Mais nous, qui soutenons, comme un principe essentiel, que le devoir n'est pas l'intérêt, qu'il oblige par une force propre résultant de l'essence des choses et de l'âme humaine; nous qui fondons le droit sur l'inviolabilité de la personne humaine, inviolabilité commandée par cette morale absolue, indépendante de toute considération d'intérêt, nous soutenons de toutes nos forces que jamais un intérêt, quelque grand qu'il soit, quel que soit le nombre des intéressés, ne peut justifier la violation d'un droit essentiel de la personne. Ou le droit n'est rien, ou il est une activité inviolable; et s'il est inviolable en vertu d'une loi morale, l'intérêt ne peut rien contre cette inviolabilité, parce que l'intérêt ne peut rien contre la loi morale.

On invoque le bien public; mais au bien public nous opposerons le bien social, en entendant par bien public le bien de la majorité ainsi qu'on l'entend, et par bien social le bien de l'universalité des associés dont aucun n'est sacrifié aux autres. Et nous disons toute société a essentiellement pour but d'obtenir le bien social, le bien de tous ses membres et non pas le bien de la majorité d'entre eux. Cela est de l'essence de la société; car il est évident que la minorité n'a jamais pu

Digitized by Google

vouloir former une société de laquelle il ne résulterait pour elle que du mal, la société n'étant formée par tous les associés qu'en vue d'en obtenir un bien.

Mais, dira-t-on, ce que l'un perd un jour, il le regagnera le lendemain, parce que son intérêt se trouvera d'accord avec celui de la majorité, et ainsi en définitive tout se balancera, et il résultera pour lui plus de bien que de mal. — Cet argument, qui n'est pas absolument vrai, a pourtant une certaine valeur; mais c'est seulement lorsqu'il s'agit de biens secondaires que l'homme naturellement perd un jour et regagne le lendemain, et dont il est souvent privé par sa malheureuse condition sur cette terre. La société n'est obligée alors qu'à lui faire avoir la plus grande somme possible de ces biens, et le pouvoir social doit avoir à cet égard une certaine liberté. Mais cet argument ne vaut rien pour les droits essentiels de l'homme, pour ces biens inappréciables, que rien ne peut remplacer, et dont rien ne peut réparer la perte. Pour ceux-là, la société toute entière en présence d'un seul homme n'aurait pas droit de les lui enlever, quand même son intérêt le demanderait. Que cet homme puisse se sacrifier volontairement pour la société, qu'il puisse même y être moralement obligé, nous ne le nions pas, mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit.

Mais le bien public n'en tiendra-t-on aucun compte? Le gouvernement social devra en tenir compte, mais seulement lorsqu'il aura assuré le bien social et à la condition de ne jamais lui porter atteinte.

Rentrant maintenant dans la société paternelle, nous dirons, avec plus de force que dans toute autre société, que jamais le père ne peut causer un mal au fils dans ses droits essentiels, en vue de l'intérêt de toute la famille,

Digitized by Google

parce que ces droits sont inviolables, et parce que ce fils est un membre de la société, qui peut sans doute sur des points secondaires être sacrifié à la majorité à charge de revanche, mais à qui la société, en vertu des lois fondamentales de toute société, doit au moins procurer toujours le respect de ses devoirs essentiels.

Si le fils est coupable, nous avons établi que le père avait le droit de correction, et nous avons vu dans quelles limites en comparant ce droit avec le droit de punir dans la société civile.

Le fait de la société paternelle n'étend-il pas les droits du père ? Et de même que l'intérêt social dans la société civile peut, joint à la culpabilité, justifier jusqu'à la peine de mort, cet intérêt ne peut-il pas justifier des peines plus graves imposées par le père au fils, et même le droit de vie et de mort ou de vente comme esclave ? Nous disons non (1), et cela pour deux motifs : d'abord l'intérêt social de la famille ne demande jamais cela ; en effet, ou le crime ne cause de mal qu'en dehors de la famille, et alors la société n'éprouve pas une atteinte directe, pas plus qu'un individu quelconque; et dans ce cas, le droit de prévention n'appartient pas plus à une société qu'à un individu; ou il cause un mal à l'intérieur de la société, soit qu'il soit commis directement contre ses lois, soit que, commis en dehors, il retentisse au dedans, notamment par le mauvais exemple et la crainte de corruption ; alors tout ce que l'intérêt social peut demander, c'est l'élimination du membre coupable, son exclusion de la famille ; il ne

(1) Voyez dans le même sens : *Puffendorf, De off. hominis et civis*, L. 2, ch. 3, n° 4, *Achenwall*; *Juris naturalis pars posterior*, L. 2, sect. 2, tit. 2, § 54.

Digitized by Google

va pas au delà. — Mais enfin si un crime atroce, comme un assassinat, était-commis par un des membres de la famille contre l'autre, la famille n'aurait-elle pas dans ce cas les mêmes droits que la société civile? Je ne le crois toujours pas. D'abord on peut soutenir que le danger social est moins grand, attendu que les liens naturels du sang sont une garantie contre la fréquence de pareils actes; on pourrait ajouter que, par la même raison, la société paternelle n'a pas pour but de protéger ses membres les uns contre les autres, de même que la société civile. Mais sans insister sur ces arguments, j'aurai recours au second motif que j'ai annoncé comme excluant le droit de vie et de mort chez le père, c'est la nature même de son autorité qui est toute pour le bien de ses enfants; quelque coupable que soit un de ses enfants, elle ne lui donne pas le droit de lui nuire, elle doit toujours avoir pour but son bien, même quand elle le punit. Nous l'avons établi, et le sentiment naturel du père lui-même se révolterait contre une conduite différente. Or, ce caractère qui appartient à l'autorité paternelle considérée isolément, elle ne le perd pas lorsqu'elle s'élève au rang de pouvoir social; le soin qu'elle doit prendre de tous les enfants ne doit pas l'empêcher de conserver pour l'un d'eux tous les ménagements que la nature même lui inspirait.

En définitive, la grande différence entre la société civile et la société paternelle, c'est que la première est impassible et indifférente pour le coupable, et que rien ne retient son bras prêt à frapper; tandis que le père qui punit son fils ne peut pas faire que ce ne soit, pour ainsi dire, une partie de lui-même, et que son propre sang ne lui crie miséricorde et pardon.

Digitized by Google

Méconnaître ce sentiment essentiel à sa nature serait, chez le père, un acte coupable; qu'est-ce que serait un pouvoir de correction qui commencerait par un crime de celui qui l'exerce?

Voilà tout ce qu'on peut dire de général sur les limites de l'autorité paternelle dans la famille. On voit que cela laisse encore une grande latitude d'appréciation au père. Dans ces limites, ce sera l'intérêt de la famille qui lui indiquera l'emploi qu'il devra faire de son autorité et où il devra s'arrêter. Nous aurons occasion, dans le paragraphe suivant, en marquant ce qu'il doit et peut faire, en spécifiant ses droits et ses devoirs particuliers, de déterminer, quand cela sera possible, les limites que la raison ou la nature indiquent à ces différents droits.

Remarquons que quand le père sort de ces limites, il viole les droits du fils, il abuse de son autorité et perd tout droit à cet acte abusif. La différence entre ces pouvoirs et ceux dont nous avons parlé plus haut, c'est que ces derniers sont toujours illégaux dans leur essence, tandis que ceux dont nous nous occupons maintenant ne sont illégaux que dans leur abus; le père n'a jamais droit aux premiers; le père a droit aux seconds jusqu'à la limite de l'abus; mais cet abus, qui lui enlève tout droit à l'acte illégal et permet au fils de le méconnaître, ne lui enlève pas par lui-même son droit au pouvoir dont cet acte émane.

Pour compléter ce que nous avons dit sur son droit de punir en général, nous devons ajouter que l'intérêt de la famille entière peut à juste titre faire varier la gravité de la peine qu'il infligera; que notamment le danger du mauvais exemple l'obligera à punir plus sévère-

Digitized by Google

ment son fils et même à punir des actes qu'il aurait pu sans cet intérêt laisser impunis. La nature elle-même enseigne aux pères leur devoir dans ce cas. Ne disons-nous pas tous les jours que les enfants uniques sont traités avec plus d'indulgence, plus gâtés que ceux qui ont des frères et sœurs? Sans doute, la cause peut en être dans une différence d'affection des parents; mais n'est-ce pas aussi et surtout parce que les parents ne sentent pas autant la nécessité d'empêcher le mauvais exemple de se propager? Et, de fait, la vie des parents qui ont plusieurs enfants serait intolérable s'ils souffraient ce qu'on peut souffrir sans trop d'inconvénients d'un enfant unique.

II. —*Devoirs moraux du père, ou ce que le père doit faire.*

Le devoir général du père dans son gouvernement, celui qui résume tous les autres, c'est, nous l'avons dit, de procurer le *bien véritable* de la société qu'il gouverne. — La première question qui se présente est celle de savoir ce qu'il faut entendre par ce *bien véritable* de la famille. Ce bien, nous l'avons dit aussi, est celui de tous et chacun des membres de la famille. Mais pour que ce bien soit *véritable*, la première condition, c'est qu'il soit dans l'*ordre* de la nature, c'est qu'il ne contrarie en aucune façon, mais bien plutôt développe et fortifie les rapports que la nature a établis entre les membres de la famille. Ce bien social doit donc se calculer en donnant à chaque membre de la famille sa *valeur relative* eu égard aux autres membres. Or, comment déterminer cette valeur relative? Le raisonnement peut nous amener à deux ordres différents de valeurs entre les membres de la famille.

Digitized by Google

Au premier abord, ils semblent être tout à fait le contraire l'un de l'autre; mais la conciliation est facile et nous donne une solution précise. D'abord l'ordre de valeur, que j'appellerai *théorique*, est celui-ci : les parents n'ont eu des enfants que parce qu'ils le voulaient bien ; la nature leur donne sur eux, comme nous l'avons vu, une autorité très-grande; cette autorité tend à la satisfaction d'un double sentiment essentiel à la paternité : 1° le désir des parents d'avoir des enfants pour leur propre satisfaction, et 2° le désir d'avoir des enfants pour le bien de ces enfants et de leur descendance. De là, outre le droit du gouvernement pour le père, fondé sur le second sentiment, qui est un sentiment de bienfaisance, naît une certaine espèce de *droit de seigneurie* qui lui permet d'user deses enfants à son propre avantage. — Or le père doit dans un gouvernement maintenir les rapports essentiels entre les membres de la famille; donc il doit aussi maintenir et exercer son droit *de seigneurie* ; donc, dans le calcul du bien social, les parents doivent avoir plus de valeur que les enfants ; premier résultat.

Mais la nature du sentiment paternel, que nous avons approfondie précédemment, nous en donne immédiatement un second tout contraire: en effet nous avons vu que le sentiment égoïste n'avait dans le père qu'une importance secondaire relativement au sentiment de bienfaisance qui le porte à se dévouer au bien de ses enfants ; de telle sorte que l'élément *seigneurial*, si je puis ainsi parler, tient dans son cœur et doit tenir dans ses actions une place très-petite relativement au sentiment de bienfaisance. De plus le père doit user de son droit seigneurial pour son propre bien ; or son bien consistant pour une très-petite partie dans

Digitized by Google

son bien propre, et pour une grande partie dans le bien de son enfant et de sa descendance, il devra user de son droit seigneurial un peu pour lui-même, beaucoup pour son fils. Nous trouvons donc que le père doit, dans l'obtention du bien social, maintenir entre les membres de la famille des rapports ainsi définis : rapport de seigneurie entre ses enfants et lui, dont le bien demande un peu de bien pour lui-même, beaucoup pour ses enfants ; — puis rapport de gouvernant à gouverné qui est tout entier de bienfaisance et dans lequel le droit de seigneurie lui-même ne doit tenir qu'une petite place. Donc le bien des parents relativement au bien des enfants ne doit occuper dans l'ordre du bien social qu'une place relativement moindre, puisqu'il n'occupe qu'une petite place dans le droit seigneurial qui ne doit occuper lui-même qu'une petite place dans le gouvernement du père; deuxième résultat tout à fait contraire au premier. Je l'appellerai résultat *pratique,* parce qu'il est dérivé des rapports réels qui existent entre les membres de la famille, et non des rapports purement abstraits; et en outre parce que, d'après ce que nous avons dit, c'est évidemment le seul résultat qui doit être mis en pratique, le premier n'était qu'un pas fait pour arriver au second. Ce n'est qu'en s'arrêtant en chemin, en déguisant une partie de la vérité que l'on peut se fixer au premier. C'est pour avoir commis cette faute que la législation romaine a revêtu sur ce sujet un caractère de dureté qui frappe tout le monde ; c'est en la corrigeant et en prenant la nature non plus tronquée et imparfaite, mais complète et entière que notre législation est arrivée à une organisation relativement beaucoup plus parfaite. Peut-être a-t-elle été trop loin dans cette voie, et a-t-elle

Digitized by Google

donné trop au fils et trop peu au père ; c'est ce que nous aurons à examiner.

Il faut remarquer qu'il y a ici une autre raison qui fait encore prédominer le bien des enfants sur le bien des parents, raison bonne dans certaines limites, mais qu'il ne faut pas exagérer, c'est que le bien des enfants représente le bien du plus grand nombre. Car, ainsi que nous l'avons dit, la famille se compose non-seulement de membres actuels, mais encore de tous les membres à venir, embrassés tous dans la large étreinte du sentiment paternel. Or évidemment le gouvernement de la société doit tenir un compte très-grand du bien de ces descendants à venir ; le père doit préférer ce bien à son propre bien, et il y est porté par la nature. Or les enfants actuellement existants représentent tous ces descendants, sont les dépositaires de ces espérances ; le père doit donc aimer en eux tous ses descendants, et chercher dans leur bien le bien de toute sa postérité. On voit par là combien, au point de vue purement utilitaire, on serait porté à donner une place infiniment petite au père vis-à-vis de sa descendance. Et c'est là un écueil pour le législateur trop porté à donner un poids excessif aux raisons d'utilité ; il doit craindre de se laisser entraîner par là à affaiblir l'autorité paternelle et les liens de la famille. C'est là un véritable danger, car, s'il est vrai que l'Etat est une association de familles (1), dissoudre les liens de la famille, c'est désagréger les

(1) Comparez les paroles du tribun Albisson : *Toute société se compose nécessairement d'une agrégation de familles. — La famille, élément primitif et nécessaire de toute société civile.*

Digitized by Google

matériaux qui composent l'édifice social, les réduire pour ainsi dire en poussière, au lieu de leur laisser leur solidité compacte ; c'est compromettre la durée de l'édifice.

Concluons en disant : le bien véritable et ordonné de la famille consiste pour une certaine partie dans le bien du père ; pour une autre partie plus considérable dans le bien des enfants. Le père dans son gouvernement doit toujours s'efforcer de maintenir ces sages proportions. Il doit donc surtout chercher à procurer le bien de ses enfants et de ses descendants, sans toutefois négliger son propre bien ; et lorsqu'il devra opter entre les deux il devra choisir plutôt le bien de ses enfants. Mais remarquons que ce sont là des devoirs purement moraux du père, les enfants n'ont pas de droits qui y correspondent, ils ne pourraient pas contraindre le père à agir ainsi, s'il ne les faisait pas de lui-même. En un mot le père n'est responsable que devant Dieu de l'accomplissement des devoirs dont nous nous occupons maintenant.

Après avoir ainsi tracé d'une manière générale la conduite que le père doit tenir, et le but qu'il doit avoir en vue ; il est impossible de lui dicter son devoir en détail pour tous les actes qu'il peut être tenu de faire pour s'acquitter dignement de sa noble mission. Les mille et mille circonstances de la vie fournissent à l'infini des occasions pour augmenter le bien dans la famille et des maux à lui épargner ou à adoucir. Il devra profiter du bien ou combattre le mal suivant que sa prudence l'inspirera. Il doit s'éclairer par tous les moyens en son pouvoir afin d'agir le mieux qu'il lui sera possible. Mais quand il aura fait ce qu'il peut et ce qu'il a cru bon

Digitized by Google

après une délibération consciencieuse, il aura accompli son devoir, et on ne peut rien lui demander de plus, lors même qu'un homme plus éclairé aurait pu mieux faire.

Il est cependant possible de déterminer certaines classes spéciales de devoirs du père, parce qu'ils se réfèrent à certains biens, qui sont essentiels à la nature humaine, et qu'aucune circonstance ne peut excuser le père de ne pas procurer ces biens à ses enfants. Nous citerons les suivants :

1° *Devoir d'éducation religieuse, morale et intellectuelle.*

Éducation religieuse. — Le père est moralement tenu de faire instruire ou d'instruire son enfant dans la religion qu'il croit être la véritable. Cette éducation doit être assez complète pour établir solidement les principes religieux dans l'âme de l'enfant; et le mettre au moins à même, lorsqu'il aura acquis un plein développement intellectuel et moral d'adhérer sérieusement et librement à cette religion, ou, s'il croit devoir la rejeter, de ne le faire qu'en connaissance de cause et pour des motifs puissants.

Éducation morale. — Le père doit de bonne heure inculquer à ses enfants les principes de la morale la plus pure. S'il est vrai que le bonheur n'est possible que dans la vertu, on voit que l'obligation, dont nous parlons ici, est la plus impérieuse pour le père, puisque son accomplissement est la condition *sine quâ non* du bonheur de son fils. Il ne suffit pas de donner à l'enfant la notion de ses devoirs; il faut les lui faire pratiquer de bonne heure. Le reprendre, lorsqu'il les viole, et user, sans faiblesse, comme sans dureté, du droit de correction, qui arme le bras du père pour ce motif sacré.

Digitized by Google

Mais le père a deux armes encore plus fortes, qu'il est de son devoir d'employer et qui, le plus souvent, le dispenseront d'avoir recours à l'autre. La première est l'*exemple*. Que n'a-t-on pas dit sur la force de l'exemple entre les hommes? et combien n'est-il pas plus puissant sur les enfants, dont les imaginations naïves sont si facilement impressionnées par la vue de ce qui les entoure, dont les âmes se mettent si facilement à l'unisson avec tout ce qui les environne, et s'imprègnent si profondément de l'atmosphère dans laquelle elles vivent! Le premier devoir du père sous ce point de vue, c'est donc de créer en lui-même la bonté morale qu'il doit produire dans ses enfants, et de ne pas prêcher une chose par les paroles qu'il dit à ses enfants ou qui leur sont dites en son nom, tandis qu'il en prêche une autre par ses actions. — La seconde arme que le père doit employer pour moraliser ses enfants avant le droit de correction, c'est une sérieuse attention au développement de leur cœur, à l'éveil en eux de tous les sentiments qui peuvent devenir dangereux. Que de peines les parents s'éviteraient par une sollicitude plus sage et plus constante pour la moralité de leurs enfants! Être choqué d'un défaut, qu'on découvre un jour tout d'un coup enraciné au cœur de son enfant; le punir violemment, quelquefois avant qu'il ait compris en quoi il a pêché; puis fermer ensuite les yeux jusqu'à ce qu'on soit de nouveau heurté par la reproduction du même défaut ou par un autre; ce n'est pas faire l'éducation d'un enfant, c'est bien plutôt lui gâter le caractère. Mais veiller sans relâche sur cette jeune âme, apprendre à y lire et à connaître au moindre signe ce qui s'y passe; saisir à sa première apparition le symptôme d'une mauvaise im-

Digitized by Google

pression et s'appliquer immédiatement à en contrarier l'effet par une bonne en sens inverse; redresser avec douceur une faute qui ne peut être que légère, lorsqu'elle est la première : c'est là la vraie méthode pour faire une âme droite et vertueuse, sans qu'elle se doute comment elle l'est devenue. Enfants déjà grandis, qui vous sentez bons au fond de l'âme et attachés à la vertu, sans soupçonner comment vous en êtes arrivés là, et sans avoir conscience d'avoir fait aucun effort violent pour y parvenir, bénissez la main de vos parents; aimez-les et admirez-les d'autant plus que vous croyez leur moins devoir. Ils ont accompli en vous l'une des œuvres les plus belles et les plus difficiles. Ils ont trompé l'inexorable loi de cette vie malheureuse; ils vous ont donné le plus grand bien, la vertu, sans que vous l'ayez acheté par la peine et le travail. Et vous, parents, qui voulez sincèrement le bien de vos enfants, voulez-le fortement, avec constance, et non par boutades; et vous l'obtiendrez ainsi plus facilement et plus sûrement.

Éducation intellectuelle. — Ici le devoir des parents est moins déterminé. Ils doivent donner une certaine éducation intellectuelle à leurs enfants; mais le degré de cette éducation peut beaucoup varier suivant les cas, surtout suivant leur position de fortune et de relations sociales. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le minimum d'instruction que les parents doivent à leurs enfants, c'est ce qui leur est nécessaire d'abord pour rendre leur esprit capable de saisir les principes de la religion et de la morale, qui sont essentiels, et ensuite de gagner leur vie et d'accomplir leurs devoirs sociaux. Hors de là, les parents peuvent pousser l'instruction de leurs enfants aussi loin qu'ils veulent. Ils doivent toute-

Digitized by Google

fois, éviter un écueil : c'est, en développant beaucoup leur éducation intellectuelle, peut-être par un motif de vanité, souvent par un très-bon motif, de ne pas développer parallèlement ou même de laisser neutraliser, étouffer ou même combattre l'éducation religieuse et morale, qu'ils ont dû donner à leurs enfants. La conciliation de ces divers intérêts est l'un des problèmes les plus difficiles soumis à la prudence du père de famille.

2° *Devoir d'entretenir le corps de leurs enfants et de leur fournir des aliments.*

C'est un devoir pour les parents de nourrir leurs enfants, de veiller au développement normal de leur corps, de prévenir chez eux les maladies et de les soigner quand ils souffrent. Cela n'a pas besoin d'être démontré, ni d'être longuement développé, tant cette vérité est banale. Le point délicat que les parents doivent encore décider ici, c'est la manière de concilier les soins à donner au corps de leurs enfants avec l'éducation de leur âme. Rappelons seulement qu'il faut résoudre le problème sans sacrifier l'un des termes, ce que l'on est trop facilement porté à faire, dans un sens ou dans l'autre.

Quant aux aliments que les parents doivent à leurs enfants, ils doivent être mesurés à la fois sur les besoins de l'enfant et sur les ressources des parents.

III. — *Droits du père,* ou *moyens que le père peut employer dans son gouvernement.*

Le fait de la société paternelle n'ajoute précisément aucune classe nouvelle de droits à ceux que le père avait déjà. Elle est seulement un exercice plus complet de ces derniers, en élargissant la sphère où ils se développe-

Digitized by Google

ont, et en permettant au père d'user de ses pouvoirs sur chacun de ses enfants, non plus seulement dans l'intérêt de l'enfant sur lequel il les exerce, mais dans l'intérêt de tous les membres de la famille, pour le plus grand avantage et de cet enfant lui-même, et de tous les autres et aussi du père lui-même.

Nous reportant donc à la déduction que nous avons faite des droits du père, en partant successivement des divers titres qui leur donnent naissance, nous trouvons qu'il faut distinguer dans la vie des enfants trois périodes (1) : 1° celle où l'enfant n'a pas encore acquis le plein usage de ses facultés ; 2° celle où il est parvenu à cet usage complet de ses facultés, mais où il reste encore dans la société paternelle ; 3° celle où le fils, maître de lui-même, est aussi sorti de la société paternelle.

Notons que les droits qui existent pour le père dans une période postérieure existent *a fortiori* dans une période antérieure.

PREMIÈRE PÉRIODE. — *Où l'enfant n'a pas encore le plein usage de ses facultés.*

Nous avons vu que cette période est caractérisée par ce que nous avons appelé proprement le *droit de puissance* du père sur son enfant.

Ce *droit de puissance* est le droit pour le père de donner à toutes les actions du fils une direction, que la personne de celui-ci n'est pas encore capable de leur donner.

(1) V. *Grotius*, De J. B. et P., L. 2, ch. 5, II; — *Puffendorf*, De off. hominis et civis ; L. 2, ch. 3, n° 6.

Digitized by Google

D'après cette définition on voit que ce droit, l'un des plus larges qu'un homme puisse avoir sur un autre homme, embrasse tous les droits que le père peut avoir sur son enfant, et qu'il absorbe pendant la période qui nous occupe, tous ceux qui existeront seuls dans les périodes subséquentes. De la sorte, on pourrait considérer tous les droits du père pendant notre période comme de simples fonctions de ce droit de puissance.

Il est cependant deux droits qui sont moins des fonctions proprement dites du droit de puissance, que des accessoires de ce droit, des conditions de son exercice. Aussi nous croyons bon de les classer à part : ce sont le *droit de garde*, condition essentielle pour que le père puisse exercer sa puissance sur son enfant; et le *droit de correction*, sanction de ces droits dans la famille.

De là trois subdivisions :

A. — Droit de garde;
B. — Droit de puissance proprement dit;
C. — Droit de correction.

A. — *Droit de garde.*

Ce droit, considéré par rapport à la société paterternelle, vient corroborer le titre que l'autorité et la puissance paternelle donnent au père pour tenir son fils dans cette société.

Le père peut exercer ce droit, soit contre son enfant, s'il cherche à se soustraire à son autorité, soit contre toute autre personne, si l'on cherche à le retenir malgré la volonté de son père. C'est là un droit imprescriptible chez le père, à moins qu'il ne s'en soit rendu indigne

Digitized by Google

en faisant un abus habituel de sa puissance sur son fils. Hors de ce cas, personne, aucun individu, pas même la société civile n'a le droit d'enlever au père la garde de son enfant.

B. — *Droit de puissance.*

Cette direction, que le père a le droit d'exercer sur toutes les actions de son fils, incapable de se diriger lui-même, est le moyen de gouvernement le plus puissant pour le père. Cette haute direction sur tous et sur chacun des membres de la famille lui fournit mille moyens de procurer la fin de la société paternelle, qui est le bien de tous ses membres ; c'est elle aussi qui constitue, pendant cette période, le plus grand avantage que tous retirent de leur réunion en société, en assurant de la manière la plus efficace la collaboration de tous, et la mise en commun de leurs moyens d'action.

Or, les moyens que le père peut employer dans l'intérêt social, peuvent se ranger sous deux chefs principaux : les uns produisent directement le bien de l'enfant, et ont seulement pour but éloigné de le mettre à même de travailler à son propre bien et au bien de la famille entière; nous les rangerons sous le *droit d'éducation de l'âme et du corps de l'enfant ;* — Les autres font collaborer directement l'enfant au bien actuel de la société en employant les facultés et les capacités qu'il possède déjà ; c'est le *droit d'employer l'enfant pour le bien commun.*

Ainsi donc :

a) Droit d'éducation;

Digitized by Google

b) Droit d'employer l'enfant au bien commun.

a) Droit d'éducation de l'âme et du corps de l'enfant.

Le droit d'éducation correspond au devoir d'éducation que nous avons noté chez le père dans le paragraphe précédent. Il porte, comme lui, sur quatre chefs : l'éducation religieuse, l'éducation morale, l'éducation intellectuelle ou instruction proprement dite, et l'éducation corporelle.

Sous ces quatre points de vue, le père de famille a un droit absolu et imprescriptible à faire donner à ses enfants l'éducation qu'il juge la meilleure; et personne n'a le droit de s'interposer entre lui et ses enfants sur ce point.

De là découle immédiatement la liberté de l'enseignement, qui a été l'objet de si vifs débats dans notre siècle et qui a enfin triomphé dans nos lois. L'État outrepasse ses pouvoirs s'il veut forcer les pères de famille à donner à leurs enfants une éducation déterminée par lui, et qui, sur un point ou sur un autre, peut être contraire à leurs principes et à leurs convictions.

A l'égard de l'enfant, ce droit complexe d'éducation chez le père comprend une foule d'autres droits particuliers tendant tous au même but. On peut énumérer les suivants :

Droit d'imposer à l'enfant les travaux et les études nécessaires pour l'acquisition de toutes les connaissances que le père juge utiles pour son avenir ; droit de le confier à des maîtres et de leur déléguer une partie de son pouvoir de correction ; droit de le soumettre au régime d'une pension s'il le juge convenable; — droit de le mettre en *apprentissage* chez un patron pour qu'il ap-

Digitized by Google

prenne un état, et de passer toutes les conventions qui règleront les conditions de cet apprentissage;

Droit d'obliger l'enfant à agir conformément à ce qui lui est enseigné, soit en religion par l'exercice du culte et l'abstention de tout ce qui est contraire au sentiment religieux; soit en morale, par la pratique du bien et la fuite du mal;—droit de prendre des mesures préventives pour développer les bons sentiments et déraciner les mauvais; — droit de créer à l'enfant de bonnes habitudes et d'écarter de lui les mauvaises; — droit de lui choisir une compagnie qui le moralisera, et d'éloigner de lui celle qui pourrait lui nuire;

Droit de lui imposer les exercices corporels et les règles d'hygiène qui sont jugés utiles pour le développement de son corps et de ses forces physiques.

Enfin, un des droits les plus importants et les plus graves qui résultent pour le père de son droit d'éducation, c'est le droit de *déterminer la carrière* que devra suivre son enfant, vers laquelle ses premières études peuvent déjà le diriger, et pour laquelle ses études ultérieures doivent le préparer. C'est donc un devoir très-grave en même temps qu'un droit pour le père en commençant l'éducation de son fils, et à mesure qu'elle avance, de déterminer la carrière vers laquelle il le dirigera. Le père peut souvent différer plus ou moins longtemps sa décision; faire des choix d'abord tout à fait généraux qui se détermineront de plus en plus à mesure que les aptitudes de son fils se développeront. Il doit aussi tenir un grand compte de ses aptitudes naturelles; car elles sont une indication précieuse du rôle que la Providence réserve à l'enfant sur cette terre; lorsqu'elles sont suivies avec sagesse, elles assurent à

Digitized by Google

l'enfant lui-même une plus grande somme de bonheur, de satisfaction, peut-être de fortune; et elles assurent aussi à la société une contribution plus efficace et plus productive de la part de cet enfant au bien commun. Le père doit donc tenir un grand compte de tous ces éléments; mais en définitive c'est à lui qu'appartient la décision, et quelque grave que soit cette décision, quand il s'est déterminé suivant ce qu'il a cru, après un examen sincère et profond, être le meilleur, le fils n'a rien à lui demander de plus. Il ne peut se plaindre de se trouver peut-être enchaîné pour la vie à une profession qui ne lui convient pas. Le père, en prenant cette décision (que nous supposons toujours éclairée et raisonnable) n'a pas empiété sur les droits que son fils aura plus tard de régler son sort. Sans doute, plus tard dans la plupart des cas, le fils sera seul maître sur ce point, sauf l'obligation de s'éclairer des conseils de ses parents. Mais, étant supposé qu'il fût nécessaire de prendre un parti de bonne heure, et, l'enfant étant alors incapable d'en prendre un à lui seul, les parents n'ont fait que leur devoir en prenant une décision, fût-elle tout à fait contraire aux inclinations de leur enfant, pourvu qu'ils aient tenu tout le compte qu'ils devaient tenir de ces inclinations. Du reste, cette direction générale et plus ou moins adoucie que l'autorité paternelle maintient toujours aux parents sur leurs enfants, même adultes, est suffisante pour décharger les parents de toute accusation d'avoir commis un abus de pouvoir en engageant l'avenir de leur enfant.

b) *Droit d'employer l'enfant pour le bien commun.* L'enfant, malgré sa faiblesse et son impuissance sous

Digitized by Google

bien des rapports, peut cependant contribuer au bien de la famille de plusieurs manières, et le nombre des services qu'il peut rendre augmente beaucoup à mesure qu'il grandit.

D'abord sous le rapport matériel et pécuniaire, il peut, dès un âge même assez tendre se rendre utile, par l'exercice d'un art ou d'un métier qu'il peut déjà avoir appris, ou par le développement précoce de certaines aptitudes que les parents pauvres savent très-bien, peut-être trop bien, saisir ; ou enfin même par son travail manuel, car il y a des industries qui emploient un très-grand nombre d'enfants, cela se voit surtout très-fréquemment en Angleterre. Il ne faut pas se cacher, les inconvénients qui résultent pour l'enfant de cette application précoce à un travail corporel ou professionnel, surtout les lacunes nombreuses que cela laisse dans son éducation et les désordres que cela peut amener dans son corps et dans sa santé. Il faut même noter que cet emploi est contraire à l'intérêt bien entendu de la société paternelle, qui mange, pour ainsi dire, son blé en herbe, car pour un émolument présent, en général assez faible, elle se prive de tous les avantages que lui procurerait plus tard le plein développement des aptitudes intellectuelles ou physiques de ses membres au moyen de l'éducation. Aussi les parent doivent-ils autant que possible éviter de recourir à cette extrémité.

Mais néanmoins la dure nécessité fait la loi ; lorsqu'il s'agit de faire vivre le père, la mère et une famille quelquefois nombreuse, il faut bien gagner le pain comme on peut, et certes le père n'excède pas

Digitized by Google

ses pouvoirs en tirant tout le parti qu'il peut de ses enfants.

Il n'y a qu'une seule limite que rien ne puisse l'autoriser à dépasser : jamais il ne doit employer son enfant à un usage immoral, parce que la moralité de son enfant doit être placée avant tout autre avantage, et de même que personne n'a le droit de faire le mal pour sa propre utilité, de même personne n'a le droit de faire faire le mal à d'autres pour sa propre utilité ou pour la leur. — L'éducation, par cela même se trouvera profondément négligée; est-ce à dire qu'elle disparaîtra tout à fait? Non, sans doute; l'éducation intellectuelle où l'instruction sera dans bien des cas rendue impossible, nous l'accordons; mais nous ne pensons pas que l'on puisse trouver un cas où véritablement l'éducation morale et religieuse serait rendue tout à fait impossible, attendu qu'elle peut se donner à chaque instant de la journée au milieu d'autres occupations, et que les exemples des parents parlent toujours quand même leur bouche se tait. Ce puissant intérêt est, du reste, une des mille raisons qui doivent faire désirer à tous les honnêtes gens, qu'un jour par semaine soit réservé au repos et à des pensées à la fois moins tristes et plus profondes.

Quittons ces sombres régions où la misère fait saigner le cœur des pères en leur commandant d'user avec tant de rigueur des droits que la nature leur donne sur leurs enfants, et arrêtons nos regards sur les familles, heureusement assez nombreuses, où l'on peut laisser les enfants acquérir à leur aise les forces et les connaissances qui seront plus tard leur ressource, et où les services que ces enfants rendent à la famille, pour

Digitized by Google

être d'un autre genre plus riant, n'en sont pas moins efficaces. Le bien commun que la famille a pour but de procurer plus pleinement, ne consiste pas seulement dans les biens matériels; ceux-ci sont une condition de ce bien, plutôt qu'ils ne font partie de son essence. Ce bien consiste surtout dans la satisfaction du cœur, dont les désirs raisonnables et les tendances sont contentés. Or, qui pourrait dire la joie et le contentement qu'apportent sous un toit béni du ciel la douce vie et la joie pure d'un enfant? Combien les yeux fatigués des tristes réalités du monde extérieur aiment à se reposer dans un intérieur tranquille sur un être innocent et frais, qui n'a pas encore senti les atteintes de la tristesse, et n'a pas heurté ses jeunes illusions contre des désenchantements pénibles? C'est là le rôle béni des enfants; ce sont des roses que Dieu a semées dans la vie des parents, des rayons de soleil au milieu des nuages de la vie; c'est cette douce joie et ces pures impressions que les parents peuvent leur demander; c'est le service que les enfants sont appelés à rendre à leurs parents. Oui, c'est un *service* qu'ils leur rendent; et quel homme a reçu souvent de ses semblables un pareil service? Quel est le bienfait ou l'assistance qui a jamais procuré aussi complétement un bonheur aussi pur et aussi rare que le bonheur du père au sein de sa jeune famille, pleine de vie et de gaieté? Quel est le bonheur qui est plus que celui-là susceptible de durer longtemps sans épuiser la source d'où il naît, et sans fatiguer celui qui en jouit?

Ainsi le père a le droit de jouir de ses enfants, et de faire qu'ils jouissent l'un de l'autre; il peut leur imposer les jeux et les exercices les plus propres à développer leur grâces enfantines; se parer de leurs talents

Digitized by Google

naissants et y puiser une douce distraction; — il peut maintenir entre ses enfants la bonne harmonie, exiger que chacun se prête aux jeux des autres dans une certaine mesure; et aussi empêcher que les mauvaises passions ou les mauvais exemples de l'un d'eux, ne viennent troubler les autres.

C. — *Droit de correction.*

Nous ne mentionnons ce droit que pour mémoire, ayant suffisamment établi ailleurs son fondement, ses limites et son but, et déterminé l'extension que l'état de société donne à ce but, et par suite à l'application du droit. Il nous suffira de noter que c'est pendant cette période qu'il a sa plus grande extension, attendu de c'est la période où son exercice, sera à la fois le plus profitable à l'enfant, et blessera moins ses sentiments.

2e PÉRIODE : *Où l'enfant a acquis le plein usage de ses facultés.*

La première question à examiner est celle de savoir à quel moment commence cette période et finit la précédente. Or nous avons vu plus haut que la prise de possession de l'enfant par lui-même n'avait pas lieu instantanément, mais se faisait peu à peu pendant une période de temps assez longue, et même que proprement elle commençait à s'opérer dès le premier moment de la vie. Mais il n'y a lieu à lui donner un rôle considérable que lorsqu'elle approche de sa plénitude et lorsque l'enfant, devenu jeune homme, acquiert avec le pouvoir nécessaire pour diriger librement sa conduite une sagesse suffisante pour n'agir qu'en connaissance de

Digitized by Google

cause. Ce dernier développement même ayant lieu peu à peu pendant les dernières années de l'adolescence; le père devra dans l'état naturel, c'est-à-dire hors de la société civile, restreindre peu à peu l'exercice de son droit de puissance, et en suivant les progrès de la nature, ménager comme elle par une transition insensible le passage de l'adolescence à l'âge adulte. Il est impossible de lui donner sur ce point des règles fixes de conduite. Dans la société civile, le père devra encore agir de même pour la nombreuse part de droits que cette société lui laisse sans les réglementer. Pour ceux dont la législation civile s'occupe en particulier, elle devra, en tenant compte du degré de développement auquel ses membres sont parvenus, et en s'efforçant de déterminer le moment où dans cet état les jeunes gens sont en général capables de tel ou tel acte, constituer des époques fixes pour la cessation des divers droits qu'elle reconnaissait au père dans la période précédente, soit en fixant une époque pour chacun de ces droits, soit en établissant un âge de majorité où la plupart de ces droits se termineront, avec des exceptions dans un sens ou dans l'autre pour les droits dont l'exercice doit être prolongé ou abrégé. Chercher une unité absolue dans cette matière, serait une chimère, une contradiction flagrante de la nature, et, par conséquent, une violation de droit.

Pendant cette période, le droit de *puissance paternelle* proprement dite a cessé; il est remplacé par l'*autorité paternelle*, ainsi que nous l'avons appelée. Elle diffère de la puissance en ce que le père n'a plus le droit d'user directement de la nature et des facultés du fils, mais seulement par l'intermédiaire de la personne; il n'emploie plus le fils au bien commun, il lui commande

Digitized by Google

de s'y employer et dirige sa volonté qui s'y emploie. Dans la période précédente le fils suivait machinalement l'impulsion qui lui était donnée par la volonté du père; maintenant il adhère librement à cette volonté et la suit avec le libre exercice de sa spontanéité. Le père ne commande plus une obéissance aveugle, il donne une direction qui veut être suivie avec intelligence et liberté. Et cette direction doit devenir de plus en plus générale à mesure que le fils devient de plus en plus capable et expérimenté; le père lui montre le but, la fin particulière qu'il veut atteindre pour le bien de la société et lui laisse à choisir les moyens, dans une mesure qui varie suivant le rapport entre la prudence et les talents du père et ceux du fils. Le père peut même prendre les conseils du fils pour son gouvernement. En un mot, le fils n'est plus seulement l'*exécuteur* des volontés du père, il en est le *ministre*, ministre libre et responsable.

Mais si le fils est obligé d'une façon différente à suivre la volonté de son père, si c'est par un consentement libre qu'il doit s'y conformer; il n'en est pas moins tenu, et tenu juridiquement de le faire. Et son obligation, quoique portant sur des actes différents n'en conserve pas moins la même nature et la même force morale.

Le droit de garde, qui n'existe plus, attendu que la manière dont le père exerce dorénavant son autorité, n'exige plus qu'il soit dans un contact physique avec son fils, est remplacé par le droit tout aussi fort de faire rester le fils dans la société paternelle, de lui donner des commandements obligatoires, et d'exiger qu'il coopère librement au bien commun tel que l'entend le

Digitized by Google

père. — *Le droit de correction* sur le fils mauvais subsiste toujours avec les caractères et les limites que nous lui avons assignés. Nous avons déjà indiqué l'extrême prudence que le père doit apporter dans l'exercice de ce droit pendant cette période; attendu d'une part, que le fils sera en général plus sensible aux châtiments qui lui seront infligés, et que d'autre part, le dommage qui peut résulter de ces châtiments pour le fils est beaucoup plus grand.

Enfin, la sanction de tous les droits du père, comme du reste en général de tous les droits dans l'état antisocial; c'est la faculté d'employer la force pour exiger l'accomplissement des obligations correspondantes. C'est précisément ce qui rend ces obligations juridiques et ce qui fait qu'on peut appeler droit ce qui leur correspond dans le sujet actif.

Mais ici deux questions se présentent :

D'abord, le fils acquiert de plus en plus de la force physique et de la puissance intellectuelle, de manière à égaler bientôt le père sous ces deux rapports, et le père, lui, ne peut que perdre par l'effet de l'âge et des infirmités, de sorte que la faculté d'employer la force pour faire respecter ses droits devient tout à fait illusoire. Peut-on dire alors que le père affaibli a véritablement un droit? Qu'est-ce que c'est qu'un droit sans aucune sanction? — Je réponds en principe d'abord : quand même la force manque au père pour exercer son droit, ce droit n'en est pas moins réellement un droit, inviolable aux yeux de la loi morale. Mais quel sera l'effet de ce droit? ce sera précisément de rendre coupable devant la loi morale celui qui par ses actions le méconnaîtra. Et cela n'est pas inutile à dire : parce que le

Digitized by Google

vice triomphe et demeure impuni, est-ce une raison pour soutenir que le vice n'est pas le mal, et la vertu le bien ? Est-il inutile de montrer à tous ce qui est juste et ce qui est injuste ? Cette indication ne suffira-t-elle pas souvent pour déterminer ceux à qui on la donne à s'y conformer ? Enfin à défaut de sanction présente et temporelle, n'y-a-t-il pas pour ces obligations comme pour toutes les obligations morales les sanctions futures et éternelles ? — De plus cela n'est pas inutile à dire, parce que malgré la faiblesse du père, il n'est pas sûr que son droit ne puisse pas être encore protégé et demeurer tiromphant. Le père n'a-t-il que des moyens physiques de contrainte ? Et ces réprimandes pleines d'autorité, au besoin même les terribles malédictions, qui font trembler les cœurs les plus endurcis, ne sont-elles pas des armes puissantes entre ses mains débiles ? Non, la force physique n'est pas tout en ce monde ; et le père justement irrité grandit de toute la hauteur de l'attentat commis contre sa personne.—De plus en présence d'un fils rebelle, n'a-t-il pas, suivant toute probabilité, l'assistance d'autres enfants, qui ne se laisseront pas entraîner par l'exemple funeste du coupable, et qui au contraire se presseront avec d'autant plus d'affection autour de leur vieux père, que l'horreur de la révolte commise par leur frère sera plus grande ? — Enfin si de l'état anti-social nous nous transportons dans la société civile; notre indication s'adresse alors au législateur et lui montre le devoir qu'il a à remplir en armant de la sanction des lois tous les droits du père sur ses enfants. Et il était nécessaire de démontrer l'existence de ces droits, comme de véritables droits, dans l'état naturel, pour fonder l'obligation du législateur civil de les sanctionner.

Digitized by Google

La seconde question est celle de savoir ce que le fils devra ou pourra faire, lorsqu'il trouvera dans le père une imprévoyance excessive, une erreur trop grossière sur le bien social ou sur les moyens de l'obtenir. — Il est certain que, de même qu'un droit ne peut pas porter sur une faculté illicite en elle-même, de même l'exercice d'un droit ne peut pas comprendre les actes illicites d'une faculté, qui en elle-même est licite. Donc personne n'a droit aux actes abusifs de son droit; et du reste cela est bien naturel puisque si l'on démontre qu'une personne a un certain droit, on démontre bien par là qu'elle a droit aux actes régulièrement compris dans ce droit, mais non aux actes qui l'excèdent. Donc le père n'a pas proprement droit aux actes abusifs de son autorité. Donc s'il est évident et certain que le père sort des limites de son pouvoir, le fils n'est pas coupable en méconnaissant cet acte abusif. Mais nous avons dit qu'il faut que l'abus soit certain et évident; sans cela, si le moindre doute était possible sur l'utilité des actes du père, le fils serait obligé de se conformer à sa volonté; car c'est le père qui dans l'état naturel est le *juge compétent* dans l'exercice de son droit. J'entends *juge compétent*, lorsqu'il y a réellement quelque chose à décider, c'est-à-dire lorsqu'un doute raisonnable est possible sur l'étendue de ses droits. — Ainsi donc: si le père outrepasse évidemment ses pouvoirs, agit évidemment contre le but de la société paternelle, il commet une faute, et le fils, en conservant toutefois le respect dont il ne doit jamais se départir, peut ne pas se conformer à la volonté du père. Si le doute est possible, le père, comme juge compétent, peut exiger la soumission du fils, et celui-ci ne peut la refuser parce

Digitized by Google

que le tort du père n'est pas démontré. Cela n'empêche pourtant pas que le père ne fasse mal, s'il agit ainsi dans ce cas douteux sans avoir une persuasion raisonnable qu'il est dans la bonne voie ; mais cette faute que commet le père, n'étant pas évidente, ne peut pas permettre au fils de méconnaître son autorité.

Il nous suffira d'avoir exposé ainsi d'une manière générale les principes sur lesquels doivent être réglés les rapports du père et de ses enfants pendant cette période. Il est impossible de donner une énumération ou une classification des droits qui appartiennent alors au père, attendu qu'il varient d'une part avec les mille et mille circonstances de la vie, et d'autre part avec les divers degrés d'intelligence et de sagesse qui peuvent exister chez le père et chez le fils. Nous nous contenterons de montrer l'application de ces principes à un cas particulier, dont la solution du reste présente aussi beaucoup d'importance en elle-même.

Nous voulons parler du choix d'une profession pour le fils. Il nous semble que l'on peut partir de ce principe, que l'intérêt du fils lui-même et l'intérêt de la famille tout entière s'accordent en général pour conseiller de choisir pour le fils une profession conforme à ses goûts et à ses aptitudes; car c'est le meilleur moyen pour qu'il développe tous ses talents naturels et produise le plus de bien pour lui-même et pour la famille. Sans doute la famille pourrait avoir intérêt *a priori* à ce qu'il prît une carrière plutôt qu'une autre; mais les dangers d'une vocation manquée l'emporteront, je crois, le plus souvent sur cet intérêt ; surtout si l'on est dans un état de civilisation où la facile circulation des biens permet au père de se débarrasser sans perte d'une entre-

Digitized by Google

prise qu'il ne peut transmettre à son fils. On peut donc dire en général, par application des principes posés, que si le père voulait imposer à son fils une profession contraire à ses goûts naturels, le fils ne serait pas tenu de lui obéir, parce que le père excéderait manifestement ses pouvoirs. Mais il ne faut pas entendre cela d'une manière trop absolue : d'abord il faut, pour que notre solution s'applique, que le fils ait un goût prononcé pour une profession autre que celle qu'on veut lui imposer, ou au moins qu'ayant une répulsion très-forte pour celle-là, il se sente plus porté vers une ou plusieurs autres, entre lesquelles on pourrait choisir ; il ne faut pas que le refus du fils repose uniquement au fond sur la paresse et sur une répulsion instinctive et coupable pour tout travail un peu sérieux. Ensuite il faut que le fils adulte ait réellement un choix à faire, et que la raison ne lui impose pas évidemment la nécessité d'accepter une profession qui ne lui plairait pas. Or, il peut arriver souvent que la force des circonstances lui impose une solution de cette nature; cela arrivera, entre autres cas, lorsque la direction que le père aura imprimée aux études ou aux travaux de l'enfant, à un moment où le père en était seul arbitre, parce que l'enfant ne pouvait encore choisir lui-même, lorsque, dis-je, cette direction aura engagé l'avenir en employant diversement le temps qui aurait été nécessaire à l'étude de la profession que le fils voudrait choisir, de sorte qu'il ne pourrait plus s'y adonner qu'en perdant un temps considérable dans des études et des travaux non lucratifs, et avec la crainte de ne pouvoir arriver à aucun résultat satisfaisant. Il n'y aurait, dans ce cas, qu'une vocation très-fortement prononcée et des dis-

Digitized by Google

positions extraordinaires pour cette profession particulière, qui pourraient autoriser l'enfant à adopter malgré ses parents cette profession.

3e Période : *où l'enfant, ayant acquis le plein usage de ses facultés, est aussi sorti de la famille.*

Les droits qui appartiennent au père pendant cette période ne font sans doute pas partie de son droit gouvernemental, puisque le fils est sorti de la famille. Nous les rapprochons ici seulement pour ne pas scinder la matière et donner un tableau complet des droits du père dans les diverses situations qui peuvent se présenter.

Du reste, puisque dans le chapitre précédent, nous avons démontré l'origine et l'extension des droits du père et de son autorité, indépendamment de la société paternelle (ce qui est précisément le cas où nous nous trouvons maintenant), nous n'avons pas à faire une nouvelle déduction de ces droits. Il nous suffira de rappeler que nous en avons reconnu trois principaux : le *droit d'autorité*, dans l'intérêt du fils, comprenant le *droit de correction* sur le fils coupable, et le *droit aux services* du fils en cas de besoin. Nous avons aussi indiqué les précautions et la modération que le père doit apporter dans l'exercice de ces droits.

Nous avons indiqué aussi comment la société pouvait être dissoute par la volonté des parents, et jamais contre leur volonté.

Ce que nous avons à ajouter ici c'est seulement pour comparer les rapports du père et du fils pendant cette période avec ces mêmes rapports dans la période pré-

Digitized by Google

cédente, et pour bien déterminer le changement qu'ils ont subi. — Or, il faut d'abord voir en quoi consiste exactement cette sortie du fils de la famille.

La séparation d'habitation suffit-elle pour cela ? Nous ne le pensons pas, attendu que la cohabitation de tous les enfants sous le même toit n'est pas absolument nécessaire à la collaboration de tous au bien commun et à l'emploi de moyens communs pour cette collaboration, les deux faits essentiels à l'existence du lien social.

Pour nous, ce qui constitue la rupture de ce lien, c'est la cessation de la communauté de moyens. En effet, dès que l'on cesse d'employer des moyens communs pour atteindre la fin de la société, la société se trouve dissoute par la disparition d'un de ses éléments constitutifs. Il peut y avoir comme nous l'avons dit, collaboration, mais il n'y a plus société véritable.

Mais la société ne pourrait-elle pas être rompue aussi par la disparition de son autre élément, encore plus essentiel, si l'on peut ainsi parler, la collaboration vers un but commun ? Oui, sans doute, du moment qu'un élément constitutif disparaît, la société disparaît aussi. Mais nous n'en avions pas parlé, parce que la disparition complète de cet élément n'est pas possible ou du moins n'est pas licite, et ne peut nous donner un mode de dissolution juridique de la société. En effet, nous avons démontré que le père était toujours obligé moralement à contribuer au bien du fils, et le fils obligé juridiquement à contribuer au bien du père. La volonté du père peut desserrer ces liens, mais ne peut les anéantir. Il peut décider d'une part, qu'il se privera en général de la collaboration du fils dans l'intérêt de celui-ci, et d'autre part, que le fils peut se passer de

Digitized by Google

la direction continue du père, et tirera plus d'avantage de son action indépendante. Mais il ne peut pas s'enlever le pouvoir d'invoquer ses droits inaliénables, dans les cas particuliers où les faits contrediront ses espérances, et où la nécessité de son intervention se manifestera. Les actions du père et des enfants doivent donc avoir toujours un but commun, leur bien réciproque. Mais ce que le père fait disparaître en dissolvant la société avec son fils, comme il en a le droit, c'est l'obligation de mettre en commun les moyens d'arriver à ce but. Donc, par la dissolution de cette société, le fils reprendra l'administration et la jouissance exclusive de ses biens matériels, il reprendra aussi la direction suprême et absolue de tous ses actes; et, toujours obligé sans doute à contribuer au bien du père, il deviendra en général seul juge de la manière dont il y contribuera. Le père qui, en le dégageant des liens sociaux, lui a rendu cette liberté à un haut degré et cette direction suprême, ne pourra plus intervenir juridiquement dans ses actions, que lorsqu'il y aura une nécessité pressante de cette intervention, soit dans l'intérêt du père, s'il se trouve avoir un grand besoin des services de son fils, soit dans l'intérêt du fils, s'il compromet gravement ses intérêts matériels ou moraux, faute d'une sagesse ou d'une vertu suffisante; alors reparaît le droit du père d'employer même la force pour obtenir les secours du fils, ou une conduite plus prudente, ou pour le punir et le corriger. Hors de là, le père ne peut plus exercer son autorité qu'il a volontairement restreinte.

Ainsi, ce qui constitue la rupture de la société entre le père et son fils, c'est la cessation consentie par le

Digitized by Google

père de l'emploi de moyens communs pour leur bien réciproque, impliquant aussi une réduction dans la collaboration vers ce bien, mais non son anéantissement, lequel excède les pouvoirs du père. On voit par là que si la cessation de l'habitation commune peut souvent impliquer ou faire présumer la rupture de la société, elle peut n'avoir pas ce sens. Cela arrivera quand, malgré la séparation matérielle, l'emploi de moyens communs sera continué, par exemple, par l'indivision maintenue pour les biens matériels, et la direction suprême des actions du fils conservée au père. Et ces circonstances se présenteront de plus en plus fréquemment, à mesure que les facilités de transport et de communication se développeront. On peut citer comme exemple ces pauvres enfants qui quittent leurs montagnes pour aller au loin gagner quelque argent, afin d'augmenter le petit patrimoine et le bien-être de leur famille.

Nous avons réservé pour en parler ici un droit spécial des parents, qui est sans doute compris dans le droit d'autorité paternelle, mais qui, vu son importance, mérite une attention spéciale; c'est le *droit de consentir au mariage* des enfants. C'est ici seulement le lieu d'en parler, parce que ce droit appartient aussi bien à l'une qu'à l'autre des trois périodes, dans lesquelles nous avons divisé la vie de l'enfant.

Le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme établissent entre eux l'union la plus intime et la plus complète qui puisse exister entre deux êtres humains. — Donc, l'homme ou la femme doit jouir dans le choix de son conjoint de la liberté la plus absolue; car il est le seul juge compétent, qui puisse

Digitized by Google

apprécier les mille circonstances qui rendent ou non possible cette union souveraine entre lui et un autre être humain. Ainsi personne au monde, pas plus les parents que d'autres, ne peut imposer à une personne un conjoint qui ne lui agréerait pas. Ce serait là une des violations les plus flagrantes du droit de cette personne, et une atteinte portée à l'essence même du mariage. Mais la réciproque n'est pas vraie : de ce qu'une personne en a choisi une autre pour son conjoint, il ne s'ensuit pas qu'elle ait un droit absolu et inviolable à épouser cette personne. En effet, de ce que cette personne lui plaît il ne s'ensuit nullement que son mariage avec elle soit nécessaire, tandis que la répulsion qu'elle éprouverait pour telle autre rendrait réellement son mariage avec elle impossible, les deux cas ne sont pas du tout analogues. En outre, si cet agrément mutuel des parties, est une condition *sine quâ non* du mariage, il ne s'ensuit pas qu'elle soit la seule ; or, si les parties sont seules juges de cet agrément mutuel, de façon que leur réponse négative sur ce point empêche le mariage, elles ne sont pas aussi absolument juges des autres conditions. Et comme les parents, ainsi que nous l'avons dit, ont droit d'exercer leur autorité pour assurer le bien de leur enfant, ils ont droit ici d'exiger que leur enfant fasse un choix, qui présente toutes les garanties suffisantes pour son bonheur et son bien-être futur. Donc les parents peuvent exiger que leur enfant ne se marie pas, sans que son choix ait été contrôlé et approuvé par eux.

Quelle sera la sanction de ce droit des parents? — Ce sera comme pour tous les droits, le droit d'employer la force pour empêcher le mariage de leur enfant, s'ils

Digitized by Google

le jugent profondément mauvais et funeste. Ils devront sans doute apporter les plus grandes précautions avant d'user de ce droit dans toute sa rigueur, employer tous les moyens de persuasion qu'ils ont en leur pouvoir. Mais en définitive ils sont seuls juges compétents sur ce point en droit naturel; et hors de la société civile, ils peuvent, s'ils sont intimement persuadés que le bien du fils l'exige, employer la force pour empêcher son mariage; dans la société civile, ils devraient recourir aux tribunaux établis précisément pour décider les questions où l'exercice d'un droit est contesté.

Si l'enfant parvient à tromper la vigilance de ses parents, quelle sera alors la sanction de leur droit violé ? — Elle se trouvera dans le *droit de correction* des parents, qui pourront punir le fils coupable de rébellion contre leur autorité. Lorsqu'il y aura une autorité quelconque chargée de célébrer les mariages, on aura encore pour sanction les peines prononcées par qui de droit contre le dépositaire de cette autorité, qui méconnaîtrait le droit des parents en célébrant un mariage sans leur consentement.

La sanction pourra-t-elle jamais être la nullité du mariage célébré sans ce consentement? — Nous ne le pensons pas, et pour plusieurs raisons : d'abord cela nous paraît répugner à l'essence même du mariage, qui est l'union la plus complète entre deux êtres de sexe différent; du moment que cette union existe réellement par l'accord de deux volontés, accord parfaitement libre et qui en lui-même n'a rien d'illicite, et qu'elle a été consommée par le fait de la cohabitation, elle nous semble complétement indissoluble, aucune puissance

Digitized by Google

humaine ne peut faire qu'elle n'ait pas eu lieu. — Je dis en outre que sans doute il y a violation du droit des parents, laquelle doit être reparée; mais que cette réparation ne va pas jusqu'à exiger la nullité du contrat. En effet leur autorité sera suffisamment vengée par une punition imposée au fils qui l'aura méconnue; elle ne peut donc lui causer un mal plus grand. Or le mal causé par la nullité du mariage est hors de toute proportion avec la faute commise; car la douleur qu'en ressentirait le fils serait cent fois plus forte que celle qu'à pu faire éprouver aux parents leur autorité méconnue. En outre le refus de consentement des parents n'est un droit absolu pour eux, que si le mariage est réellement un mal funeste pour le fils; tant qu'il y a du doute sur le résultat, leur droit est douteux. Sans doute, en présence de cette hésitation, quand la chose n'est pas faite ils ont le droit de l'empêcher; parce que le fils ne peut pas prouver que leur refus soit mal fondé; *in pari causa melior est causa prohibentis*. Mais une fois le mariage contracté la présomption a changé de côté, et pour le faire rompre ils devaient prouver que réellement il était essentiellement nuisible, et le fils aurait droit de le maintenir tant que cette preuve ne serait pas faite. Or nous croyons que les cas seront infiniment rares où une preuve de cette nature pourrait être faite. Donc les parents ne pourront pas faire annuler le mariage. — Enfin on pourrait invoquer en faveur de cette nullité dans certains cas, l'incapacité où se trouvait l'enfant au moment du mariage; et c'est ce qu'implique notre Code civil, puisqu'il n'admet la nullité que pour le mariage de l'enfant mineur de 25 ou de 21 ans suivant les sexes. A ce motif nous répondons qu'il nous semble incompatible avec l'essence

Digitized by Google

du mariage qu'un incapable puisse y être habilité réellement. Le mariage ne peut exister que par un consentement plein et entier, capable d'établir cette union souveraine qui le constitue : or, ou bien l'enfant est capable de donner ce consentement dans toute son étendue, et alors il n'a pas besoin d'être habilité ; ou bien il en est incapable, et alors aucun consentement en s'ajoutant au sien ne pourra le compléter, il ne faut pas reconnaître un pareil mariage, il faut reculer l'âge auquel le mariage est possible. En un mot nous ne comprenons pas que l'exercice de ce droit puisse être séparé de la jouissance. Tout ce que les parents peuvent faire dans tous les cas possibles, c'est de juger de l'opportunité du mariage ; or pour tenir compte de ce droit, nous avons montré et le Code reconnaît lui-même en général que l'empêchement prohibitif suffit sans l'empêchement dirimant. Nous maintenons donc que le défaut de consentement des parents au mariage des enfants ne peut jamais être un empêchement dirimant.

§ 2e. — Droit social ou rapport des associés entre eux.

Cette partie du droit de la société paternelle a été en général négligée par tous les auteurs qui ont traité du droit naturel. C'est à peine si quelques-uns l'indiquent par quelques mots. Et de fait il est facile de la perdre de vue, à cause du caractère si puissant et si énergique de l'autorité paternelle qui semble absorber en elle-même tous les rapports sociaux dans la famille. Nous sommes loin de méconnaître l'importance de cette autorité et la prépondérance du rôle qu'elle joue dans la famille.

Digitized by Google

Mais la regarder seule et ne pas s'occuper des autres rapports qui peuvent exister dans cette société, ce serait s'exposer au reproche d'être incomplet; en outre ce serait même diminuer la connaissance de cette autorité et lui enlever un de ses traits caractéristiques.

En effet le père ne commande pas à des forces inertes et aveugles; il dirige des forces vivantes, intelligentes et libres. Donc pour bien connaître son autorité soit en elle-même, soit comme pouvoir social, il est nécessaire de voir au moins brièvement l'action soit individuelle, soit collective, de ces forces subsistantes, et d'examiner comment elles se combinent et se réunissent pour former le corps social, cette personne unique quoique collective, dont le père est la tête et le directeur souverain.

Nous verrons successivement les droits et les devoirs communs à tous les membres de la société; et ensuite ceux qui peuvent exister spécialement pour quelques-uns.

I. — *Droits et devoirs communs des membres de la société.*

Nous parlons de droits entre tous les membres de la société paternelle. Ceci demande une distinction ou plutôt une explication. Que les parents aient des droits vis-à-vis de leurs enfants, nous l'avons suffisamment démontré; et que les enfants n'aient pas de droit proprement dits vis-à-vis de leurs parents, nous l'avons également démontré. Nous n'avons rien à changer à ces décisions. Mais la question qui se présente ici est de savoir s'il peut y avoir véritablement des droits pour les enfants entre eux, pour les frères et sœurs. Or nous ne croyons

Digitized by Google

pas qu'il soit possible de démontrer directement l'existence de droits véritables entre eux hors de l'état social. Ils sont sans doute naturellement obligés les uns envers les autres à des secours mutuels, à des échanges de bons offices, etc. Mais ces obligations malgré toute leur force ne nous semblent pas être des obligations juridiques; car nous ne voyons aucun titre qui puisse fonder ici un droit. — Mais si nous nous plaçons au sein de la société paternelle, les choses changent d'aspect. Alors la volonté des parents d'établir entre leurs enfants une société, c'est-à-dire une communion de biens et de moyens d'action, crée réellement pour tous les enfants une obligation juridique de travailler au bien de leurs frères et sœurs. Ainsi cette obligation, qui du chef des enfants eux-mêmes était purement morale, devient juridique du chef des parents, lorsque ceux-ci maintiennent entre leurs enfants l'état social.

En quoi consistent ces droits et ces devoirs? Dans l'obligation pour chacun de se prêter bénévolement à l'utilité de tous les autres, d'employer de son plein gré toutes ses facultés et tous ses biens physiques pour le bien et le bonheur des autres; et d'autre part dans la faculté d'employer sans scrupule, quoique avec une sage modération et une certaine délicatesse, les facultés et les biens des autres pour son propre intérêt;—le tout sous la direction de l'autorité paternelle. Cela résulte de la nature du lien social établi entre tous les enfants; lien qui est l'un des plus intimes qui puissent exister entre les hommes; attendu que nous avons montré que le but de cette société particulière qu'on appelle la famille, est tout le bien naturel de ses membres et que les moyens qu'elle met en commun sont toutes les facultés

Digitized by Google

intellectuelles et matérielles de ces mêmes membres. Cet usage licite que chacun peut faire de tous les moyens d'action qu'il trouve dans un autre, sous le contrôle et la direction des parents, est la réalisation à l'extérieur de cette union si pleine et si étendue qui constitue la société paternelle; elle est en même temps une conséquence de l'union intime qui doit avant tout exister entre les cœurs, et qui fait que le bonheur de tous est le bonheur de chacun, et le bonheur de chacun le bonheur de tous.

C'est aussi la plénitude de cette union qui fait que, après l'usage que chacun a fait des facultés et des biens des autres, il leur doit sans doute la plus grande affection et la plus profonde reconnaissance, mais n'est point tenu strictement de les indemniser de ce qu'il a reçu d'eux. C'est que la nature même du sentiment qui unit les frères et sœurs sous l'influence de la volonté paternelle, répugne à toute idée intéressée; ils ne forment en quelque sorte qu'une seule personne, ils ne se distinguent pas l'un de l'autre, et la réalité de leur union consiste précisément dans cet échange continuel de donations qui a lieu entre eux, et auquel la réciprocité enlève tout ce qu'il pourrait dans quelques cas avoir de pénible pour quelques-uns.

II. — *Droits et devoirs spéciaux pour quelques-uns au moins dans certains cas.*

1° *Pour le père* ou *pour la mère* devenue *chef de la famille* par la mort du père. Nous avons indiqué dans le paragraphe précédent tout ce qui constitue des droits spéciaux dans ce cas; ils dérivent tous du droit de gouvernement.

Digitized by Google

2° *Pour la mère* lorsque le père existe encore.

Quoique la mère soit soumise comme tous les membres de la famille à l'autorité du père, ce serait méconnaître profondément son rôle et ses droits que de la mettre sur le même pied que ses propres enfants. Elle occupe une position intermédiaire entre le père et les enfants, mais bien plus près du père que des enfants, puisque par l'union spéciale qu'elle a contractée avec lui, par la *société conjugale*, elle ne forme avec lui qu'une seule personne morale.

En effet si la mère, pour une raison de haute utilité sociale, doit abandonner au père la plus grande partie de l'*exercice* des droits de la puissance paternelle, pour la *jouissance* de ces droits elle est son égale, et autant élevée que lui au-dessus de ses enfants. — De plus, quant à l'exercice même de ces droits, il est loin d'être vrai qu'elle ne l'ait en aucun sens. D'abord toutes les obligations morales des enfants vis-à-vis de leurs parents, comme d'affection, de reconnaissance et de dévouement, existent tout aussi fortement envers la mère qu'envers le père, et le père doit punir également les manquements faits à ces obligations. En outre, le droit au respect de l'enfant pendant toute la durée de sa vie, appartient à la mère comme au père; et jamais l'enfant ne doit s'en départir. Ce qui est, en général, réservé au père, c'est le droit de punir et de réprimer la violation de ce droit au respect; mais cela n'empêche pas que ce ne soit à la mère elle-même qu'appartient la faculté de réclamer ce respect, ce qui est l'exercice du droit.

Enfin, pour beaucoup d'autres droits, la mère en a l'exercice au moins comme délégataire du père. C'est elle qui a l'intendance de tout ce qui concerne l'intérieur

Digitized by Google

de la maison, de tous les soins matériels à donner aux enfants, et même le plus souvent du commencement de leur éducation. Tout cela est un véritable exercice d'une partie de la puissance paternelle. C'est elle aussi souvent qui transmet les ordres du père, les interprète, les détaille et les adapte aux enfants. Et dans cette transmission, au moyen de sa nature de femme plus douce et plus tendre, et au moyen de sa position dans la famille qui la rapproche plus de ses enfants, elle adoucit ces ordres, corrige ce qu'ils pouvaient avoir d'un peu rude, et en rend l'exécution plus facile.

Conservons donc avec grand soin à la mère sa position élevée dans la famille ; l'autorité maritale, bien loin de la faire descendre au rang de ses enfants, *loco filiæ*, l'élève au contraire au-dessus d'eux, et l'associe au trône domestique de son mari.

3° *Pour les fils aînés.*

Les aînés arrivent plus tôt que les autres enfants au plein développement de leurs facultés, et, en général, devancent les autres en science, en expérience et en prudence; on comprend facilement que le père se trouve souvent porté à les employer pour le gouvernement de leurs frères, et qu'il leur délègue une partie de son autorité. Même indépendamment d'une délégation expresse, l'obligation de tous les membres de la famille de s'employer pour le bien de tous pèse sur eux plus lourdement, puisqu'ils sont capables de faire plus pour cela. Et en même temps leur droit s'augmente d'autant; en effet, une partie de leurs moyens d'action est dans l'influence qu'ils ont sur leurs frères plus jeunes, de même que tous les hommes plus développés ont une influence sur ceux qui le sont moins; aussi, même en l'absence

Digitized by Google

d'aucune volonté expresse du père ; l'usage de cette influence par eux est impliquée dans sa volonté générale, que tous s'emploient de leur mieux pour le bien commun, et devient pour eux un droit en vertu de cette volonté. Ainsi les fils aînés ont à la fois l'obligation et le droit de diriger leurs frères plus jeunes vers le bien de la famille, si le père ne se réserve pas cette direction exclusivement. *A fortiori* sont-ils strictement obligés à ne rien faire qui soit contraire au bien de leurs frères, et notamment à ne leur donner jamais que de bons exemples et de bons conseils.

Il nous suffira d'avoir indiqué ainsi d'une manière un peu générale les rapports que soutiennent entre eux les membres d'une même famille.

Appendice au § 2.

Il ne nous reste plus sur ce sujet qu'une question à résoudre, c'est celle de savoir ce que deviennent ces rapports après la dissolution de la société.

Or, d'abord tous ces rapports cessent évidemment d'être juridiques, en tant du moins qu'ils se rapportaient à l'existence ou au gouvernement de la société paternelle, telle que nous l'avons conçue jusqu'ici et avec toute l'extension que nous lui avons reconnue. Mais ils continuent toujours à exister aux yeux de la morale et pour le cœur des anciens membres de la société. L'affection naturelle contractée sous l'influence de la volonté du père subsiste encore après que cette volonté a cessé d'obliger juridiquement les enfants, et aller contre cette affection serait blesser un des plus intimes sentiments de la nature, et, par conséquent, se rendre coupable.

Digitized by Google

Le père, même tout en voulant donner à ses enfants pleine liberté d'action, n'a pas entendu pourtant rompre tout rapport entre eux. Chacun est devenu maître de sa conduite, il est seul juge de ce qu'il peut faire pour ses frères, et de ce que lui permet le gouvernement de la famille dont il est devenu le chef. Mais néanmoins il se rend coupable s'il juge mal et ne fait pas pour eux tout ce qu'il peut raisonnablement faire. Il reste donc, même après la dissolution de la société paternelle, une obligation morale entre ses membres de s'aider, de se soutenir mutuellement, de se secourir dans leurs besoins ; et cette obligation, purement morale en dehors de la société civile, pourra devenir juridique si la législation civile, eu égard à l'intérêt social, juge à propos de lui donner une sanction.

Il faut même aller plus loin : ne survit-il pas à la société paternelle proprement dite une certaine société entre les membres d'une même famille, entre ascendants et descendants, et entre les descendants d'une même souche ? J'en suis intimement convaincu, et j'invoquerais à défaut d'autres arguments le témoignage de la conscience universelle, de toutes les langues et de toutes les législations. Mais l'existence de cette société peut se démontrer directement. D'abord, en quoi consiste cette société ? C'est une société de *sentiment*, une société d'*affection* (1), une véritable société, dis-je, dont le but commun est la jouissance pour tous ses membres du bonheur résultant de l'affection mutuelle ; et dont les moyens communs sont cette affection elle-même avec les actes qui la témoignent et la met-

(1) V. Rosmini, Fil. del diritto, I, p. 562, in fin.

Digitized by Google

tent en œuvre. On voit que cette société est beaucoup plus restreinte que la société paternelle dont nous avons parlé jusqu'ici : et quant à son but qui, n'est pas le bonheur en général et complet de ses membres, mais une certaine espèce particulière de bonheur, celui résultant de l'affection mutuelle; et quant à ses moyens, qui ne sont pas toutes les facultés intellectuelles, morales, physiques et matérielles de ses membres, mais uniquement leur affection mutuelle. Mais c'est néanmoins une véritable société, puisqu'elle renferme les deux caractères essentiels de toute société. Et ce qu'il y a de délicat dans les rapports qui en font l'objet, n'est pas une raison pour la méconnaître. Sans doute, cette société ne pourra pas être sanctionnée directement par la législation civile, qui ne peut s'occuper que de ce qu'il y a de plus saillant et en même temps de plus matériel dans les rapports juridiques. Sans doute, elle ne pourrait jamais donner lieu à l'emploi de la force pour la mettre en œuvre. Mais cela tient, non pas à ce qu'elle n'est pas juridique, mais à ce que son objet, l'affection, n'est pas de nature à être obtenu par la force. Elle a d'ailleurs d'autres effets : ainsi, notamment la violation de ses lois ne produit pas seulement, dans ceux qui en sont victimes, l'impression que produit la vue de l'inaccomplissement d'un devoir, mais aussi le sentiment d'un droit violé en leur personne; ce que Rosmini appelle très-bien le *ressentiment juridique*. En outre, dans ses conséquences plus éloignées, cette société produit des rapports de nature à être invoqués par l'emploi de la force, des rapports qui peuvent, et non-seulement peuvent, mais doivent être sanctionnés par la loi civile, et non-seulement doivent être sanc-

Digitized by Google

tionnés par la loi civile, mais ont été sanctionnés par toutes les législations. C'est ce que nous montrerons plus loin en parlant du droit de succession aux biens.

Je dis que cette société a un titre juridique, et ce titre juridique est le même que celui de la société paternelle proprement dite : la volonté immanente et nécessaire de l'auteur commun, résultant du fait même de la génération et subsistant malgré tous les événements qui peuvent survenir par la suite, malgré même la dissolution de la société paternelle. En effet, qui doutera que le père ne veuille que ses enfants l'aiment et s'aiment mutuellement, et se rendent mutuellement heureux par cette affection réciproque? Qui doutera que cette volonté ne subsiste, même lorsque le père juge convenable de rompre, pour le plus grand bien de tous, les liens plus étroits qui les unissaient? Qui doutera enfin que les enfants et descendants, obligés juridiquement au respect et à l'amour perpétuel de leur auteur, ne soient obligés juridiquement de respecter cette volonté? Et cela non-seulement pendant sa vie, mais encore après sa mort, au moment où ils lui doivent un culte encore plus tendre et plus empressé, et où ils doivent respecter d'autant plus ses volontés, à eux connues, qu'il ne peut plus leur en manifester d'autres. N'est-il pas évident, par conséquent, que cette société d'affection entre les membres d'une même famille est un devoir juridique, et que ce devoir dure autant que dure le souvenir de l'auteur commun, et existe même pour ceux qui n'ont pas été sous son autorité, qui ne l'ont même pas connu, car ils sont néanmoins obligés de reconnaître qu'ils tiennent la vie de lui et qu'ils doivent se conformer à ses volontés.

Digitized by Google

Mais il est facile de comprendre que la conscience de ce devoir va toujours en s'affaiblissant à mesure que l'on s'éloigne de l'auteur commun. Et comme il n'est fondé que sur la connaissance de la commune origine et sur le respect pour l'auteur commun, connu pour tel, il est même vrai de dire qu'il cesse d'être un devoir quand le souvenir de l'auteur commun est complétement effacé, et que le lien s'affaiblit à mesure que ce souvenir s'efface. — En outre, le mélange de sang étranger qui a lieu à chaque génération, diminuant le nombre des points de contact et des traits communs qu'ont les parents entre eux, doit nécessairement desserrer les liens de la société qui les unit. — Enfin, c'est une loi de notre nature que nos sentiments perdent en général en intensité ce qu'ils gagnent en extension sur plus de personnes; il s'ensuit que, le nombre des parents augmentant à chaque génération, la force de leur affection mutuelle doit diminuer en proportion. De là ce résultat universellement constaté, que les liens de famille sont d'autant plus étroits, les sentiments d'affection mutuelle d'autant plus vifs, que les degrés de parenté sont plus rapprochés.

Nous avons dit que cette société de la famille *lato sensu*, quoique n'étant pas susceptible de recevoir elle-même directement une sanction juridique, produit néanmoins des conséquences susceptibles d'obtenir cette sanction. En restant pour le moment dans le droit relatif aux personnes, nous pouvons citer la vocation privilégiée, établie dans toutes les législations, au profit de certains parents, suivant la proximité de degrés, pour certains droits ou certains devoirs relatifs à la personne de leurs parents, comme le droit et le devoir d'être tu-

Digitized by Google

teur, curateur, membre du conseil de famille, d'exercer certaines actions, de provoquer l'interdiction ou des mesures de précaution demandées par l'état mental de leur parent, de l'habiliter pour le mariage et l'adoption, etc. — Remarquons que ces fonctions constituent bien réellement en droit naturel des droits pour les parents à qui elles sont dévolues, à l'encontre de toutes les personnes étrangères à la famille, ou d'un degré plus éloigné dans la famille ; mais qu'elles ne sont pas en droit naturel des devoirs vraiment juridiques, qu'elles ne deviennent telles que par une disposition des lois civiles, faite dans l'intérêt social ; c'est en ce sens qu'on les considère souvent comme étant jusqu'à un cerain point des fonctions publiques. Nous approfondirons plus ces points à propos des droits relatifs aux biens, où nous trouvons des conséquences encore plus saillantes et plus importantes des rapports juridiques que nous venons d'étudier (1).

§ 3. — Droit extrasocial ou rapports des associés avec les non associés.

I. — *Rapport des associés pris individuellement avec les non-associés.*

Les associés n'ont pas mis tous leurs droits absolument dans la société paternelle. En effet, la fin de cette société étant de procurer le plus grand bien possible de tous ses membres, les moyens mis en commun doivent être seulement ceux qui peuvent mener à cette fin. Donc les associés conservent en dehors de la société et à leur libre disposition tous les droits qui ne peuvent servir à procurer le bien social. Pour ces droits-là, ils ne sont

(1) Voyez au titre II, ch. 3.

Digitized by Google

soumis qu'aux mêmes règles que tous les autres hommes; ils jouissent pour eux de leur pleine liberté juridique, telle qu'elle existe naturellement. On peut donner comme exemple de ces droits, les charges publiques et religieuses dont un enfant peut être revêtu. Dans leur exercice l'enfant ne dépend nullement du père, parce que, n'ayant pas le droit d'employer le pouvoir qui lui est confié dans son propre intérêt ou dans l'intérêt de sa famille, ce droit est tout à fait en dehors de la société paternelle. Le père sans doute peut, si le besoin de la famille le réclame, interdire au fils d'accepter cette charge, ou bien, si elle est lucrative, il a droit aux bénéfices non personnels qu'elle produit; mais il ne peut influer sur l'exercice de cette charge, le fils à cet égard est complétement indépendant.

Un autre exemple naît de ce que nous venons de dire : resteront en dehors de la famille tous les droits qui appartiennent à l'un de ses membres en vertu d'une qualité exclusivement personnelle à laquelle ils sont attachés, comme les honneurs, les exemptions, les divers avantages non appréciables en argent, que peut procurer une fonction publique ou privée.

II. — *Rapports de la société avec les non-associés.*

La société de la famille dirigée et représentée par son chef forme un seul corps, une seule personne juridique, qui a les mêmes droits que toute personne individuelle, soit vis-à-vis des autres personnes individuelles, soit vis-à-vis des autres personnes collectives comme elle. Vouloir énumérer ses droits et les diverses règles qui dominent leur exercice et ses rapports avec ces au-

Digitized by Google

tres personnes, ce serait faire un cours complet de droit naturel, ce qui n'est pas ici notre tâche. Il nous suffira d'avoir indiqué le principe, à savoir : que la société paternelle (comme toute société du reste) joue vis à-vis des autres hommes le même rôle identiquement qu'une personne unique, qu'elle a *a priori* les mêmes droits et les mêmes devoirs sans distinction aucune. Je dis *a priori*, car les faits qui peuvent faire varier à l'infini la somme de droits appartenant à une personne individuelle, influent de même sur les personnes collectives.

Digitized by Google

TITRE II.

RAPPORTS RÉELS.

Nous diviserons ce titre en trois chapitres :

1° Droits des parents et de l'enfant sur les biens de l'enfant, dans la société paternelle ;

2° Droits de l'enfant sur les biens de ses parents et de ses frères et sœurs, dans la société paternelle ;

3° Droits pécuniaires qui survivent à la société paternelle.

CHAPITRE PREMIER.

DROITS DES PARENTS ET DE L'ENFANT SUR LES BIENS DE L'ENFANT.

En général les contrats de société n'établissent pas seulement des liens entre les personnes qui les forment, mais ils modifient encore les liens qui existent entre ces personnes et les choses, de manière à permettre l'emploi des biens des associés, en tout ou en partie, pour l'obtention du but de la société. Mais, attendu que cette mise en commun de certains biens n'est pas essentielle à toute société, et doit se fonder sur le titre qui l'établit;

Digitized by Google

attendu aussi que la quotité des biens et la manière dont ils sont mis en commun n'est pas uniforme pour toutes les sociétés, mais dépend aussi de leur titre originaire ; — nous devons démontrer : qu'il y a des biens mis en commun dans la société paternelle, quelle est la quotité de ces biens, et de quelle manière ils sont mis en commun, c'est-à-dire quels sont les droits qui compètent sur eux aux divers membres du corps social.

Cette démonstration devra partir du titre même que nous avons assigné à la société paternelle : *la génération.*

Supposons donc que le fils a des biens propres, acquis par donation, par succession ou par son travail et son industrie, et voyons d'une part quels seront les droits du père sur ces biens et d'autre part quels seront les droits que le fils conservera sur eux.

Mais auparavant notons encore ici qu'en parlant du père, nous raisonnons d'après ce qui a lieu ordinairement, lorsque la famille se présente dans un état complet; mais que tout ce que nous démontrerons pour le père doit s'entendre de la personne collective des parents, et que c'est seulement en vertu de leurs rapports mutuels que ces droits sont exercés pendant le mariage par le père. Mais après la mort du père, ou si le père se trouvait, d'une manière ou d'une autre, empêché d'exercer ces droits, leur exercice passerait à la mère. Remarquons d'ailleurs que, par le fait du mariage, le père a sur les biens de la mère des droits fort analogues à ceux que nous allons reconnaître aux parents sur les biens de leurs enfants.

Cela dit, abordons notre sujet.

Digitized by Google

I. — *Droits du père sur les biens de l'enfant.*

En vertu du titre de la génération, avons-nous dit, le père a le droit de disposer de la nature et des facultés de son enfant : d'abord pour le bien de cet enfant, mais aussi pour son bien propre. Or, ce droit s'applique, non-seulement aux facultés intellectuelles et morales de l'enfant, non-seulement à ses forces corporelles, unies par un lien de soumission si puissant à la *personne* de l'enfant, mais encore à toutes les choses extérieures que cette *personne*, par l'usage de sa liberté juridique, s'unit à elle-même par le lien, moins étroit, mais encore très-énergique, de la *propriété*. Il n'y a aucune raison de faire une différence entre ces diverses *propriétés* de la personne, et ce que nous avons démontré en général pour elles toutes s'applique par conséquent à la propriété des biens extérieurs. Pour ceux-ci même, il y a une raison de plus, ou plutôt une raison de douter disparaît, attendu qu'ils ne sont pas par leur nature exclusivement unis à la personne de l'enfant, mais peuvent passer sans difficulté d'une personne à une autre. Donc, le père a le droit de disposer des biens de l'enfant suivant ce qu'il juge le plus utile pour le bien de l'enfant, pour son propre bien à lui et pour le bien de toute la famille. Il résulte aussi du caractère que nous avons assigné à l'autorité paternelle que ce droit de disposition n'est limité que par les actes qui seraient manifestement contraires au bien du fils, ou du père, ou de la famille, et que, hors de ces cas, le père est le seul juge compétent même vis-à-vis de son fils de la manière dont il entend leur intérêt commun, et des moyens qu'il re-

Digitized by Google

garde comme les plus propres pour le réaliser. Donc, ce droit de disposition si étendu constitue bien réellement le père *copropriétaire* des biens du fils, et copropriétaire avec des pouvoirs bien autrement étendus que les copropriétaires ordinaires, puisque, sous la seule restriction d'une erreur ou d'une méchanceté évidente, il peut faire tous les actes de maître sans être tenu en rien de consulter l'avis de son copropriétaire ou d'obtenir son consentement.

Nous ne nions pas qu'il ne puisse y avoir des abus de ce pouvoir par les parents, et que ces abus ne puissent motiver de la part de la législation civile certaines restrictions prudentes, à la condition d'être faites avec une scrupuleuse intention de ne rien enlever à la liberté de ce qu'on pourrait lui laisser impunément. Mais nous affirmons qu'en dehors d'une législation positive, il n'y a, en deçà des limites que nous avons posées, aucune restriction aux pouvoirs du père sur les biens de son fils, sauf, bien entendu, la responsabilité du père devant sa conscience et devant Dieu pour tous les actes abusifs de son autorité.

Le grand philosophe italien, Rosmini, nous paraît avoir parfaitement caractérisé la copropriété qui existe entre le père et le fils sur les biens du fils, en disant que le père est le *propriétaire absolu* de ces biens, et que le fils en est *propriétaire relatif*. Le père en est propriétaire absolu, c'est-à-dire peut exercer tous les droits résultant du droit de propriété à l'égard de tous, même du fils. Le fils en est propriétaire relatif, c'est-à-dire peut exercer les droits dérivés du droit de propriété à l'égard de tous, moins son père et sa mère. Cette restriction empêche seule qu'il ne soit propriétaire absolu ;

Digitized by Google

car, à l'égard de tous autres que le père, il a les droits d'un propriétaire.

Si donc nous nous demandons quels sont en détail les droits du père sur les biens du fils, nous devrons répondre par l'énumération de tous les droits qui résultent de la propriété, ou plutôt qui sont les diverses *fonctions* de ce droit complexe. Il a d'abord le droit de se maintenir en possession de ces biens, en repoussant les agressions qui peuvent être tentées contre eux; en les réclamant, s'ils lui sont enlevés, entre les mains de tous ceux qui les détiennent; en exigeant des indemnités pour les dommages qui peuvent lui être causés par les violations de ses droits; et enfin en prenant des garanties contre ceux qui menacent sa propriété. Il a en outre le droit de jouir de ces biens et d'en user pour son utilité et celle de toute la famille, et surtout pour celle du fils propriétaire. Il peut enfin, si l'intérêt de la famille l'exige, aliéner ces biens en tout ou en partie. Et le fils ne peut critiquer ces divers actes, à moins qu'il n'y ait erreur évidente ou mauvaise intention flagrante de la part du père.

Mais qu'arrivera-t-il dans ce dernier cas? Comment le fils pourra-t-il se tenir en garde contre les abus que le père peut faire de son droit? Comment obtiendra-t-il réparation du dommage que lui causera le père en dépassant ses pouvoirs, et en contrevenant à ses obligations comme gouverneur suprême, mais non arbitraire, de la famille? — D'abord ces abus de l'autorité paternelle, s'ils sont répétés, et peuvent être considérés comme habituels, ou même si, étant accidentels, ils sont la manifestation évidente d'une volonté habituellement mauvaise, ces abus, dis-je, donneront au

Digitized by Google

fils le droit de sortir de la famille et de reprendre même par la force (toutefois, sans jamais causer un mal à son père, ce qu'il n'a jamais le droit de faire) tout ce qui reste de ses biens. Mais ce remède n'est bon que pour l'avenir. Quant au passé, nous pensons que le fils peut méconnaître les actes par lesquels le père dépasse ses pouvoirs; que ces actes sont nuls relativement à lui, comme faits en violation de ses droits; que par conséquent, dans l'état de nature, il peut, en dénonçant à ceux qui ont traité avec le père l'injustice qui a été commise, se conduire comme si l'acte injuste n'avait pas eu lieu, et comme s'il était resté propriétaire, sauf, bien entendu, l'obligation de se prêter à une solution amiable, et surtout à la remise de la décision des contestations qui peuvent s'élever à un juge choisi d'accord avec ses adversaires, si ceux-ci doutent de bonne foi de son droit. Enfin nous pensons qu'une législation, qui viendrait organiser des tribunaux et toute la protection sociale, et réglerait les rapports de famille, suivant les règles du droit naturel; nous croyons que cette législation devrait donner au fils une action pour faire annuler les actes du père, comme faits au préjudice de ses droits, lorsqu'ils seraient aussi évidemment étrangers au bien de la famille, sauf encore les précautions à prendre en faveur des tiers qui auraient contracté de bonne foi avec le père.

Voilà pour les droits réels; quant aux obligations contractées par le père et aux créances acquises par lui, à moins qu'il ne soit évident ou démontré, qu'elles avaient trait aux biens du fils, et doivent exister en sa faveur ou à sa charge, elles devront grever avant tout les biens du père ou les augmente.

Digitized by Google

Mais si les obligations contractées par le père dépassaient la valeur de ses biens propres, alors cela impliquerait chez le père l'intention d'en grever le patrimoine de ses enfants et de sa femme; et, si ces obligations rentraient dans ses pouvoirs tels que nous les avons définis, elles devraient s'exécuter sur les biens des enfants et de la femme. C'est la conséquence directe des principes.

Jusqu'à quand dure cette copropriété du père? — Tant que la société persiste entre lui et son fils; car elle est un des éléments de cette société; elle constitue la mise en commun d'une partie des moyens qui sont employés pour le bien social. Lorsque cette société est rompue, le père doit laisser au fils le libre gouvernement de ses biens comme de sa personne. Il conserve seulement le droit aux secours du fils lorsqu'il se trouve dans le besoin, ainsi que nous le développerons dans le 3e chapitre.

Si donc le fils sort de la famille du vivant de son père, soit par la volonté de celui-ci, ce qui est le moyen normal, soit par suite des abus d'autorité des parents, le père est obligé de lui rendre tous ses biens propres. Si la société est dissoute par suite de la mort du dernier survivant des père et mère, le fils a le droit de reprendre ses biens propres; car il y a bien copropriété entre ses parents et lui, mais il n'y a pas copropriété au même titre entre lui et ses frères et sœurs, comme nous le verrons au chapitre 2e. De ce que le fils en sortant de la famille d'une manière ou d'une autre, reprendra la pleine propriété absolue et exclusive de ses biens propres, résulte pour le père l'obligation pendant qu'il les a entre les mains de conserver une

Digitized by Google

indication précise et certaine de leur origine et de leur propriétaire, et d'empêcher qu'ils ne se confondent avec ses propres biens, ou avec ceux des autres membres de la famille. Cette obligation s'appliquera non-seulement aux biens que le fils a apportés dans la famille, mais encore aux biens acquis en remploi, à toutes les autres valeurs acquises à l'occasion de ces biens, aux produits et même aux fruits; en tant que le père aura jugé, en vertu de son autorité, et dans la limite de ses pouvoirs, que tous ces biens et même ces fruits ne doivent pas entrer dans le patrimoine commun de la famille pour assurer son bien-être. Le législateur devra prévoir l'inobservation de cette obligation, et pourra organiser le système qu'il jugera le plus convenable et le plus efficace pour empêcher les inconvénients qui résulteraient de ces omissions.

Si, au contraire, c'est l'enfant qui meurt étant encore dans la société paternelle, son père ou le survivant de ses parents conserve sur ses biens tous ses droits de propriétaire absolu, et reprend de plus la liberté complète de disposition qui était limitée par la présence d'un propriétaire relatif, par l'obligation d'employer les biens surtout dans l'intérêt du fils. C'est la succession la plus simple, celle qui a lieu par le fait de l'entrée ou de la sortie de membres dans une société perpétuelle, et plus spécialement celle qui a lieu lorsqu'une société perpétuelle se trouve réduite à une seule personne. — Il faut du reste supposer, pour que ce que nous venons de dire s'applique, que le fils n'a pas formé avant de mourir une autre société du même genre en se mariant, auquel cas les membres de cette seconde société succéderaient par le même principe, comme nous le ver-

Digitized by Google

rons plus loin, à ses droits de propriétaire relatif.

II. — *Droits que l'enfant conserve sur ses propres biens.*

Il faut encore nous reporter ici à la distinction si souvent invoquée, entre l'époque où l'enfant a atteint le plein usage de sa raison et de ses facultés, et la période antérieure à ce moment. Nous n'avons pas fait cette distinction au paragraphe précédent, parce que les pouvoirs que le père a sur les biens de son fils, même adulte, absorbent les pouvoirs moins étendus, pouvoirs de simple administration qui lui appartiendraient sur les biens de son enfant, en vertu du seul titre de l'occupation et de l'éducation qu'il lui donne. Il n'y a qu'un point où le père naturel aurait dans cette matière moins de droit que le père adoptif ou la personne qui a pris soin de l'enfant mineur. C'est que ces dernières personnes ont droit à être indemnisées sur les biens du fils adulte (soit qu'il en eût déjà pendant sa minorité, soit qu'il en ait acquis depuis) de toutes les dépenses qu'elles ont faites pour son entretien et son éducation. Le père naturel au contraire n'a pas ce droit; si l'enfant a des biens pendant sa minorité, le père peut sans doute les employer pour son éducation; mais s'il ne l'a pas fait ou si l'enfant n'avait pas de biens suffisants pour en faire tous les frais, le père n'a pas le droit de réclamer d'indemnité. Nous ne fondons pas cette doctrine, sur la théorie que nous avons repoussée, qui voudrait reconnaître chez le père une obligation juridique à élever son enfant, de sorte que les dépenses de l'éducation qu'il lui donne ne

Digitized by Google

seraient que le payement de ce qu'il lui doit, et par conséquent ne seraient pas sujettes à répétition. Mais nous la fondons sur ce que d'après la nature même le père fait ces dépenses *donandi animo*, il les fait sans aucun retour sur lui-même, il les fait uniquement en vue de l'intérêt de son enfant, qu'il regarde comme son intérêt propre. Ce sentiment fondamental chez le père, qui lui fait regarder le bien de son fils comme son bien propre, est la cause de ces dépenses, et empêche que le père n'ait le droit d'en réclamer plus tard le remboursement.

Mais quand il s'agit de savoir quels sont les droits dont le fils a l'exercice, alors il importe beaucoup de savoir s'il a ou non acquis sa pleine capacité. Car, évidemment, pendant sa minorité il n'aura pas plus de droits qu'il n'en aurait s'il n'avait plus son père ni sa mère; il n'aura pas l'administration de ses biens, et à plus forte raison n'en pourra-t-il pas disposer seul : il est inutile d'insister longuement sur sa position pendant cette période.

Mais lorsque le fils est adulte, lorsqu'il a acquis sa pleine capacité intellectuelle et morale, quels sont ces droits sur ses propres biens? Ces droits dérivent tous du principe que nous avons posé à son égard : il est propriétaire à l'égard de tous autres que ses parents. De là suit que les actes qu'il fait relativement à ses biens sont valables à l'égard de tous les autres et de lui-même; que ceux avec qui il a contracté, et lui-même, ne sont pas recevables à en demander la nullité, et que c'est le père seul qui peut faire annuler ces actes comme faits en fraude de ses droits.

Entrons plus dans les détails. Il est certain d'abord que le fils pourra faire librement tous les actes de con-

Digitized by Google

servation de la chose qui n'entraînent aucune aliénation : il pourra se maintenir en possession contre les troubles qui lui seraient suscités, revendiquer la chose si elle a été usurpée, poursuivre l'exécution des différentes obligations qui peuvent exister envers lui, prendre les mesures conservatoires de ses droits, s'assurer des garanties contre ceux qui menaceraient d'y attenter, pourvu que tous ces actes ne soient pas faits contre son père, auquel cas ils seraient illicites. Le fils pourra en outre se servir de ses biens, les cultiver, en percevoir les fruits et les produits, en tirer tous les avantages qu'il pourra, pourvu encore que ses actes ne contrarient pas le gouvernement de son père, et que celui-ci ne se soit pas réservé le droit de percevoir ces produits et ces fruits pour en disposer lui-même dans l'intérêt de l'enfant ou de toute la famille, et pourvu que l'enfant, s'il les a perçus même avec le consentement du père, soit toujours disposé à les lui remettre sur sa première demande.

Quant aux actes de disposition, il faut reconnaître qu'en général ils dépasseront les pouvoirs que le père entendra laisser à son fils, car ils sont d'une telle gravité que le plus souvent le père voudra exercer son contrôle sur eux. Il devra voir si l'enfant entend bien son propre intérêt, et aussi si cet intérêt, même bien entendu, s'accorde avec l'intérêt légitime du père lui-même et du reste de la famille. La présomption étant donc pour la réserve de ce droit par le père, celui-ci pourra toujours invoquer la nullité des actes de disposition faits par son fils, comme faits en fraude de ses droits. Et l'on ne pourra repousser cette action qu'en prouvant que l'acte était réellement profitable au fils

Digitized by Google

ou au père, et ne nuisait pas d'une manière notable aux autres membres de la famille.

Mais si la présomption est, en général, dans ce sens, il est certain que bien des faits peuvent l'intervertir, ce seront tous les faits qui emporteront permission expresse ou tacite ou même présumée, d'après les circonstances, en faveur du fils. Ceci est une question que l'on aura à résoudre dans les cas particuliers, et dont la solution dépendra beaucoup des mœurs et des habitudes du peuple où l'on se trouvera. Cette permission résultera souvent de ce que le père aura laissé habituellement le fils administrer librement tous les biens qu'il a entre les mains, sans s'immiscer dans son administration; car nous avons vu que la prudence, comme l'intérêt de la famille, et l'intérêt du fils lui-même conseillent le plus souvent au père de l'employer, non pas comme un instrument passif, mais comme un ministre éclairé et libre de ses volontés; que le père doit, sans doute, lui imposer une direction suprême, pour qu'il coordonne son action avec celle du père et des autres membres du corps social, mais aussi faire en sorte que cette direction soit de plus en plus générale, à mesure que l'expérience et la raison du fils se développent, et qu'elle lui laisse de plus en plus la liberté de ses allures dans la carrière que le père ouvre devant lui.

Quant aux obligations contractées par le fils adulte, nous devons dire encore ici que, en principe, le père pourra refuser de les exécuter sur les biens du fils, s'il les juge inopportunes et funestes au bien de tous. Mais ce n'est pas à dire pour cela que ces obligations soient nulles. Non, le fils est tenu personnellement; seulement tant que le père vit et conserve le gouvernement de ses

Digitized by Google

biens, on ne peut pas exécuter. Le créancier peut faire les actes conservatoires de ses droits, et pourra poursuivre l'exécution après la dissolution de la société. Au surplus, il peut poursuivre cette exécution même pendant le gouvernement du père, à la charge seulement de prouver l'utilité et l'innocuité de l'acte fait par le fils. — Hâtons-nous de dire que bien souvent il y aura des biens sur lesquels il pourra poursuivre immédiatement son payement. Ce sera toutes les fois que le père aura donné mandat exprès ou tacite au fils de s'obliger, soit que la mesure soit fixée, soit qu'elle ne le soit pas. Ce sera encore toutes les fois que le père aura laissé au fils l'administration de tout ou partie de ses biens, et suivant la latitude plus ou moins large de cette permission. Au surplus, nous n'avons qu'à nous reporter à ce que nous avons dit ci-dessus à propos des droits réels.

Ce que nous venons de dire s'applique aux obligations qui naissent pour le fils de sa propre volonté, soit par contrat, soit autrement. Quant aux obligations qui naissent pour lui du fait d'autrui, il est évident que le père ne peut se refuser à les exécuter, puisque quand même il serait seul propriétaire il devrait le faire. — Pour les délits du fils, nous pensons que le père n'a pas non plus le droit de refuser d'exécuter les obligations qu'ils font naître. En effet, qu'est-ce qui justifie l'intervention de la volonté du père dans toute cette matière? C'est son pouvoir gouvernemental et l'appréciation qui doit lui être laissée de l'utilité et du dommage résultant de tel ou tel acte au point de vue de l'intérêt social. Mais ici aucune appréciation de ce genre n'est à faire, la question d'utilité disparaît dès que la question de justice est posée. Or ici tel est le cas. Un propriétaire qui

Digitized by Google

a causé un dommage à autrui sans droit n'a pas d'appréciation à faire, il doit l'indemniser: il n'y a pas deux partis à prendre. Sans doute, le fils n'avait pas mandat de délinquer ; et le père aussi peut lui infliger une peine à défaut de peine publique; mais une fois le délit commis, les biens du fils sont grevés d'une obligation que tous les pouvoirs du père ne peuvent faire disparaître, par la raison, indiquée plus haut, que ces pouvoirs ont pour but l'utilité de tous les membres de la famille, et que l'utilité n'a rien à faire ici, parce que la justice commande.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

DROITS DES ENFANTS SUR LES BIENS DE LEURS PARENTS ET DE LEURS FRÈRES ET SŒURS.

Nous étudierons successivement les droits sur les biens des parents et les droits sur les biens des frères et sœurs.

I. — *Droits des enfants sur les biens de leurs parents.*

Il est facile de voir dès l'abord, d'après tout ce que nous avons dit jusqu'ici, qu'il ne faut reconnaître aux enfants aucun droit véritable sur les biens de leurs parents, à l'encontre de ceux-ci. En effet, nous avons vu sans doute que les parents sont tenus de se dévouer eux-mêmes, âme, corps et biens au bonheur des enfants auxquels ils ont donné le jour, et que c'est là la partie la plus noble du sentiment paternel auquel ils sont tenus de se conformer. Mais nous avons vu aussi que cette obligation était purement morale et ne constituait pas de droit au profit des enfants, et que ceux-ci, malgré toute la culpabilité des parents qui les abandonneraient ou les laisseraient manquer du nécessaire, n'auraient jamais le droit d'employer la force pour obtenir ce que leurs parents sont obligés en conscience de leur donner.

Donc, à l'égard de leurs parents, ils ne peuvent prétendre aucun droit sur les biens de ceux-ci, et, d'après le droit naturel, les parents peuvent disposer de leurs biens en toute liberté sans que leurs actes puissent ja-

Digitized by Google

mais être annulés pour violation du droit des enfants.

Mais de là ne résulte pas que les enfants n'aient pas certains droits sur les biens de leurs parents vis-à-vis des autres hommes.

Au contraire, la plus légère attention nous présente une démonstration très-simple de ces droits. En effet, s'il est vrai d'une part que le sentiment général des parents, le sentiment qu'on doit présumer chez eux tant qu'on n'a pas de preuve contraire évidente (attendu que c'est le seul moral), si ce sentiment, dis-je, les porte à vouloir consacrer tous leurs biens au bonheur de leurs enfants ; si, d'autre part, il est vrai que les enfants ont la volonté au moins implicite de se servir de ces biens et d'acquérir sur eux tous les droits que les parents ne leur refusent pas (et l'on ne saurait nier que cette volonté n'existe) ; — dès lors, nous avons tout ce qui est nécessaire pour faire acquérir un droit, c'est-à-dire la volonté de l'acquérir et d'en user, et une volonté licite, qui n'empiète pas sur le droit d'autrui, mais occupe seulement ce qu'un autre abandonne en sa faveur. Et la considération que cet abandon n'est que précaire de la part des parents, n'empêche pas que les enfants n'acquièrent réellement un droit vis-à-vis des autres hommes, car ces autres hommes doivent respecter les droits au moins éventuels des enfants sur ces biens. Cette occupation, que font implicitement les enfants sur les biens des parents, constitue pour eux, à l'égard de ces biens, un titre antérieur à tous les autres.

Si, outre cela, nous nous plaçons, comme nous le supposons dans tout ce chapitre, vis-à-vis de parents qui maintiennent la société paternelle entre eux et leurs enfants, nos présomptions deviennent une certitude : le

Digitized by Google

fait de cette société implique nécessairement par son essence la volonté de la part des parents que leurs enfants profitent autant qu'ils le pourront de tous leurs biens ; et les enfants non-seulement peuvent, mais doivent se conformer à cette volonté en se regardant comme ayant sur ces biens plus de droits que des étrangers, et ces derniers sont tenus de respecter cette volonté des parents et des enfants.

Mais quels sont au juste les droits des enfants sur ces biens ? — Je ne puis mieux déterminer leur position qu'en disant qu'ils sont à peu près dans la même position que des membres non administrateurs d'une société constituée personne morale ; ils ont un droit sur le biens, ils peuvent s'en dire *copropriétaires* vis-à-vis de tous, mais ils n'ont sur eux aucun droit de disposition, ni même d'administration.

En quoi consiste donc cette *copropriété ?* — Ses effets, pendant la durée de la société paternelle, ne sont pas considérables, de façon qu'on peut souvent ne pas s'apercevoir de son existence. En effet, elle diffère profondément de la copropriété qui appartient au fils sur ses biens propres. Dans les deux cas, le fils est un *propriétaire relatif* vis-à-vis d'un *propriétaire absolu*, qui est le père ; mais il a ici des droits moins étendus que précédemment. Quant à la copropriété sur ses biens propres, le fait de la société vient limiter son droit de propriété qui, sans cela, serait absolu. De là suit que le fils conservera sur ses biens tous les droits qui ne lui seront pas enlevés, soit par les lois naturelles de la société, soit par la volonté explicite ou implicite du père. Il sera présumé capable relativement à ces biens tant qu'on ne prouvera pas que son droit a été limité. — Au contraire,

Digitized by Google

pour les biens du père, ce fait de la société vient donner au fils des droits qu'il n'aurait pas eus sans cela ; d'où il suit que le fils n'aura sur ces biens que les droits qui résulteront pour lui du fait de cette société, et il sera présumé incapable pour tout ce qui n'en résultera pas certainement. — Or, les lois de la société n'entraînent pour lui aucun pouvoir de disposition ou d'administration, attendu que la nature de cette société est que ces droits appartiennent au père. Donc il n'aura pas, en général, ces droits. Mais le fait de la société, voulue par le père, implique nécessairement le droit de jouir dans une certaine mesure, et d'user pour le but social des biens de tous ses membres. Aussi les enfants pourront sans scrupule faire des biens de leurs parents tous les *usages* qui n'engagent pas la disposition ou l'administration de ces biens, tant que les parents n'auront pas manifesté une volonté contraire.

Quant aux actes de conservation et de défense de ses droits sur ces biens vis-à-vis des étrangers, le droit de les faire appartient en propre à l'enfant; mais, en général, il devra laisser au père l'exercice de ces droits, attendu que celui-ci le fera d'une manière plus sage et plus utile pour tous. Voilà ce qui aura lieu en général.

Mais diverses circonstances peuvent accroître les droits des enfants : ce seront d'abord tous les actes par lesquels le père les chargera d'une partie de l'administration de ses biens, soit qu'il leur donne la gestion d'un certain ensemble d'affaires pour lesquelles ils pourront l'obliger, soit qu'il leur donne certains biens à gérer avec des pouvoirs plus ou moins étendus. Dans tous ces cas, on devra se conformer à la volonté du père largement interprétée suivant les circonstances, car les en-

Digitized by Google

fants jouent, vis-à-vis des tiers, le rôle non de simples mandataires, mais de propriétaires exerçant leurs droits.

Un autre cas où les enfants auront l'exercice de droits plus étendus sur les biens de leurs parents, ce sera celui de l'absence du père et de la mère ou du survivant d'entre eux. Alors le gouvernement de la société étant suspendu en fait, les enfants pourront la gouverner d'un commun accord, ou établir une administration, ou se la partager entre eux. Et, dans toutes ces hypothèses, eux ou leurs représentants auront non-seulement le droit de protéger la propriété des biens et de faire tous les actes conservatoires de leurs droits et de ceux des parents, mais encore ils auront des pouvoirs étendus d'administration, et même de disposition dans une certaine mesure, c'est-à-dire dans la mesure de ce qui sera strictement nécessaire pour empêcher les valeurs de la société de dépérir, et avec la condition de ne jamais empiéter sans une véritable nécessité sur les droits des parents absents.

Mais l'effet principal et saillant du droit de *copropriété* qui appartient aux enfants sur les biens de leurs parents est de leur donner le droit de les partager entre eux lors de la dissolution de la société.

Or, la société paternelle, au moins comme société naturelle, se dissout par la mort du dernier des père et mère; en effet, alors il n'y a plus de gouvernement naturel de la société; si les enfants voulaient rester en société, ils devraient organiser entre eux un gouvernement, et l'on aurait alors une société artificielle puisant ses éléments dans la volonté libre des parties. Mais ce cas sera excessivement rare, et presque toujours la so-

Digitized by Google

ciété se trouvera dissoute. Aussi lorsque chacun des enfants aura repris les biens qui lui appartenaient en propre, et qui se trouveront suffisamment indiqués, il y aura lieu au partage de tout le reste, c'est-à-dire des biens qui appartenaient en propre aux parents. — C'est là un second cas où le *droit de succession* se dérive de la simple considération de la société qui existe entre les enfants et les parents, et de l'application à cette société des règles ordinaires des sociétés. Le premier cas est celui où le père ou la mère devient unique propriétaire des biens de son enfant prédécédé. Dans ces deux cas, la transmission des biens est moins une *succession* véritable, une acquisition nouvelle pour l'héritier, qu'un *jus accrescendi*, ou, comme on dit souvent avec plus d'exactitude, un *jus non decrescendi*. C'est la simple application de la règle que dans toute communauté si un copropriétaire disparait, sans que personne ait droit à réclamer sa part en son nom, cette part profite à ceux qui restent.

On ne peut trouver aucune raison, soit dans la nature des rapports entre les parents et les enfants, soit dans la nature de la société qui existe entre eux, pour que certains des enfants aient dans ce partage des parts inégales. Donc, en général, et si le père n'a pris aucune disposition à cet égard, la règle de ce partage devra être l'*égalité* entre tous les enfants, ou même entre toutes les lignes descendantes, si parmi les enfants il en est qui soient prédécédés en laissant des descendants. Ceci s'appliquera purement et simplement si tous les enfants sont restés dans la famille jusqu'à la mort du dernier de leurs parents.

Quant aux règles à suivre pour les enfants qui sont sortis de la famille, soit que tous soient dans le même

Digitized by Google

cas, soit que quelques-uns soient restés dans la famille, nous les verrons dans le chapitre suivant.

Mais le père (ou après lui la mère) était, tant qu'il vivait, le gouverneur suprême de la famille, astreint seulement à ne jamais compromettre par ses actes l'intérêt et le bonheur de tous et de chacun de ses membres. Il a donc pu modifier cet ordre de choses en plusieurs manières.

Il a pu d'abord, par ses dispositions entre-vifs ou testamentaires, faire sortir une partie de ses biens, et même des biens du fils, du patrimoine social. Il est certain que le partage ne pourra s'appliquer à ces biens, puisqu'ils ne sont plus dans le patrimoine à partager, pourvu seulement qu'ils en soient légitimement sortis. Or, quant à la légitimité de leur aliénation, le droit naturel ne peut nous fournir aucune règle générale déterminée, attendu que cette légitimité dépend de mille circonstances de fait. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il faut que ces aliénations ne soient pas manifestement contraires au bien ordonné de la famille. En effet, le père, avons-nous dit, est juge compétent de l'utilité de ses actes, mais cela ne s'applique que lorsque le doute est possible; alors, jusqu'à preuve contraire, le père est présumé avoir agi valablement, et personne ne peut méconnaître ses actes. Mais la même chose n'a pas lieu quand ces actes excèdent manifestement ses pouvoirs; alors on peut méconnaître ces actes et agir comme s'ils n'existaient pas; en un mot, ces actes sont nuls. — Or, pour les aliénations à titre onéreux, on ne pourra jamais établir qu'elles excédaient les pouvoirs du père; car s'il se trouve qu'elles n'étaient pas avantageuses, le père a pu se tromper de bonne foi, et l'on doit toujours présu-

Digitized by Google

mer sa bonne foi. C'est donc seulement sur les aliénations entre-vifs ou testamentaires à titre gratuit que l'on pourra critiquer ses actes et prouver qu'ils étaient manifestement contraires au bien ordonné de la famille. Les législations civiles pourront poser des présomptions sur ce point.

Le père peut encore modifier directement le partage, en répartissant lui-même ses biens entre ses enfants, ou en leur attribuant simplement des parts inégales, soit par acte entre-vifs, soit par testament. Et ces dispositions du père seront valables et devront être scrupuleusement suivies, comme faites par celui qui avait tout pouvoir pour les faire, sous les mêmes restrictions que pour les dispositions en faveur d'étrangers.

Un exemple des abus de l'autorité paternelle qui peuvent se présenter dans cette matière, ce serait la constitution d'un *droit d'aînesse*, ou l'attribution à l'aîné des enfants de la totalité ou d'une part considérable de la succession paternelle, sans autre motif que la vanité, le désir chez le père de conserver le lustre et l'éclat de son nom et de sa maison. Cette disposition est manifestement contraire au sentiment d'affection que le père doit avoir pour tous ses enfants également; car le fils aîné n'a, comme tel, aucun titre spécial qui doive le faire préférer à ses frères.

Un autre exemple se rencontre aussi dans les *substitutions*. En général, d'abord, une substitution, c'est-à-dire l'établissement de l'obligation pour un héritier de conserver les biens pour les rendre à des appelés non encore nés ou conçus lors de la mort du testateur, dépasse tous les pouvoirs du testateur. Il est de principe, en effet, que les droits des hommes ne peu-

Digitized by Google

vent être limités que par d'autres droits possédés actuellement par d'autres hommes. Or, dans les substitutions, les droits des grevés sur les biens héréditaires sont limités sans que personne possède actuellement le droit qui leur est enlevé, puisque, d'une part, les appelés ne sont pas encore nés, et que, d'autre part, le testateur qui est mort ne peut plus conserver aucun droit sur ses biens. Donc il faut dire, ou que les grevés auront la pleine propriété des biens sans restriction, ou bien que les droits qu'ils n'auront pas seront chose *nullius*, et pourront être occupés par le premier venu.

Lorsque la substitution est faite par un père à l'égard de ses descendants, s'ils sont encore dans la société paternelle, la solution n'est plus absolument la même. En effet, on peut dire ici : le père est le gouverneur de la société paternelle, et cette société comprend les diverses sociétés du même genre dont ses enfants au 1er degré sont les chefs ; ces diverses sociétés sont sous son gouvernement comme la société générale qu'elles forment ; il peut donc dès à présent régler la manière dont devront se gouverner et se partager ces différentes sociétés. Sans doute, lui une fois mort, ses enfants seront gouverneurs absolus, chacun de la société dont il est le chef ; mais ne devront-ils pas respecter les actes de leur père, qui, au moment où il les faisait avait bien le pouvoir de diriger leur société et auquel ils étaient eux-mêmes obligés d'obéir? On ira même plus loin, et l'on dira : Si la société paternelle comprend tous les descendants à venir (comme nous l'avons montré), le père pourra régler indéfiniment à son gré le partage de ces diverses sociétés. — Je réponds que je ne vois pas, en effet, pourquoi le père ne pourrait pas imposer

Digitized by Google

certaines obligations à son fils dans le gouvernement de sa société particulière, obligations au profit de cette société. Le titulaire du droit enlevé au fils est alors cette société qui existe actuellement, peut-être dans le fils seul, et est appelée à s'étendre plus tard (1). Mais il faut que l'acte du père soit un acte d'autorité bien entendue, il faut donc que le père connaisse les éléments de sa décision et les circonstances pour lesquelles il décide ; autrement il excède ses pouvoirs et ne lie pas son fils. Il pourrait donc interdire l'aliénation à son fils dont il connaîtrait la prodigalité ; mais il ne pourrait pas pousser la défense plus loin, attendu qu'il ne connaît pas ce que seront ses petits-enfants ni les circonstances où ils se trouveront. Une substitution au 1er degré seulement et au profit de tous les enfants, même non encore nés du fils, me paraît donc comprise dans les pouvoirs du père, mais rien de plus.

II. — *Droit des enfants sur les biens de leurs frères et sœurs.*

Nous avons vu que les frères et sœurs n'ont de droits les uns envers les autres que par l'intermédiaire de leurs parents et par suite de la volonté de ceux-ci de les tenir tous en société.

Or, l'effet de cette volonté, relativement à leurs biens, est d'établir dans leurs rapports entre eux une *copropriété*, aussi bien que dans les rapports des parents avec les enfants. Sans reprendre en détail la démonstration, il nous suffira de dire qu'ils jouent encore le rôle de *propriétaires relatifs* à l'égard de tous autres

(1) Vid. *Rosmini*, 1, n° 1446, sq.

Digitized by Google

que le père d'abord et que leur frère titulaire du droit. De la sorte, nous trouvons ici trois ordres subordonnés de propriétaires : le père ou la mère, propriétaire absolu des biens de son enfant ; l'enfant, propriétaire relatif de ses biens à l'égard de tous autres que le père, même à l'égard de ses frères et sœurs ; et les frères et sœurs, propriétaires relatifs à l'égard de tous autres que le père et leur frère ou sœur.

Les effets de cette copropriété sont à peu près les mêmes que ceux de la copropriété des enfants sur les biens de leurs parents : la faculté de *se servir* librement des biens de leurs frères et sœurs, sans nuire au propriétaire, mais sans être assujettis aux mêmes précautions qu'un étranger doit prendre lorsqu'il veut user du droit de faire un usage innocent de ce qui appartient à autrui ; — le droit de se comporter comme propriétaire vis-à-vis des tiers, lorsqu'ils ont mandat exprès ou tacite du père ou de leur frère titulaire du droit ; — enfin, un *droit de succession.*

Voici comment est réglée la succession quant aux biens des enfants, que l'on suppose restés tous dans la succession paternelle :

1° *Lorsque les parents sont tous deux morts avant les enfants*, alors les enfants, devenus *propriétaires absolus* de leurs biens propres, doivent reprendre chacun les leurs ; comme il n'y a pas indivision pour ces biens, il n'y a pas lieu à partage ; ils partagent ensuite les biens propres de leurs père et mère ;

2° *Lorsqu'un enfant décède sans être marié, avant le dernier de ses parents*, ses biens restent au père ou au survivant des père et mère, comme *propriétaire absolu ;* les autres enfants restent *propriétaires relatifs*, mais ils

Digitized by Google

gagnent quelque chose en ce que leur droit n'est plus primé que par leurs parents au lieu de l'être aussi par leur frère ou sœur;

3° *Un enfant décède sans être marié, après ses père et mère, mais tandis que la société subsiste encore entre lui et ses frères et sœurs;* alors seulement il y a pour ceux-ci une succession complète ; ils deviennent *propriétaires absolus* de ses biens, et, se trouvant à leur égard dans l'indivision, doivent les partager comme les biens paternels.

Jusqu'ici, dans tous les cas de succession que nous avons examinés, nous avons supposé que l'enfant n'avait pas formé lui-même une nouvelle famille. Si l'enfant a formé une nouvelle famille, alors la *propriété relative* qui reposait sur sa tête s'est étendue, a été communiquée par lui aux membres de la nouvelle société formée par lui; suivant les lois que nous avons examinées, c'est cette nouvelle société qui est titulaire de son droit, et son droit ne serait considéré comme vacant et ne viendrait accroître aux autres membres de la famille principale qu'après le complet anéantissement de la famille secondaire. Supposons donc qu'un enfant, membre de la société de son père, meurt étant marié et ayant des enfants, alors ses droits de *propriétaire relatif* passent d'abord à sa femme, puis à ses enfants, et seulement à leur défaut à ses parents, et si les parents meurent avant cette évolution complète, c'est le *propriétaire relatif* d'alors qui devient *propriétaire absolu.*

Il est facile, après ces obsersations, de résoudre les cas plus compliqués qui peuvent se présenter.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DROITS PÉCUNIAIRES QUI SURVIVENT A LA SOCIÉTÉ PATERNELLE.

Nous avons vu qu'à la société paternelle survit, entre les membres d'une même famille, une société que nous avons appelée une *société d'affection*, produisant chez tous ses membres l'obligation juridique de se rendre mutuellement heureux par les témoignages de leur affection mutuelle. Cette obligation a naturellement des conséquences dans l'ordre extérieur des biens matériels, car cette affection devra souvent se traduire par des actes efficaces, par de bons offices, une protection mutuelle, des secours dans les besoins. Ainsi, de cette société nous voyons naître immédiatement l'obligation pour les proches parents de se fournir mutuellement des *aliments* dans le besoin, de veiller aux intérêts de leurs parents en provoquant les mesures de protection que leur âge, leur absence ou leur état mental peuvent nécessiter, en se chargeant eux-mêmes comme tuteurs, curateurs, membres d'un conseil de famille envoyés en possession de faire ou de diriger les actes utiles à la conservation et à la bonne administration de leurs biens, indépendamment des soins dus à la personne et des actes qui intéressent directement la personne et dont nous avons parlé plus haut. De là encore l'obligation d'agir dans certains cas en justice, d'obtenir réparation des torts ou punition des délits dont leurs parents ont été victimes; obligation poussée si loin dans les

Digitized by Google

lois des peuples germains, chez qui les sentiments de famille étaient si développés.

Nous avons déjà indiqué que nous ne considérons pas ces diverses obligations comme constituant de véritables droits entre les proches parents, sujets actifs et passifs de ces obligations, c'est-à-dire que nous ne les considérons pas comme pouvant motiver aucune contrainte pour en obtenir l'accomplissement. En effet, il est de la nature des devoirs de bienfaisance d'être en général purement moraux; ils ne peuvent devenir juridiques qu'en vertu d'un titre tout spécial, dont on a à prouver l'existence quand on prétend leur donner ce caractère. Or, nous ne voyons pas sur quoi on pourrait se fonder, en droit naturel, pour attribuer à ces devoirs dont nous parlons un caractère juridique : nous avons vu qu'ils dérivent tous des devoirs d'affection mutuelle, qu'ils ne sont imposés que comme manifestation de cette affection; mais comme cette affection ne peut se commander par une contrainte extérieure, comme ses manifestations, pour avoir quelque valeur morale, doivent essentiellement être libres, nous ne comprenons pas l'emploi de la contrainte pour obtenir ces bons offices. — On nous objectera, peut-être, que nous reconnaissons nous-même la nature juridique du devoir d'affection mutuelle, et que nous n'écartons la contrainte qu'à cause de la nature spéciale de cette affection, mais que, quand il s'agit des conséquences de cette affection, conséquences parfaitement susceptibles d'être réclamées par la contrainte, il n'y a plus de raison pour écarter cette contrainte et que le caractère juridique de ces devoirs doit reparaître. Nous répondrons alors, en allant plus au fond des choses, qu'une pareille

Digitized by Google

déduction, logique en apparence, fausse les conséquences en perdant de vue les principes : le fondement de cette obligation d'affection mutuelle est la volonté de l'ascendant commun, c'est le seul titre juridique que l'on puisse trouver aux obligations qui nous occupent. Or, il est certain que la volonté du père n'a pas pu aller jusqu'à vouloir conserver à ses enfants et descendants de véritables droits sur les biens les uns des autres. Soutenir que telle peut être la volonté du père, ce serait contredire directement cette même volonté qui, en rompant la société paternelle plus intime, a voulu donner à chacun la liberté la plus complète de sa personne et de ses biens, ou ce serait aller contre la force des choses qui a rompu cette société en lui enlevant son chef. Ou bien, la société dont nous nous occupons est encore la société paternelle proprement dite, maintenue entre les proches parents, ce qui est contre l'hypothèse même où nous nous sommes placé ; ou bien elle ne peut plus donner aux parents, sur les biens les uns des autres, ces droits si considérables que leur donnait la société paternelle. Et il n'y a pas de moyen terme possible, car la nature essentiellement vague, indéterminée et variable des obligations dont nous parlons ne permet pas de fixer plusieurs degrés; du moment qu'on leur donne le caractère juridique, elles impliquent une véritable copropriété, ou bien elles dégénèrent en une véritable tyrannie, si elles permettent à des personnes complétement étrangères à la propriété des biens d'en venir contrôler l'emploi, et de réclamer tel ou tel droit contre leur légitime et unique propriétaire. Donc les obligations dont nous avons parlé ne constituent pas en droit naturel de véritables droits entre les parents entre les-

Digitized by Google

quels elles existent. Seulement nous avons déjà reconnu et nous répétons que la société civile peut leur donner ce caractère juridique; d'une part, en invoquant un titre nouveau, l'intérêt social; d'autre part, en supprimant par des règlements sages et précis ainsi que par le contrôle des tribunaux, tous les inconvénients résultant de l'incertitude naturelle sur l'extension et les applications spéciales de ces obligations.

Mais ces obligations mutuelles produisent encore d'autres conséquences, et des conséquences vraiment juridiques même en droit naturel pur. En effet, elles sont pour les parents entre lesquels elles existent de véritables biens; en outre, ce sont des activités conformes à la loi morale, et qui, comme telles, doivent être respectées par les autres hommes. Elles constituent donc des droits véritables vis-à-vis des autres hommes qui ont l'obligation juridique de les respecter, de ne faire aucun acte qui puisse troubler les rapports moraux existant entre les parents. Ainsi ces rapports moraux entre les parents ne constituent pas de véritables obligations juridiques, de véritables droits positifs, ce qu'on appelle des droits personnels entre les parents qui en sont les sujets actifs et passifs, mais ils constituent envers les autres hommes de véritables droits réels, c'est-à-dire des droits négatifs, le droit de ne pas être gêné dans les actes qui réalisent au dehors ces rapports. Et ce droit existe pour les parents, non-seulement à l'encontre des personnes étrangères à la famille, mais encore à l'encontre des autres parents d'un degré plus éloigné; en effet, l'obligation des parents plus proches étant, comme nous l'avons montré, plus rigoureuse, il s'ensuit que leur droit, dérivé de leur obligation, doit

Digitized by Google

être aussi plus puissant. Aussi toutes les législations ont reconnu entre les parents, non-seulement des obligations de secours et d'assistance mutuelle, mais encore un droit à être préférés à des étrangers pour l'accomplissement de ces obligations; et en outre elles ont reconnu un droit plus fort, en même temps qu'une obligation plus étroite, aux parents plus proches à l'encontre des parents plus éloignés. Ainsi, parallèlement aux obligations que nous avons énumérées plus haut, existe le droit d'être préféré à tous autres pour être tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille, envoyé en possession des biens d'un parent absent, pour consentir au mariage ou à d'autres actes de leur parent, pour provoquer les mesures de protection que son état peut exiger, pour exercer certaines actions, etc., etc.

En sens inverse, il y a aussi pour ceux qui peuvent invoquer ces obligations un véritable droit à ne pas être troublés dans la jouissance de l'utilité qui en résulte pour eux, notamment dans l'usage qu'ils font en leur faveur des biens de leur parent avec le consentement de celui-ci, ou même à son insu, lorsque cet usage est inoffensif pour celui-ci et qu'il doit être présumé y consentir, comme dans le cas des envoyés en possession des biens d'un absent. Car leur position est à la fois une charge et un avantage.

C'est du même principe que dérive aussi le droit de succession *ab instestat* entre des parents dégagés des liens de la société paternelle proprement dite. Mais ce droit, si important et si contesté à certains moments, mérite que nous lui accordions une attention toute spéciale.

Un homme meurt, nous supposons, sans être membre

Digitized by Google

d'aucune société paternelle proprement dite, et sans avoir disposé de ses biens. Si nous faisons abstraction des droits des parents, à qui appartiendront ces biens? Ils sont maintenant sans maître, ce sont des choses *nullius,* ils appartiendront au premier occupant. Ainsi se trouve écartée dès l'abord cette théorie spécieuse qui voudrait que toutes les successions revinssent à l'Etat. L'Etat n'a *a priori* aucun titre à s'emparer des biens vacants, et sans maître; il est bien plus difficile d'établir un droit aux successions au profit de l'Etat, qu'au profit des parents. Si, dans une société civile organisée, on peut justifier cette espèce d'usurpation de l'Etat, c'est seulement quand on ne trouve plus personne qui puisse prétendre à aucune préférence sur ces biens, et en considérant l'Etat comme présumé premier occupant, et cela dans un intérêt d'ordre et de tranquillité publique. Encore y aurait-il bien lieu de discuter.—Mais, dans le simple ordre rationnel, la discussion ne s'établit qu'entre le premier occupant et les parents du défunt. Réduite à ces termes, la question se trouve tout près d'être résolue. En effet, peut-on réellement considérer les biens du défunt comme chose *nullius* en présence de parents? Ceux-ci avaient sur ces biens une attente légitime et juridique, non pas à l'encontre du défunt, mais à l'encontre de tous autres. Ils avaient le droit de compter jouir de ces biens, en retirer tous les avantages possibles, dès que la volonté de leur parent effacerait en donnant son consentement à leur jouissance le seul obstacle qui pût s'y opposer, et même dès que cette volonté, sans consentir à leur jouissance, n'aurait plus le droit ou le pouvoir de s'y opposer. Or leur parent est mort, ses droits sur ses biens, sa volonté ne font plus obstacle à la jouissance de ces

Digitized by Google

mêmes biens par ses parents les plus proches ; ceux-ci ne se trouvent plus en lutte qu'avec ceux envers lesquels ils ont toujours eu un droit véritable à la jouissance de ces biens ; donc personne ne peut plus leur disputer cette jouissance ; donc ils ont sur ces biens un droit complet et absolu ; donc ils en sont devenus propriétaires, dès le moment de la mort de leur parent ; donc ces biens ne sont plus choses *nullius*, et ne peuvent, par conséquent, être pris par aucune autre personne que ces parents. Ainsi se trouve démontré complétement le droit exclusif des parents à la succession de leur parent. Et comme les droits qui fondent ce droit de succession existent, non-seulement au profit des parents en général, à l'encontre des étrangers, mais encore au profit des parents plus proches à l'encontre des parents plus éloignés, il s'ensuit que les parents du degré le plus proche ont un droit exclusif à la succession, même à l'encontre des parents les plus éloignés.

Nons ne pousserons pas plus loin l'étude de ces droits de succession qui ne sont pas spécialement de notre sujet ; il nous suffira d'en avoir indiqué le fondement juridique. Nous ferons seulement remarquer que nous ne les fondons pas, comme on fait souvent, sur la volonté présumée du défunt, présomption bien souvent contraire à l'évidence des faits, et qui ne repose sur aucune base juridique ; mais sur la volonté des parents successeurs, qui s'approprient légitimement, à l'égard de tous autres que le défunt, les biens de sa succession, et par conséquent sur le titre générateur ordinaire de toute propriété, l'occupation.

Ce que nous avons dit montre bien le lien intime, reconnu par toutes les législations, entre le droit de suc-

Digitized by Google

cession d'une part, et d'autre part les droits et les devoirs de tutelle, de curatelle, d'envoi en possession, les dettes d'aliment, etc., etc. Non pas que les seconds dérivent du premier, comme on le dit fort souvent, mais parce que tous deux dérivent d'une seule et même source : la *Société d'affection* existant entre proches parents, et en dernière analyse la volonté de l'auteur commun de toute la famille.

Digitized by Google

LIVRE II.

Rapports entre la famille et la société civile.

Ce livre se divisera en deux titres :

Dans l'un nous étudierons les rapports de la famille et de la société civile au point de vue du droit rationnel;

Dans l'autre nous étudierons ces mêmes rapports au point de vue politique ou utilitaire, et nous tirerons de l'histoire un profond enseignement sur ce point important.

TITRE Ier.

RAPPORTS ENTRE LA FAMILLE ET LA SOCIÉTÉ CIVILE, AU POINT DE VUE DU DROIT RATIONNEL.

Nous avons jusqu'ici étudié la famille en dehors de la société civile, ou du moins en faisant abstraction des rapports créés par la société civile. Que la famille puisse être gouvernée par des règles juridiques, même en dehors de la société civile, c'est ce qui nous paraît démontré, à défaut de bien d'autres preuves, par la déduction que nous avons faite de ses lois, sans faire entrer en ligne de compte la considération de cette dernière

Digitized by Google

société. Que la famille ait existé en fait en dehors de la société civile, c'est ce qui est démontré par l'histoire de l'origine de toutes les nations. Mais comme tous les peuples se trouvent dans un état de société civile plus ou moins avancée, comme tous doivent tendre à donner à cet état tout le développement dont il est susceptible pour jouir de tous ses innombrables bienfaits, une étude philosophique du droit de la famille ne serait pas complète, si l'on n'indiquait, au moins sommairement, les rapports qui doivent exister entre la société civile et la famille, notamment le rôle que les lois civiles doivent jouer par rapport à la famille, et les modifications qu'elles peuvent faire subir aux règles que nous avons étudiées.

Or cette question est fort délicate, et pour la résoudre il faut d'abord bien déterminer d'une manière générale quel peut et doit être le rôle de la société civile par rapport aux droits, la fin qu'elle doit se proposer et les moyens dont elle peut faire usage. Les limites de cet ouvrage nous obligent à donner seulement ici un résumé des principes fondamentaux que nous nous réservons de développer dans des travaux postérieurs (1).

Le droit existe indépendamment de la société civile et antérieurement à elle. Cela résulte évidemment de ce que le droit n'est qu'une application spéciale des règles de la morale à certaines activités de l'homme, et de ce que les règles de la morale sont essentiellement absolues, immuables, éternelles, préexistant non-seulement à la société civile, mais même à l'existence de l'esprit humain.

Le droit sous peine de n'être rien est essentiellement

(1) Voir *Rosmini*, Fil. del. diritto; Part. II, n° 1560, sq.

Digitized by Google

INVIOLABLE. Etant une fois démontré que telle activité personnelle de l'homme, utile à lui-même, a la sanction de la loi morale, qui impose aux autres hommes l'obligation de la respecter ; il sera éternellement vrai que les autres hommes seront tenus de la respecter, et se rendront coupables s'ils manquent à ce devoir. Cela résulte directement de l'immutabilité absolue des lois morales, inébranlables comme l'essence même de Dieu, où elles ont leur fondement. — Et cette inviolabilité est également certaine et absolue, que l'on considère les autres hommes dans un état d'isolement, ou formant entre eux des sociétés. Une société, soit qu'on la considère comme l'ensemble de ses membres, soit qu'on en fasse pour les besoins du discours un être moral distinct de tous et de chacun de ses membres, est toujours ou un ensemble de personnes morales humaines, ou une personne morale humaine unique, et, comme telle, elle est toujours tenue de respecter inviolablement les lois de la morale et par conséquent les droits que ces lois protègent.

Mais, d'autre part, *nul n'a un droit absolu à telle ou telle modalité de son droit*. J'oppose la *modalité* du droit à la *substance* même du droit. J'entends par la *substance* du droit toute l'utilité, tout l'avantage, tout le bien réel que le droit produit à son titulaire et qui forme seul l'objet direct et essentiel du droit.

J'entends par la *modalité* du droit toutes les formes extérieures que peut revêtir le droit sans diminuer en rien les avantages, les jouissances de son titulaire, mais en changeant seulement la manière dont il jouit du bien qui fait l'objet substantiel de son droit. Or je dis que l'inviolabilité absolue qui garantit la substance même du droit ne s'étend pas à ses modalités.

Digitized by Google

En effet l'inviolabilité du droit résulte de l'inviolabilité même de la personne. humaine Les autres hommes doivent le respecter, parce que la privation du bien, qui y est contenu, causerait à la personne du titulaire un mal injuste.

Mais si nous supposons qu'il s'agisse seulement d'altérer la modalité du droit, c'est-à-dire de lui faire subir un changement qui ne diminue en rien le bien qui y est contenu, il est bien évident que les autres hommes ne sont plus arrêtés par le respect dû à la personne humaine, puisque celle-ci ne souffre nullement de ce changement. Toutefois il est très-important de remarquer que ce droit qu'ont les autres hommes d'altérer la modalité de mon droit n'est pas absolu et arbitraire. En effet si ma personnalité est tout à fait désintéressée quant au droit dont il s'agit, elle souffrirait cependant de l'entrave arbitraire mise à ma liberté juridique par l'intervention des autres hommes dans l'exercice que je fais de mon droit. Les autres hommes ne peuvent donc, sous peine de causer à ma personne un mal injuste, venir réglementer la modalité de mon droit s'ils n'y ont pas un intérêt réel et présent.

Mais il en est autrement si cet intérêt existe; en effet nous avons établi que la personne n'a de droit qu'à ses actes *licites*, puisque bien évidemment la loi morale ne peut protéger comme droit ce qu'elle condamne directement; or l'usage de ma liberté *juridique* n'est licite qu'en tant qu'il ne nuit pas aux intérêts des autres hommes; mais si par l'usage de ma liberté je nuis aux intérêts des autres hommes sans le moindre avantage pour moi, je fais un acte illicite et qui par conséquent ne peut fonder un droit en ma personne. Donc dans ce cas les

Digitized by Google

autres hommes peuvent sans violer aucun droit en moi m'imposer telle modalité de mes droits qui ne nuira pas à leurs intérêts ou leur nuira moins, au lieu de celle qui leur nuit plus, et je suis obligé de me prêter à cette modification.

Ainsi, en résumé, 1° l'inviolabilité absolue de mon *droit* fait que les autres hommes ne peuvent jamais malgré moi en altérer la substance ; 2° le respect dû à ma *liberté juridique inoffensive* fait qu'ils ne peuvent altérer même la *modalité* seule de mon droit sans y avoir un intérêt ; 3° mais le défaut total d'intérêt légitime de ma part, l'obligation où je suis de vouloir le bien de mes semblables, et l'injustice de mon refus, en pareil cas, leur donnent le droit d'altérer la *modalité* de mes droits lorsque leur intérêt le demande.

Ces principes étant posés, je dis que la société civile a à la fois pour fin et pour moyen d'action « *le règlement le plus utile de la modalité de tous les droits des citoyens.* » Et je le prouve en montrant d'abord que ce rôle de la société civile répond bien à tout ce qu'on peut demander d'elle, et ensuite qu'un rôle plus étendu serait inique à la fois en lui-même et dans ses conséquences.

1° *Le règlement de la modalité des droits est tout ce que les hommes cherchent à obtenir en se formant en société civile.* En effet, il est bien certain que les hommes ne se forment en société civile que pour s'assurer la jouissance la plus complète de leurs droits ; il est évident que chaque homme, en entrant dans la société, ne veut nullement sacrifier la moindre partie de la substance de son droit, c'est-à-dire qu'il n'a nullement la pensée de diminuer la somme de biens dont il jouit : une pareille supposition serait absurde. Tout au contraire, il veut d'abord s'assurer la jouissance des droits

Digitized by Google

qu'il possède, en obtenant protection contre les violations auxquelles ils sont sujets; il veut, en outre, accroître la somme de ses jouissances en obtenant des autres qu'ils consentent à régler la modalité de leurs droits de façon à mettre le moins d'entraves possibles à l'exercice des siens.

Il ne peut évidemment demander aux autres un sacrifice réel dans la substance même de leurs droits, puisqu'il n'est pas disposé à en faire un lui-même. Mais il arrive fréquemment que, de très-bonne foi et faute seulement de s'entendre, un propriétaire exerce ses droits de telle façon que, sans en tirer aucun profit, il prive les autres d'un grand avantage, que ceux-ci pourraient retirer de la même chose ; et qu'au contraire un règlement intelligent de la manière dont ce propriétaire exerce ses droits, en laissant à chacun la même somme de jouissance, permettrait aux autres de retirer un grand bien de la même chose. Un exemple très-simple est celui de plusieurs propriétaires voisins, qui auraient le droit de passer sur les terres les uns des autres pour aller cultiver leurs champs. S'ils ne s'entendent pas, en passant chacun dans des endroits différents, ils se causeront mutuellement un grand dommage; au contraire, s'ils s'entendent pour laisser un chemin où tous passeront, le dommage causé deviendra beaucoup moindre, aucun d'eux ne souffrira de ce règlement de l'exercice de son droit, et même tous en profiteront. C'est là l'avantage que les hommes demandent à la société civile lorsqu'ils viennent à la former entre eux. Et chacun peut à bon droit demander aux autres de se prêter à ce règlement favorable, comme il doit s'y prêter lui-même, parce que personne n'y perd et que tout le monde y gagne.

Digitized by Google

En analysant ce règlement de la modalité des droits, on peut résumer sous les quatre chefs suivants les divers avantages que les hommes demandent à la société civile en la formant, et les devoirs qui lui sont imposés :

A. — Protection de tous les droits des citoyens contre les violations qui peuvent les atteindre ;

B. — Décision de toutes les questions douteuses que le rapprochement de droits rivaux peut faire naître, quant à leur extension mutuelle ;

C. — Règlement de la modalité des droits de telle façon que l'exercice du droit de chacun, sans perdre la moindre partie de sa valeur, restreigne le moins possible l'exercice de la liberté et des droits des autres hommes ;

D. — Exécution des grandes entreprises d'intérêt général, qui ne peuvent être menées à bien que par la centralisation des forces individuelles.

Il est facile de voir qu'aucune de ces fonctions n'exige que la société civile dispose jamais de la substance même du droit d'aucun des citoyens, c'est-à-dire lui cause un dommage qui ne soit pas compensé par un bien au moins égal. Si donc cette énumération est complète (et nous croyons qu'elle l'est, si l'on veut bien faire abstraction des éléments accidentels qui se trouvent presque toujours mêlés aux sociétés existantes), nous avons démontré notre première proposition, qui consiste à dire que le règlement de la modalité des droits des citoyens répond très-suffisamment à tout ce qu'on peut demander de la société civile.

2° Je dis en outre que si la société civile s'arroge le droit général de disposer de la substance même du droit d'un simple citoyen, c'est-à-dire de lui causer un dom-

Digitized by Google

mage qui ne soit pas réparé pour ce citoyen même par un bien au moins égal à celui dont elle le prive, elle commet la plus grande des iniquités, une iniquité qu'aucune raison d'État ne peut justifier, fût-ce même l'intérêt commun de tous les autres citoyens. J'affirme que le droit est inviolable envers et contre tous, que la morale est entièrement indépendante de l'intérêt, et e l'utilité du monde entier ne fera jamais qu'une action injuste devienne juste, ni qu'une action injuste pour un particulier devienne juste pour une société, qui n'est, au fond, qu'une réunion de particuliers, un aggrégat d'intérêts privés. — Or, j'ai montré qu'il est licite à un particulier de disposer, pourvu que ce soit avec modération et sagesse, de la modalité du droit d'autrui ; la société civile a donc cette faculté. Mais il n'est pas licite à des particuliers de disposer de la substance même du droit d'autrui, si ce n'est dans deux cas : ou avec le consentement du titulaire, ou lorsque celui-ci a le premier violé leur droit. La société civile n'a donc pas, hors de ces deux cas, le droit de disposer de la substance même du droit d'aucun des citoyens.

Or, voyons si l'un de ces deux motifs peut fonder dans la société un droit général de disposer des droits des citoyens. — D'abord quant au droit de disposition fondé sur un délit, que la société, dont les droits ont été violés, ait le droit d'obtenir réparation, qu'elle ait le droit de légitime défense et de prévention et que par cela même elle puisse disposer des droits du citoyen coupable, cela ne fait aucun doute. Mais il est évident que ce droit ne peut exister que contre le coupable même dont la culpabilité est avérée, et que, par conséquent, cela ne peut jamais fonder un droit général de disposer

Digitized by Google

des droits des citoyens. — Quant au droit de disposition fondé sur le consentement, on ne pourrait l'attribuer à la société qu'en vertu de ce chimérique *Contrat social*, hypothèse entièrement gratuite et fausse, démentie par les témoignages unanimes de l'histoire, et qui, du reste, ne pourrait même pas soutenir l'édifice qu'on voudrait bâtir sur elle. En effet, quand même à l'origine, les hommes qui ont formé une certaine société lui auraient conféré le droit de disposer de tous leurs droits, on ne voit pas comment cette convention pourrait lier leurs descendants, qui n'y donnent pas leur consentement. Or le consentement des descendants actuels à une pareille convention n'existe pas; il n'est ni explicite ni implicite : il n'est pas explicite, cela saute aux yeux; — il n'est pas implicite, car j'ai démontré que la société civile peut parfaitement remplir toutes les fonctions qu'on attend d'elle, sans disposer des droits des citoyens, et par conséquent la volonté chez les citoyens actuels de rester dans la société et de jouir de ses bienfaits ne peut pas impliquer le consentement à ce que la société dispose de leurs droits. Tout, au contraire, dément l'hypothèse d'un pareil consentement, puisque c'est une loi primordiale de la nature humaine, que l'homme cherche toujours à accroître ses jouissances, jamais à les diminuer purement et simplement. — Ce qui a lieu en fait, c'est qu'il y a quelquefois des conventions à l'origine des sociétés civiles; mais ces conventions n'ont jamais déterminé exactement la nature des droits qu'aurait la société, parce que les hommes n'étaient pas encore arrivés à un degré d'abstraction suffisant pour bien connaître l'étendue précise des avantages qu'ils venaient instinctivement demander à la

Digitized by Google

société civile. Ces conventions n'ont réglé que certains détails dont l'importance se faisait seule sentir alors.

J'ai dit de plus que cette théorie était funeste dans ses conséquences. Je ne développerai pas ce point; je ferai seulement observer qu'elle fonde et légitime tous les despotismes et toutes les tyrannies les plus odieuses : tyrannie d'un seul dans les autocraties; tyrannie du petit nombre sur les autres, dans les oligarchies; tyrannie de tous sur chacun ou de la majorité sur la minorité, dans les démocraties. Cette dernière tyrannie est encore la plus terrible de toutes, parce que l'intérêt de la société en lutte avec le droit privé y est plus apparent, plus violent, et, par suite, plus effronté; et, de fait, on a remarqué que les lois démocratiques sont celles qui font le meilleur marché des droits des individus.

Nous pensons donc que maintenant on reconnaîtra avec nous que la société civile a comme but et comme moyen d'action « le règlement le plus utile de la modalité de tous les droits des citoyens, » et que, par conséquent, *la législation civile qui a pour objet spécial les droits des citoyens entre eux a pour fonction d'en régler la modalité de la manière la plus utile.* Et nous croyons pouvoir prendre sans crainte cette définition comme point de départ de notre raisonnement.

De cette définition résultent plusieurs corollaires très-importants :

1° *Le rôle du législateur civil est au moins autant utilitaire que moraliste.* Son objet principal est l'utilité sociale, c'est dans la sphère de l'utile que toutes ses discussions ont à se mouvoir. Les règles de la morale et du droit naturel sont seulement les barrières qui limitent sa sphère d'action et qu'il ne doit jamais dépasser. Il

Digitized by Google

doit donc les connaître parfaitement bien ; mais il doit se borner à les constater, il ne doit jamais s'arroger le droit d'y changer la plus petite chose. Faute de bien connaître ce double rôle du législateur, négatif d'une part et positif de l'autre, on a commis en législation et dans la doctrine une foule d'erreurs plus funestes les unes que les autres. Ainsi, le législateur n'a pas à poser philosophiquement les grands principes du droit, il doit se borner à les appliquer de la manière la plus utile dans les circonstances où se trouve la société civile dont il s'occupe. Pourtant il a encore un certain rôle, purement moraliste : il doit donner des solutions même théoriques pour les cas où, dans l'état actuel des esprits, l'application pure et simple des principes qui sont dans la conscience de tous ne mènerait pas les citoyens à une solution précise, et où des prétentions contraires pourraient être soutenues avec une égale bonne foi par deux parties adverses. Et il ne dépasse pas en cela le rôle que nous lui avons assigné, car un droit contestable n'appartient pas à la substance même des droits, et chacune des parties est, même en droit naturel, tenue de se prêter à un règlement amiable de la difficulté. On voit combien encore ici les circonstances de fait, l'état de la société, dont il s'occupe, doivent influer sur les opérations du législateur.

2° *Les différences entre les diverses législations, qui ont tellement révolté certains esprits éminents, n'ont rien qui doive nous étonner.* Il est certain d'abord que l'homme est trop sujet à l'erreur, et que les sciences sociales ne sont pas assez universellement avancées pour que, dans bien des cas, les législateurs ne se laissent pas entraîner à admettre des idées complétement

Digitized by Google

fausses sur la morale et sur le droit rationnel. Mais, indépendamment de cette source de divergence, en supposant un accord complet sur les principes, on voit combien les lois des divers pays doivent différer entre elles, puisque chaque législation n'a précisément à formuler des règles que pour les circonstances spéciales où se trouve la nation à laquelle elle s'applique, et eu égard à l'état d'éducation morale de cette nation. De la sorte, les lois des divers pays doivent surtout refléter les différences existant dans les circonstances accidentelles entre ces pays, et laisser dans l'ombre les ressemblances et les rapprochements qui résultent des principes essentiels de morale gravés au plus intime de la nature humaine.

3° *C'est une grave et funeste erreur de croire que les législations civiles contiennent tous les préceptes de la morale ou même toutes les règles du droit.* D'abord les préceptes de la morale sont entièrement en dehors de leur sphère. Quant aux droits, nous avons vu qu'elles n'ont à s'en occuper qu'à deux points de vue : ou bien pour résoudre les cas douteux, ou bien, et surtout, pour en régler la modalité de la manière la plus utile. Elles pourront donc laisser en dehors de leur réglementation tous les droits dont l'application, dans l'état des esprits, ne présente pas de questions difficiles, ou pour lesquels elles n'en prévoient pas, et dont, en même temps, le mode d'exercice est indifférent pour l'utilité des autres citoyens ou du corps social en entier.— Une autre cause qui limite encore l'action des lois civiles, même dans la sphère qui leur appartient en propre, se trouve dans l'imperfection plus ou moins grande que conservent et que conserveront longtemps les notions mêmes du droit

Digitized by Google

et de la justice. Comme dans toute science, surtout dans les sciences morales, certains grands principes sont facilement aperçus ; mais une foule de points restent dans l'obscurité pendant longtemps et n'en peuvent être tirés que par le labeur incessant de la pensée humaine, par le long travail des siècles. De ce que la science est essentiellement et indéfiniment perfectible, il s'ensuit qu'elle est toujours imparfaite par quelque point. Les lois civiles reflèteront nécessairement l'état plus ou moins avancé des connaissances communément répandues sur le droit ; elles seront d'autant moins parfaites que l'intelligence de la nation sera moins avancée ; et elles se perfectionneront à mesure que les idées se développeront, s'éclairciront, et que l'on entrera plus profondément dans l'analyse des rapports juridiques.

Pour étudier philosophiquement, d'une manière complète, les applications du principe que nous avons posé dans les rapports entre la société civile et la famille, il serait intéressant au plus haut point de rechercher toutes les modalités diverses que peuvent revêtir les différents droits que fait naître la famille, et, tantôt l'histoire en main, tantôt à l'aide de la simple force créatrice de la pensée, de présenter un tableau de toutes les formes que peut revêtir la famille. Ce travail serait aussi excessivement utile au progrès des législations civiles sur ce point, en leur présentant une vue d'ensemble des divers partis qu'elles peuvent prendre dans le règlement le plus opportun pour elles de ces rapports juridiques.

Mais ce serait là une œuvre immense, demandant des connaissances et une puissance de conception dont nous nous sentons incapables ; elle excéderait d'ailleurs de

Digitized by Google

beaucoup les limites que nous nous sommes posées dans ce travail. — Nous devons donc nous contenter, après avoir bien établi et éclairci le principe général, d'en étudier seulement à grands traits les applications les plus frappantes et les plus importantes, sauf à examiner plus en détail à propos des législations que nous étudierons comment elles se sont conformées aux principes dominants de la matière.

Je remarque d'abord que la notion complète de la famille avec tous ses caractères, surtout avec le caractère de société et toutes les conséquences qui en découlent, ne peut appartenir qu'à un état de progrès intellectuel fort avancé. En effet ces rapports, assez délicats en eux-mêmes, n'appellent pas d'abord impérieusement l'intervention du législateur, à cause de la rareté relative des conflits qu'ils peuvent amener, si on les compare par exemple aux droits sur les biens; — ensuite ce qu'il y a de juridique dans ces rapports se cache facilement derrière une apparence purement sentimentale, et ils paraissent d'abord devoir être abandonnés entièrement aux mœurs publiques et privées ainsi qu'aux inspirations du cœur. Ce n'est que bien plus tard que l'on s'aperçoit que l'élément sentimental, malgré toute son importance, n'est pas le seul qui y entre. Les législateurs seront d'abord frappés par les rapports les plus extérieurs, les plus matériels, ceux qui peuvent le plus donner lieu à des conflits et intéressent aussi le plus l'économie générale, c'est-à-dire les rapports pécuniaires; plus tard seulement ils arriveront à s'occuper des rapports purement personnels, déjà beaucoup plus délicats et moins liés à l'intérêt général; ce n'est qu'en dernier lieu et dans un

Digitized by Google

état de civilisation très-avancée qu'ils arriveront à connaître à fond et à appliquer dans ses détails les rapports véritablement sociaux de la famille; rapports qui auront été seulement entrevus et appliqués par bribes et par morceaux jusqu'à ce moment.

A. — Les *rapports pécuniaires* entre membres d'une même famille appelleront l'attention du législateur sur trois points principaux et presque toujours dans l'ordre suivant : 1° les successions; 2° les droits du père de famille sur les biens de ses enfants et descendants; 3° les secours mutuels que se doivent les proches parents.

1° *Successions.* Les successions sont une des matières qui appellent le plus promptement l'attention du législateur, à cause de l'importance des intérêts qu'elles mettent en présence, des difficultés nombreuses qu'elles peuvent présenter, et de leur connexion intime avec l'intérêt public. Mais aussi c'est une des matières où le législateur aura à résister le plus énergiquement à l'entraînement de sacrifier des *droits privés* à l'intérêt public, et il n'y réussira souvent qu'avec beaucoup de peine, s'il y réussit. Mais en restant même dans les limites de sa sphère, il a encore un rôle extrêmement important à remplir : la manière dont il réglera les droits, sans les sacrifier jamais, pourra influer beaucoup sur l'économie de l'État, sur la circulation des biens, sur le commerce, sur le crédit public ou privé. Ainsi, par exemple, les règles qu'il fera prévaloir sur le mode de partage des biens entre plusieurs cohéritiers, concourant ensemble, tout en maintenant l'égalité proportionnelle entre eux, pour-

Digitized by Google

ront avoir les conséquences les plus graves sur le régime de la propriété, sur la bonne exploitation des terres, sur la stabilité des fortunes, et par suite sur l'ordre et sur la fortune publique. — En outre, le législateur aura une foule de questions douteuses à résoudre, de règles plus ou moins indéterminées à préciser; par exemple, sur la manière de calculer la proximité des degrés, de régler les droits entre plusieurs héritiers de même degré ou de degrés différents concourant néanmoins ensemble; sur la fixation du point où, d'après les mœurs du pays, le souvenir de la commune origine sera tellement effacé, qu'il n'y aura plus de véritable droit à une succession. On devra pourvoir à la solution de mille questions de fait qui pourront naître chaque jour; on devra protéger et sanctionner les droits des héritiers, et par les mesures générales de protection de la propriété, et par des mesures spéciales aux successions.

Pour tous ces objets et mille autres semblables, la loi civile pourra imposer aux citoyens de l'Etat qu'elle gouverne toutes les règles relatives au mode d'exercice de leurs droits qu'elle jugera les plus propres à empêcher les violences, à prévenir les contestations sur l'existence ou l'étendue de leurs droits, à fournir des preuves faciles en cas de contestations; à tenir compte de l'état général des mœurs, quand même sur certains points un droit se trouverait restreint dans un cas particulier par l'effet de la présomption générale. Enfin, quand le législateur se sera entouré de toutes les lumières possibles, et aura formulé les règles qu'il aura consciencieusement jugées les meilleures dans l'état actuel de ses lumières, les citoyens devront s'y conformer, quelque imparfaites

Digitized by Google

qu'elles puissent être, et quand même leurs droits en souffriraient quelque restriction ; car le bienfait de la protection sociale et de la fixité des lois compensent pour eux, en général, ce qu'ils peuvent perdre d'un autre côté, et on ne peut demander à un homme que ce qu'il peut raisonnablement faire.

Les relations entre les droits de succession *ab intestat* et le droit de disposition qui appartient au chef de famille fourniront aussi une foule de questions à résoudre par le législateur. Il lui faudra surtout beaucoup de tact, de prudence, et une connaissance approfondie de l'état moral de son peuple, pour déterminer avec exactitude à quel moment les actes de disposition du père de famille pourront être considérés comme abusifs, et quelles sont les mesures à prendre pour les empêcher ; s'il y a lieu d'employer pour cela des moyens préventifs on simplement répressifs ; quelles seront les preuves à faire dans ce cas, etc. Pour tout cela, il devra consulter les mœurs du peuple, les habitudes, les facilités qu'offre l'état actuel des fortunes et du commerce, pour voir le danger plus ou moins grand que présentent les actes du père de famille, la propension plus ou moins grande qu'il aura à les faire, et les moyens les moins nuisibles de modérer leurs excès.

2° *Droits du père de famille sur les biens de ses enfants et descendants.* Ici encore, indépendamment de la protection et des modalités communes établies pour la propriété en général, le législateur devra consulter l'état des mœurs, la facilité des entraînements, la mobilité des richesses, pour déterminer la mesure de la protection que demandent les droits de ceux que nous avons appelés

Digitized by Google

propriétaires relatifs, vis-à-vis du père, *propriétaire absolu*. Il devra aussi voir si, dans l'intérêt des enfants eux-mêmes, il n'importe pas de laisser au père une liberté d'action plus ou moins grande pour faire valoir leurs biens. Ainsi, il devra d'abord reconnaître le droit du père, et ne jamais le sacrifier, car alors ce ne serait plus en régler la modalité. Mais après cela, il verra comment il doit en réprimer les abus, soit par de simples peines, soit par des formalités protectrices, soit par la nullité des actes abusifs, soit par certaines présomptions de nullité dans des cas où la preuve de l'abus serait ou impossible ou très-difficile, soit enfin en transformant le droit même du père en un autre droit dont les abus sont moins à craindre, par exemple en usufruit. Mais il ne doit user de cette dernière faculté qu'avec beaucoup de réserve, pour ne pas entamer la substance même du droit du père; il faut que le nouveau droit, qui lui est accordé, soit organisé de façon que le père ne perde aucun des avantages qu'il attendait légitimement de son droit primitif.

Le législateur a encore un autre point à déterminer : une fois fixée la limite extrême du droit du père sur les biens de ses enfants, il faut déterminer comment ce droit variera dans l'intérieur de cette limite, suivant le développement que prendra la personne du fils; notamment ce qui devra rester au père et ce qui devra revenir au fils lorsque celui-ci sera devenu complétement capable de diriger ses actes. Ce point sera très-délicat à résoudre; car il faudra respecter à la fois les droits du père et ceux du fils sans violer l'un ou l'autre. Et ce sera une question très-importante au point de vue de l'intérêt public, puisque sa solution bonne ou mauvaise déve-

Digitized by Google

loppera ou éteindra la liberté d'action de la partie la plus jeune et la plus active de la population, et donnera à la nation ou lui enlèvera tous les fruits de cette activité. Aussi un législateur éclairé se sentira-t-il plus porté à restreindre les droits du père pendant cette période qu'à les étendre; pourtant s'il les restreint trop ou même les annule, il sortira de son rôle en violant un droit véritable. Le moyen terme à prendre ne peut être déterminé ici, comme partout, que par l'état des mœurs et des esprits; mais en tout cas ce sera un des points qui exerceront le plus la sagacité du législateur.

3° *Secours entre proches parents.* Nous avons vu que l'obligation de secours et d'aliments est vraiment juridique du fils au père et entre les membres d'une même famille restée encore sous l'autorité du chef, mais qu'elle est purement morale du père au fils, et entre parents dégagés des liens de la société paternelle. La législation civile doit bien évidemment sanctionner le premier ordre de ces obligations qui sont juridiques même dans le droit naturel; mais nous avons indiqué déjà qu'elle pouvait aussi armer d'une contrainte l'exécution du deuxième ordre de ces obligations qui ne sont que morales en dehors de la société civile. En effet en sanctionnant ces dernières elle reste parfaitement dans sa sphère, le règlement de la modalité des droits. Personne n'a droit à un acte illicite; or le refus de secours et d'aliments par un parent aisé à un parent indigent est un acte coupable; donc la possibilité de s'abstenir de donner ces secours ne constitue pas un droit. Aussi si les parents pauvres n'ont pas un droit à exiger les secours des pa-

Digitized by Google

rents riches, ceux-ci n'exercent pas non plus un droit véritable en les leur refusant; ils peuvent seulement, hors de l'état social, repousser les tentatives que l'on ferait pour les contraindre, et cela en vertu seulement de leur liberté juridique, qui ne pourrait être restreinte que s'ils violaient un droit. Dans l'état de société civile il en est autrement; la société civile a le droit de régler l'exercice de leur liberté, sans lui enlever rien de ce qui lui appartient justement; elle peut donc les contraindre à exécuter leur obligation morale de secours, car cette contrainte ne restreint en rien la sphère légitime de leur liberté juridique.

Ainsi la loi civile pourra déterminer suivant les besoins sociaux quels parents se devront secours et assistance, dans quels cas, dans quelle mesure; de quelle manière ces obligations seront remplies, etc. Elle pourra en outre dans bien des circonstances imposer aux parents certaines fonctions, certains devoirs à remplir envers leurs parents, par exemple, dans l'organisation des tutelles, des curatelles, des conseils de famille, etc.

B. — *Les rapports personnels* entre le père et ses enfants commenceront sans doute à être réglementés avant que la législation ne soit arrivée à tout son développement sur les points précédents; mais les progrès de la législation relativement aux droits personnels seront nécessairement plus lents que relativement aux droits réels, et il y a de cela plusieurs motifs:

1° Les rapports personnels sont en général susceptibles de beaucoup moins de modalités diverses que les rapports réels : les rapports réels, au moyen surtout de

Digitized by Google

la monnaie, peuvent subir mille transformations, prendre mille formes diverses sans perdre rien de leur valeur intrinsèque; au contraire les rapports personnels, existant directement entre deux personnes qui ne peuvent être remplacées par d'autres, sont presque toujours déterminés d'une manière presque invariable par les circonstances où ils sont en jeu, par la relation entre le caractère, l'intelligence, la sagesse et la prudence plus ou moins grande des deux personnes. La sphère dans laquelle peut agir la loi civile est donc en général plus limitée pour les rapports personnels.

2° L'autorité paternelle est de sa nature absolue, quoique non arbitraire; il est de son essence que le père puisse en général être le maître absolu de ses actes, le seul juge de leur opportunité, et le seul arbitre de la direction qu'il juge à propos de donner à la société qu'il gouverne. Une fois donc que la société civile aura pris des précautions pour empêcher l'abus de l'autorité paternelle ou le réprimer, il lui sera fort difficile de réglementer l'exercice de cette autorité, sans entamer cette indépendance qui est son caractère essentiel et substantiel.

3° Enfin elle y aura souvent peu intérêt, parce que le mode d'exercice de l'autorité paternelle n'intéressera pas grandement le corps social. Lorsque cet exercice n'est pas abusif, il n'est guère susceptible de limiter inutilement le droit des autres familles, parce que ses effets sont presque toujours restreints dans le sein de la famille où il s'exerce. Aussi, après la répression des abus, la société n'aura presque plus de réglementations à lui imposer.

L'action de la loi civile ne pourra donc, la plupart

Digitized by Google

du temps, porter que sur la partie purement extérieure en quelque sorte de l'autorité paternelle ; elle renfermera les trois rôles suivants :

1° *Sanction* de l'autorité paternelle, en assurant notamment le rapprochement entre le père et le fils qui en est la condition essentielle, c'est-à-dire en reconnaissant et sanctionnant le *droit de garde*. Ce droit devra pouvoir s'exercer soit contre l'enfant, même en employant au besoin la force publique pour le ramener à la maison paternelle, soit contre des tiers, au moyen d'actions fournies au père pour triompher des obstacles que ceux-ci mettraient à son droit.

2° *Garanties contre les abus*, soit par des moyens préventifs, par exemple en restreignant le droit du père dans de certaines limites au delà desquelles, dans l'état actuel des mœurs, l'abus deviendrait très-probable et très-dangereux, soit par des moyens répressifs, principalement par des peines plus ou moins énergiques pouvant aller jusqu'à la déchéance même du droit d'autorité en cas d'abus habituel. La loi pourra imposer à certaines personnes le devoir de surveiller ces abus et de les dénoncer, et les rendre responsables de ceux qu'elles n'auraient pas empêchés quand elles le pouvaient.

3° *Moyens de correction* fournis au père. Ceci est à la fois restrictif et extensif du droit du père.

C'est une restriction, parce que la loi civile, dans l'intérêt de l'ordre public, doit prohiber certaines violences exercées par les particuliers ; elle pose par là une limite à l'exercice du droit du père, lequel ne peut de son autorité privée employer des moyens nuisibles à la tranquillité publique. Mais alors en revanche la loi, pour laisser son droit même intact, doit lui fournir des moyens de

Digitized by Google

correction suffisamment efficaces pour remplacer ceux qu'elle lui enlève. Et ces moyens doivent être laissés à sa libre disposition, jusqu'à la limite du moins où une crainte légitime d'abus dans l'état actuel des mœurs peut nécessiter un certain contrôle des tribunaux.

Quant au droit d'*autorité* lui-même, à ses effets intrinsèques, la loi civile sera le plus souvent muette pour les motifs que nous avons donnés. Il y a seulement deux points sur lesquels son attention sera plus facilement attirée. D'abord la protection, qu'elle doit organiser pour les enfants encore incapables de se diriger, l'amènera à reconnaître et à organiser certains effets de l'autorité paternelle quant aux principaux actes de la vie civile qui peuvent être faits par des mineurs; par exemple le mariage, l'adoption, la consécration à la vie religieuse, etc.; elle considérera le père comme le protecteur né de ses enfants et le préférera certainement à des étrangers pour l'exercice de ces fonctions importantes. Mais ce rôle est assez restreint et est bien loin d'embrasser tout ce que renferme en elle-même l'autorité paternelle. En outre il est naturellement borné à la période de la minorité. Mais l'exercice du droit d'autorité sur l'enfant majeur sera bien plus difficilement réglé par le législateur, parce que c'est un des points les plus délicats que la science du droit puisse jamais avoir à résoudre. Aussi les législations oscilleront-elles longtemps entre deux écueils : ou annuler complétement ce droit d'autorité, ou le maintenir tel qu'il était sur l'enfant mineur. C'est pourtant seulement entre ces deux extrêmes que se trouve la vraie solution.

Il est encore une autre fonction de l'autorité paternelle sur l'enfant mineur qui attirera l'attention du lé-

Digitized by Google

gislateur, c'est le *droit d'éducation*, à cause de l'importance reconnue de l'éducation sur la vie entière des citoyens et sur la prospérité des États. S'il y a même quelque chose à craindre ici, c'est que le législateur n'intervienne trop fortement et ne méconnaisse les droits du père. Ce que le législateur peut et doit faire, c'est d'empêcher que l'éducation ne soit mauvaise, car nul n'a droit aux actes abusifs de son droit ; c'est même de forcer les parents à faire ou à laisser donner une éducation à leurs enfants, pourvu qu'on le fasse sans priver les parents des services des enfants dont ils ont besoin ; car le refus d'éducation est inique de la part des parents et ne peut constituer un droit pour eux. Le législateur peut en outre, s'il y a lieu de croire que l'initiative privée ne pourra pas mettre à la disposition du public des moyens suffisants pour l'éducation des enfants, organiser sur de larges bases l'enseignement pour toutes les classes de la société, et offrir même aux indigents un enseignement gratuit. Mais il doit le faire d'une part sans contrarier par son enseignement aucun des sentiments légitimes que les parents ont le droit d'inspirer à leurs enfants, et d'autre part sans exclure la concurrence privée, qui peut fournir un système d'enseignement qui convienne mieux à certains pères de famille.

C. — *Les rapports véritablement sociaux* dans la famille ; cette union de tous ses membres, concourant à leur bonheur commun sous une direction générale commune, mais en conservant une large part de liberté dans leurs moyens d'action, est vraiment bien digne d'attirer l'attention du législateur. Elle est d'une extrême importance pour la prospérité de l'état social ; et d'autre part,

Digitized by Google

étant une grande force, elle a besoin d'une réglementation qui en prévienne les abus, et adapte aussi les modalités de ses droits au bien commun. C'est donc une matière très-importante pour le législateur; mais c'est en même temps une matière très-délicate, dont le caractère juridique est assez difficile à apercevoir, et qui n'appartient qu'à un degré de civilisation très-avancée, à un degré auquel les peuples modernes eux-mêmes ne sont pas encore arrivés. Jusqu'au moment où le caractère de ses rapports sera bien connu, et où la science humaine aura déterminé au moins en gros leur résultat pratique, le législateur ne pourra que tâtonner sans trouver une sage réglementation de ces rapports; il suivra l'état des esprits, leurs erreurs dans un sens ou dans l'autre, et tantôt il exagérera le pouvoir du chef de famille en en faisant une autorité despotique, tantôt il l'annulera à peu près complétement. Et dans l'incertitude des principes mêmes, il s'abandonnera aux inspirations de la politique du moment qui est nécessairement étroite et extrême dans ses solutions. Mais gloire à celui qui saura, devançant les mœurs et l'opinion, trouver le juste milieu, en quelque sorte le centre de gravité sur lequel la famille s'appuiera pour trouver une base inébranlable et être ensuite le plus ferme soutien de l'ordre social tout entier!

Jetons un coup d'œil sur les rapports de la politique sociale avec la famille, d'après les principes philosophiques et d'après l'histoire du passé; peut-être y trouverons-nous des inspirations pour l'avenir.

Digitized by Google

TITRE II.

RAPPORTS ENTRE LA FAMILLE ET LA SOCIÉTÉ CIVILE AU POINT DE VUE POLITIQUE OU UTILITAIRE.

Le plus grand de tous les spectacles que nous présente l'histoire universelle, après la marche de l'humanité dans la sphère des vérités religieuses, est sans aucun doute la lutte incessante et non encore épuisée entre la famille et la société civile, ces deux grandes forces naturelles de l'humanité cherchant à travers les âges l'équilibre final qui doit les harmoniser pour le bonheur du monde entier. L'une, la famille, est essentielle à la nature humaine; l'homme n'existe que par elle, ne peut exister hors d'elle, si ce n'est dans des cas rares et exceptionnels. L'autre, la société civile, pour n'être pas aussi essentielle à la nature humaine, est néanmoins la loi suprême de son existence et de son progrès; dès que les races se multiplient, l'homme est entraîné vers elle par un instinct providentiel, comme vers le seul état qui rende possible la coexistence d'un grand nombre d'individus sur un espace de terre limité, et qui puisse donner le plein développement à leurs forces individuelles ou collectives.

Dans le plan de la Providence, ces deux grandes puissances sont faites pour concourir merveilleusement par leur accord au bien-être et au perfectionnement de l'humanité : la famille décuple les forces individuelles en les réunissant en faisceaux; la société civile les har-

Digitized by Google

monise et les coordonne; — la famille crée les éléments qui doivent former le grand tout; la société civile les organise et les vivifie; — la famille fournit la masse d'un corps puissant, les muscles, les nerfs et les os; la société civile est le souffle qui l'anime et qui le fait courir dans l'arène vers le prix promis à ses efforts. Et de même que le corps sans sa masse ne pourrait pas se soutenir et prendre un point d'appui pour s'élancer, et que, sans le souffle qui l'anime, il ne serait qu'un poids inerte et immobile, de même la société civile sans la famille, ou la famille sans la société civile, sont également faibles et impuissantes. De même encore, si l'une l'emporte trop sur l'autre, l'équilibre est rompu et le corps entier est maigre et imparfait.

La famille ne renferme pas seulement un élément d'attraction, elle renferme aussi un élément de répulsion : plus grande est la force qui unit entre eux les descendants d'une même souche; plus énergique est l'exclusion qu'ils prononcent contre ceux qui ne sont pas du même sang. L'exagération du sentiment de famille peut donc facilement devenir une cause de dissociation entre les hommes, si une unité supérieure ne vient tempérer ce sentiment en offrant aux diverses familles un but commun à poursuivre et en leur faisant sentir les bienfaits de la concorde. D'autre part, la puissance d'unification de la société civile n'est pas moins dangereuse quand elle est exagérée; car elle tend à absorber toutes les forces individuelles, à anéantir l'individu devant la masse entière du corps social, et elle marche nécessairement au despotisme et à la mort du corps social entier; car la vie d'un être, c'est l'action intérieure de toutes ses forces, et si cette action, pour

Digitized by Google

être puissante, exige une certaine unité, elle n'exige pas moins la variété et la distinction de ces forces. Par un admirable dessein de la Providence, l'unité devait embrasser la variété, et la variété se fondre dans l'unité. Les forces particulières devaient s'équilibrer avec la force totale; partout une réaction égale à l'action devait entretenir l'harmonie de toutes les puissances, en faciliter le jeu et donner à l'humanité entière une vie énergique et sans défaillances.

Mais les passions de l'homme ont détruit l'harmonie du plan divin : son égoïsme a exagéré le sentiment de famille, et des races entières se sont endormies du sommeil léthargique de l'Orient; son orgueil et son ambition ont exagéré l'unité sociale, et les civilisations les plus florissantes se sont ensevelies dans le despotisme d'un seul ou de tous suivant les pays; et l'Occident s'est courbé dans la poussière sous le genou du tyran romain. Mais la Providence veillait sur son œuvre; elle tenait en réserve les *barbares* pour rendre à l'Occident la famille qu'il avait perdue, et elle avait fait naître dans *le christianisme* une nouvelle puissance, chargée de réunir sous son égide ces deux grandes forces expirantes, de les amener à s'embrasser et de faire sortir de leur embrassement une nouvelle ère de progrès et de lumières.

Telle est la marche générale de l'humanité. Entrons un peu dans les détails. Nous avons dit que la famille est l'élément de stabilité; la société civile, l'élément de mouvement et de progrès. Nous allons voir les faits confirmer cette théorie.

On a remarqué que les trois grandes races d'hommes qui se partagent le globe sont caractérisées par les traits généraux suivants : chez la race nègre qui

Digitized by Google

peuple l'Afrique, peu ou point de civilisation : l'état sauvage ou un état peu élevé au-dessus de l'état sauvage; — chez la race jaune qui couvre l'Asie, un commencement de civilisation, un développement très-précoce du progrès intellectuel et industriel ; puis, tout à coup, un arrêt inexplicable dans la marche ascendante de l'esprit humain; les peuples s'endorment pour des siècles dans une demi-civilisation qui ne sait plus faire un pas en avant ; — dans la race blanche enfin, répandue en Europe et sur les côtes de la Méditerranée, un progrès, plus tardif sans doute, mais beaucoup plus considérable ; les civilisations arrivant au plus brillant éclat, à la force la plus puissante, et ne trouvant de point d'arrêt que dans l'excès même de leur activité qui les épuise ; les peuples se relevant toujours de leurs chutes passagères pour reprendre leur marche en avant, et en dernier lieu rêvant un progrès indéfini qu'ils se sentent la force d'accomplir. Or, quel a été dans chacune des trois races diverses le développement corrélatif de la famille et de la société civile? Dans la race nègre, la famille est tout, la société civile n'est rien ; — dans la race asiatique, la société civile a pris d'abord un certain essor; mais elle n'a pu vaincre la résistance qu'opposait la famille et sa marche a été entravée ; — dans la race blanche, pendant longtemps, la société civile a été tout; alors elle s'est élancée vigoureusement en avant, mais elle n'a pu se tenir debout; elle est tombée; puis la famille y a repris un rôle, et les bases de la société civile se sont affermies, et l'on a repris confiance dans l'avenir.

Voyez ces peuplades innombrables qui couvrent l'immense continent de l'Afrique, elles ne sont pas autres maintenant qu'elles n'étaient il y a cinquante siècles.

Digitized by Google

Les premiers enfants de Cham qui s'aventurèrent dans ces contrées inconnues ne valaient pas moins que ces tribus sauvages, qui augmentent encore pour le voyageur les dangers de leur pays inhospitalier. Ils avaient sans doute quelque intelligence de plus et quelques vices de moins. Dans cette race disgraciée de la nature, le sentiment égoïste et exclusif s'est développé outre mesure, alimenté par l'orgueil de la force individuelle et par une certaine férocité de nature, et les liens si doux de la famille ne s'y alimentent plus que de la vanité de la race, et de la haine pour tout ce qui ne lui appartient pas. Là l'enfant suce avec le lait l'envie et l'exécration de toute puissance extérieure; il ne vit que des féroces exploits de son père, et n'a qu'un vœu, c'est de conquérir lui-même par de semblables hauts faits sa place de chef de famille. Là, l'ennemi, c'est tout ce qui ne vit pas sous le même toit; la guerre est au seuil de toutes les tentes, à la porte de toutes les cabanes; et si quelques familles parviennent un jour à se réunir pour lutter contre un danger commun, alors la guerre de tribu à tribu remplace pour un temps la guerre de famille à famille, toujours prête à renaître au moindre instant propice et sous le plus futile prétexte. C'est ainsi que rien de stable n'a jamais pu être fondé au milieu de ces innombrables populations. C'est ainsi qu'une race, essentiellement guerrière, n'a jamais eu de conquérants. L'égoïsme, dissolvant de la famille, s'est toujours opposé à la formation d'une unité capable de vivre et de se mouvoir. Et la race de Chanaan a épuisé ses forces à redire, contre elle-même, à chaque génération, de village à village, de cabane à cabane, la malédiction de Noé.

Quelles étaient belles, florissantes, vigoureuses,

Digitized by Google

riches de présent, plus riches encore d'avenir les jeunes nations de l'Asie ! Lorsque le reste du monde était encore désert ou enseveli dans les ténèbres de la barbarie, elles comptaient déjà des siècles de prospérité. Babylone et Ninive avaient étonné la terre encore nouvelle de leurs splendeurs. L'Égypte, l'Inde, la Chine avaient, dès les siècles les plus reculés, atteint un degré de civilisation qui fait encore notre admiration aujourd'hui : les lettres, les sciences et les arts concouraient à l'éclat et au bien-être de ces peuples. Ils avaient accompli des prodiges de force et de patience, et leurs monuments ont défié la main destructive des siècles. L'agriculture avait atteint chez eux une perfection remarquable; ils étaient déjà en possession de ces merveilleuses inventions qui ont fait la grandeur et la puissance de l'Europe moderne. Que ne devait-on pas attendre d'une fécondité si précoce? Et pourtant, que vois-je? Quelle force inconnue a arrêté ce beau fleuve dans sa course ? Tout est stagnant : l'éclat se corrompt dans le luxe ; les lettres se taisent ; les arts sont stériles ; les sciences se perdent dans de vaines formules ; l'industrie et l'agriculture s'épuisent dans la routine. Ces générations, déjà fatiguées de leur marche en avant, s'asseyent sur le bord du chemin, et s'endorment pour une longue suite de siècles.

Ah ! c'est qu'à travers ces vastes contrées, au milieu de tant d'agglomérations d'hommes, je cherche en vain une société civile puissamment organisée. Je vois des individus, je vois des familles, je vois aussi des princes et des puissants, mais je ne vois pas une seule nation véritable. Et si je cherche la cause de ce fait, je la trouve dans la richesse même, dans la douceur de ces climats, qui fit d'abord la prospérité de ces peuples. Trouvant

Digitized by Google

facilement et en abondance tous les produits nécessaires à la vie, ou les obtenant sans peine, n'ayant pas à lutter contre les difficultés qui assiégent les hommes dans d'autres climats, les populations ne sentirent pas de besoins auxquels ne pût suffire le régime de la famille. Ces luttes ardentes qui naissent ailleurs pour la possession des premières nécessités de la vie, et qui appellent une conciliation et un règlement intelligent de l'exercice des droits, n'eurent pas lieu dans ces pays favorisés. Les peuples, heureux dans la vie de famille, ne sentirent pas d'abord le besoin d'un gouvernement plus actif et plus vigilant. Aussi les gouvernements ne purent jamais, chez ces nations, acquérir de l'unité et de la force; jamais le peuple ne se serra contre son chef pour lui demander une protection plus efficace; jamais les familles ne sentirent le besoin de former entre elles une ligue plus puissante. Ou lorsque ce besoin se fit sentir, il était trop tard; la décadence était venue rapidement, et les âmes n'avaient plus l'énergie nécessaire pour créer une forte unité. Aussi les gouvernements passaient sur ces peuplades sans y jeter de racines; couvrant facilement de vastes étendues, parce qu'ils ne sentaient pas de résistance, ils n'avaient pas néanmoins de solidité, parce qu'ils ne pouvaient pas s'assimiler les familles, et le moindre peuple fortement organisé, comme les Juifs ou les Grecs, pouvait facilement leur tenir tête et même les ébranler et les renverser. L'histoire de l'Asie n'est pas l'histoire des peuples, c'est uniquement l'histoire des dynasties qui ont passé au-dessus d'eux. C'est un flux continuel de conquêtes plus faciles les unes que les autres, mais aussi peu stables les unes que les autres. Pour ne parler que de l'Asie centrale, le commencement de ces inon-

Digitized by Google

dations périodiques se perd dans la nuit des temps : Assyriens, Babyloniens, Égyptiens sous Sésostris, Mèdes, Perses, Grecs, Romains, Parthes, Perses de nouveau, Arabes, Turcs, Tartares, Mongols, couvrent successivement ces immenses surfaces et se poussent mutuellement comme un flot pousse l'autre. La facilité des conquêtes était précisément la cause de leur ruine : un peuple relativement peu nombreux, mais conservé encore fort et courageux, pouvait conquérir toute l'Asie ; mais l'étendue même de son empire l'affaiblissait, et le livrait sans défense aux influences pernicieuses d'un luxe raffiné et d'un climat énervant. Le sort de la Chine a été exactement le même.

En Egypte et dans l'Inde un pas de plus avait été fait vers la société civile ; on avait obtenu plus d'unité et partant plus de force. Mais cette unité factice et incomplète n'avait pu se reposer que sur la division en *castes*. La caste n'est que la famille un peu étendue ; elle a conservé tous les préjugés et tous les sentiments exclusifs, qui naissent dans la famille abandonnée à la corruption de la nature humaine ; elle exagère même ses défauts, parce qu'elle se sent plus forte. Aussi la caste est l'adversaire née de la vie sociale, du mouvement et du progrès. La caste a été le tombeau des civilisations indiennes et égyptiennes.

Plus heureuses furent les nations de l'Europe et du bassin de la Méditerranée : les sociétés civiles, commencées plus tard, s'y organisèrent fortes et puissantes, et atteignirent un degré de perfection inconnu partout ailleurs, et à leur faveur la civilisation jeta un éclat sans pareil. C'est qu'elles furent merveilleusement préparées à ces hautes destinées par la manière dont furent peu-

Digitized by Google

plés ces pays. La colonisation, et surtout la colonisation maritime, est admirablement propre à disposer les peuples à la société civile. Les grandes migrations de peuples qui ont lieu par terre se font sans changer notablement les habitudes de ces peuples, portant avec eux leur patrie pour ainsi dire, emmenant leurs femmes et leurs enfants, et se trouvant assez nombreux sur le territoire envahi pour s'y maintenir sans modifier leur organisation, sans desserrer les liens de leur famille ou de leur tribu pour se fondre dans une unité plus résistante. Dans la colonisation par mer, tout le contraire arrive : des hommes hardis et entreprenants quittent leur patrie en rompant tous les liens qui pourraient entraver leur libre action ; ils ne peuvent pas emmener avec eux leur famille ; ils arrivent dans un pays inconnu ou hostile, ayant tout à créer, obligés de s'organiser fortement pour vaincre la résistance des indigènes et conquérir leur place au soleil, et l'unité nécessaire à la lutte les prédispose merveilleusement à former une société civile.

En outre, quittant des pays arrivés déjà à un certain degré de civilisation, puisque la navigation ne peut appartenir qu'à un peuple déjà développé, leurs idées sont plus avancées, ils comprennent plus facilement les nécessités de leur situation, et saisissent plus facilement les moyens de remédier à leurs maux. La colonisation maritime a donc été le grand moyen employé par la Providence pour desserrer les liens, devenus trop étroits, de la famille, et permettre l'entier développement de la société civile.

C'est ce qui explique pourquoi les bords de la Méditerranée, si propres aux expéditions maritimes, ont été

Digitized by Google

le théâtre heureux de son plein épanouissement. Et même une seule colonisation n'a pas suffi le plus souvent : il a fallu que trois, quatre couches d'étrangers vinssent couvrir les rivages de la Grèce ou de l'Italie avant que les civilisations que nous admirons pussent y prendre tout leur essor. Rome elle-même ne dut l'existence qu'à une dernière émigration d'hommes hardis et énergiques, ayant brisé tous liens avec les sociétés existantes, n'ayant pour subsister que la force de leurs bras et de leur union, et demandant à la violence jusqu'à leurs épouses et leurs nouvelles familles.

Mais l'homme, avant le christianisme, corrompu dans son cœur et privé de la juste notion de lui-même et de Dieu, ne pouvait pas arriver à l'exacte pondération de ses forces. La société civile ne pouvait résister aux funestes effets des passions humaines qu'en s'armant d'une force exagérée, en absorbant tout en elle, en faisant violence aux sentiments les plus primitifs de la nature humaine, et la famille fut sacrifiée comme tant d'autres droits sur l'autel de l'Etat.

Sparte est la république de toute l'antiquité qui a le plus longtemps conservé ses institutions et sa force, parce qu'elle était organisée plus énergiquement et plus violemment qu'aucun autre Etat. Qu'y était la famille? Rien, pas même un mot; l'enfant était l'enfant de l'Etat, devait tout à l'Etat, appartenait tout entier à l'Etat, ne connaissait que l'Etat. Aussi la grandeur de Sparte n'était qu'une grandeur factice, un édifice hardi, tenu en équilibre par des moyens violents, et qui devait s'écrouler dès que ses étais faibliraient. Aussi à peine une porte fut-elle ouverte aux sentiments naturels, elle tomba immédiatement en poussière, comme un corps

Digitized by Google

vermoulu qui ne peut résister au contact de l'air extérieur.

A Athènes, la famille du moins n'était pas condamnée expressément par les lois, mais rien ne l'y entretenait. Au contraire, toutes les institutions combattaient son esprit : les exercices en commun, la vie de la place publique, et surtout cet amour effréné de l'égalité quand même, la passion démocratique poussée jusque dans ses dernières limites et ennemie de toute force étrangère à l'assemblée du peuple. Athènes, grâce à ses institutions plus douces, put s'élever bien plus haut que Sparte, pour les lumières et la civilisation ; mais n'étant pas assise sur des bases plus naturelles, et étant moins violente que Sparte, elle résista moins longtemps à l'invasion d'idées étrangères, qui affaiblirent ses institutions, et elle périt par où elle avait péché : par l'instabilité d'une assemblée populaire sans contre-poids, livrée comme le sable au premier souffle de vent qui passe.

A Rome, si l'ensemble des institutions n'est pas plus naturel que dans les autres républiques de l'antiquité, la famille du moins paraît au premier abord religieusement respectée et même très-fortement organisée. Et certes, il y a là une sagesse profonde et une prévoyance remarquable du législateur. Mais cette approbation est bientôt démentie par une étude plus attentive de cette organisation.

La famille n'est ainsi organisée qu'en vue de l'Etat, et comme mandataire de l'Etat. Elle n'est pas fondée sur les sentiments naturels, elle est fondée sur la *puissance*. Et le père n'a pas une autorité de père, mais une puissance de maître et de tyran. Tout est factice dans cette organisation ; les liens du sang ne sont pas considérés,

Digitized by Google

mais uniquement la volonté arbitraire du législateur ; la dignité de la mère est méconnue, elle n'est que la première esclave du père, tout au plus la sœur aînée de ses enfants; la parenté par les femmes n'est rien, celle par les hommes est tout; les enfants sortis de la puissance du père n'ont plus aucun lien avec lui ; le fils, même, encore en puissance, n'a aucun droit vis-à-vis de son père ; quel que soit son âge, sa vertu, son intelligence, il doit plier, il doit se taire, il ne peut faire un mouvement dans la vie civile sans l'ordre de son père. Enfin, pour couronner l'œuvre, le père a le pouvoir le plus incompatible avec l'autorité paternelle, le droit de vie et de mort sur la personne de ses enfants; les exemples de l'exercice de ce droit dans l'intérêt de la république peuvent tourner à l'honneur de ceux qui les ont donnés, et encore faudrait-il démontrer qu'ils avaient encore des cœurs de pères, et qu'ils immolaient un grand sentiment à ce qu'ils croyaient un grand devoir. Mais ces exemples sont un stigmate ineffaçable contre une constitution qui avait besoin pour subsister d'inspirer de pareils héroïsmes, et d'imposer comme un devoir de semblables monstruosités.

Aussi qu'arrive-t-il? La nature humaine est plus forte que le législateur ; les sentiments humains, la morale font irruption peu à peu dans la famille romaine. En résulte-t-il un bien réel pour la famille? Tout au contraire elle s'affaiblit et dépérit. Et l'on assiste dans cette matière comme en tant d'autres à l'affligeant spectacle d'une législation qui s'améliore au point de vue universel, et qui se détruit au point de vue spécial de l'Etat qu'elle gouverne: on voit les sentiments naturels et la morale, à mesure qu'ils entrent dans les lois, s'exi-

Digitized by Google

ler des mœurs. Et l'on ne sait si l'on doit plus se réjouir du triomphe de la vérité, ou s'attrister des funestes conséquences qu'il entraîne. C'est que Rome, comme toutes les républiques anciennes, n'était grande que par sa constitution, et que sa constitution faussait la nature humaine ; la nature humaine se vengeait en sapant cette constitution et par suite la grandeur artificielle de Rome.

Déjà sous Auguste le péril était devenu menaçant. Ce prince, avec un profond regard politique, s'aperçut que la vie s'en allait du corps social, et sentit que c'était à la famille qu'il fallait demander le remède de ces maux ; les plus fameuses lois de son règne eurent pour but de régénérer la famille. Mais ces lois furent inefficaces : outre qu'elles n'allaient pas directement à leur but, il faut reconnaître que la famille romaine était morte et bien morte, et que les mœurs n'étaient plus ni assez pures ni assez vigoureuses pour recréer une famille sur d'autres bases. La suite de l'histoire le prouve bien : en vain les plus grands jurisconsultes, dont les ouvrages ont inspiré presque toutes les législations de l'Europe moderne, perfectionnèrent les lois sous l'influence d'abord cachée, puis évidente, du christianisme. En vain le pouvoir exorbitant du père fut tempéré, et cet affreux droit de vie et de mort supprimé ; en vain la mère fut rétablie à son rang au moins dans les successions ; en vain les droits des enfants émancipés et ceux des parents par les femmes furent reconnus. Rien ne peut régénérer la famille éteinte ; et les lois de Justinien, qui reconnurent au fils un véritable droit sur ses biens propres, et qui rétablirent un ordre naturel dans les successions furent seulement le chant du cygne de la légis-

Digitized by Google

lation romaine. Le torrent de l'invasion barbare allait emporter sans retour le colosse romain.

Les Barbares apportaient au monde civilisé le sentiment vrai et les mœurs de la famille qu'il avait perdu. Le christianisme avait bien rendu au monde la vraie idée de la famille, en rétablissant à la fois les devoirs des enfants et ceux des parents; mais son action lente et profonde avait besoin, pour passer dans l'ordre des faits sociaux, que la civilisation, dégénérée, abâtardie et épuisée, fût renouvelée par un élément nouveau, sympathique à la cause de la famille.

En Germanie la société civile était fort peu développée, et c'est une des raisons du peu de progrès intellectuel chez les peuples qui l'habitaient. L'association civile ne s'était jamais élevée plus haut que la tribu, si ce n'est dans quelques rares occasions, et encore uniquement sous forme de ligue temporaire. Le pouvoir social dans la tribu était fort peu énergique et peu étendu hors des cas de guerre; et le lien qui unissait les individus à la tribu était même si peu étroit que chacun pouvait à son gré changer de tribu. Tous les éléments de sociabilité se réduisaient aux rapports de famille et aux extensions que ces rapports avaient prises. La famille germaine se présente avec deux caractères tout à fait originaux : 1° le *mundium*, ou le pouvoir essentiellement protecteur des parents sur leurs enfants, et du mari sur sa femme; 2° la *solidarité* entre les membres d'une même famille même en ligne collatérale, pour la réparation des crimes commis, soit par un de ses membres, soit contre un de ses membres; *solidarité* qui impliquait une communauté d'action fort énergique et une certaine copropriété dans les biens des

Digitized by Google

parents entre eux; enfin qui conservait à la famille son caractère essentiellement social. Ce qui faisait la profonde moralité et la grande puissance de la famille germaine, c'est que dans les rapports entre ses membres l'idée du devoir précédait l'idée du droit : le devoir était mis en lumière, le droit restait un peu dans l'ombre. Le père n'a de pouvoir sur ses enfants que pour leur bien; et si ce pouvoir peut et doit être considéré comme un bien pour lui, c'est avant tout parce qu'il peut l'employer pour le bien de ses enfants et se dévouer lui-même pour eux. Vérité d'une profondeur et d'une fécondité étonnantes, qui avait échappé à toutes les législations de l'antiquité, et et qui, prêchée par le christianisme et mise en œuvre par les Germains, est appelée à renouveler la face de l'histoire en donnant aux sociétés civiles une base qui leur avait toujours manqué, un auxiliaire qui ne peut plus devenir un tyran, du moins d'une manière durable. Mais l'homme, toujours faible par quelque côté, et allant souvent d'un excès à un autre, ne peut pas trouver immédiatement son assiette inébranlable, et l'équilibre des deux forces contraires ne devait être l'œuvre que de longs siècles et de l'action lente, mais profonde, du christianisme.

Déjà en Germanie l'esprit de la famille s'était étendu au delà de sa sphère naturelle, et était devenu dans cette extension le principal lien social entre personnes n'appartenant pas à la même famille. Le *mundium* que le père de famille exerçait originairement sur ses enfants s'était étendu à des étrangers qui venaient se placer volontairement sous sa protection, lorsqu'il était puissant, et qui, devenu ainsi comme une nouvelle fa-

Digitized by Google

millé adoptive, participaient aux avantages moraux et matériels de sa vaillance et de son influence, et lui rendaient des devoirs de dévouement et de fidélité analogues à ceux des enfants envers leurs parents.

Lorsque les Germains se furent établis dans l'empire romain, et eurent été convertis et à moitié civilisés par le christianisme, ils prirent naturellement une partie des idées répandues dans le pays conquis. Grâce à ces idées, le principe de la société civile, si énergiquement, même trop énergiquement organisé dans l'empire, dut faire beaucoup de progrès dans leur esprit; les traditions d'unité et de centralisation, si profondément enracinées dans les mœurs des vaincus pénétrèrent aussi dans l'âme des vainqueurs, et la restauration de l'empire romain d'Occident par Charlemagne est la preuve la plus éclatante de la vivacité de ces traditions. Mais il était impossible que les Germains n'apportassent pas aussi les idées et les habitudes de leur patrie; cet esprit de famille, cette protection du grand propriétaire sur ceux qui l'entouraient, protection achetée par la soumission de ceux-ci, subsistait toujours au fond de leurs âmes, et toutes les idées de puissance sociale, de souveraineté de l'Etat tournèrent au profit de cette institution, et la pervertirent en l'exagérant. Le *mundium* conserva de la puissance paternelle ce que celle-ci a d'absolu; mais il perdit peu à peu le sentiment du devoir qui la tempère; par l'influence des idées romaines sur la puissance sociale, sacrifiant tout à l'intérêt de l'Etat, il prit le caractère de souveraineté despotique, faisant prédominer avant tout la volonté et l'intérêt du maître et réduisant les inférieurs à un état de servilité. Ainsi naquit la *féodalité* système violent et grossier, qui devint le résumé

Digitized by Google

de tous les despotismes, en prenant de la société civile ses formes les plus abusives, pour en revêtir en la pervertissant la société paternelle, sans faire perdre à celle-ci son esprit naturel d'isolement et d'exclusivisme. De la sorte, l'Europe, sous l'apparence de quelques unités plus ou moins factices, se trouve divisée entre une multitude infinie de petites familles seigneuriales, souveraines, tyranniques dans leur petite sphère, où tout était une annexe ou une propriété de la famille, et hostiles à tout ce qui se trouvait au dehors. Ainsi l'Europe avait perdu les bienfaits de l'unité; passant d'un extrême à l'autre, de la tyranie de l'Etat elle était tombée dans la tyrannie de la famille. Et la famille, corrompue, pervertie par l'ambition des hommes, s'exaltant par l'orgueil de sa domination, exagérait toutes les nobles tendances qu'elle renferme et se revêtait de tous les dehors les plus abusifs dont elle soit capable; c'est alors que sont nées toutes ces institutions fausses et injustes qui ont si longtemps pesé sur l'Europe, même après la chute de la féodalité : les prétendus droits d'aînesse et de masculinité, les substitutions à l'infini, les réserves coutumières et les retraits. En même temps qu'elle exagérait en elle toutes ses forces, dont la puissance l'enivrait, la famille cédait à la pente naturelle qui l'entraîne lorsqu'elle sort de ses justes limites; elle vouait une haine implacable à tout ce qu'elle ne pouvait pas absorber dans son sein, et la guerre perpétuelle, acharnée, inextinguible, était à tous les degrés de l'échelle sociale. Pauvre Europe ! que lui avaient servi tant d'années de gloire et de civilisation ? N'était-elle pas redescendue au niveau social des hordes sauvages de l'Afrique? N'allait-elle pas périr sous ce réseau de fer dont les anneaux

Digitized by Google

tranchants pénétraient jusqu'au plus vif de ses chairs épuisées?

Mais non, le temps est passé où les décadences sont sans remède et où les nations peuvent mourir. Un nouveau principe d'immortalité a surgi dans les âmes avec le christianisme. L'activité humaine, devenue indéfinie par le commerce avec l'infini, peut sommeiller quelquefois, mais elle ne peut plus s'endormir sans retour. Sous le sommeil léthargique de la féodalité, un travail lent d'unification se faisait dans les âmes, et des besoins nouveaux devaient appeler naturellement à leur aide la force, presque oubliée, mais toujours puissante de la société civile. Le premier enseignement pratique de la sociabilité partit encore de l'Eglise chrétienne, et les *croisades* apprirent aux nobles comme aux roturiers qu'il était possible de se rencontrer dans une pensée commune, et que les forces humaines se centuplaient par cette union.

Les traditions romaines n'avaient jamais complétement disparu; le clergé tout entier notamment continuait à être régi par les lois romaines, et l'extension de la juridiction et de la protection ecclésiastiques augmentait considérablement l'empire et l'influence des souvenirs de la société romaine. D'autre part les seigneurs, ne voyant dans leur pouvoir que ce qui servait directement leurs intérêts ou leurs passions, avaient souvent négligé et laissé échapper de leurs mains plusieurs des fonctions les plus importantes de la société civile, notamment la justice. De là ces deux conséquences, d'abord que l'insuffisance de leur protection devait bientôt se faire sentir, et ensuite qu'ils fournissaient des armes à ceux qui devaient devenir leurs

Digitized by Google

adversaires. Supposez qu'une cause puissante fasse sentir aux populations le besoin d'une garantie plus efficace de leurs droits, la puissance de l'association leur est instinctivement révélée; les traditions romaines leur en fournissent les éléments, et les débris des fonctions civiles laissées ou revenues entre leurs mains sont les premiers remparts de leurs libertés. L'enrichissement des bourgeois par le commerce fut la cause qui réveilla puissamment en eux l'instinct de la conservation et de la sûreté de leurs droits, et cette cause donna naissance aux *communes*, premiers éléments des sociétés civiles modernes. Timides d'abord, presque opprimées et anéanties par la jouissance seigneuriale, elles grandirent peu à peu, se fortifièrent, s'unirent entre elles pour former des sociétés plus vastes, humilièrent le pouvoir des familles seigneuriales, et finirent ou par les englober dans leur sein ou du moins par leur imposer l'organisation et les devoirs de la société civile. Ainsi les usurpations, un moment victorieuses de la famille sur l'Etat, furent enfin réprimées; les sociétés modernes naquirent, se firent leur place au soleil. La civilisation était de nouveau sauvée : elle s'étendit, s'affermit, assura ses bases, et le mot de *progrès* retentit pour la première fois dans la vie des nations, sûres du présent et pleines d'espoir dans l'avenir.

Ce fut une lutte longue et acharnée que celle qui s'éleva dans le sein des sociétés civiles nouvellement constituées entre l'élément social et l'élément seigneurial. Et cette lutte sur bien des points n'est pas encore terminée. Il est curieux de suivre ses péripéties et ses divers résultats jusqu'à ce jour dans les principales nations de l'Europe.

Digitized by Google

Dans l'Allemagne, plus profondément imbue des traditions germaniques, et plus lente à se mouvoir, le mouvement communal fut moins prononcé que partout ailleurs ; il ne triompha que dans quelques villes et ne fit pas de révolution sociale. Sauf la formation de deux grandes masses territoriales, dues bien plus à la conquête et aux influences dynastiques qu'aux influences sociales, l'Allemagne resta et reste encore divisée, comme au moyen âge, entre une infinité de familles rivales et longtemps ennemies. Cette poussière d'état n'est arrivée à la vie sociale que par une marche lente et insensible, sans aucune action puissante des peuples eux-mêmes, mais par l'influence directe des souvenirs romains et des idées étrangères, surtout des idées françaises, sur les maisons souveraines. Maintenant seulement après tant d'exemples, accumulés par les autres nations, après tant de progrès réalisés par elles, la pensée d'unité commence à se faire jour, et l'Allemagne commence à vivre d'une vie propre, au lieu de se laisser traîner sur le fleuve de la civilisation à la remorque de ses voisins plus hardis et plus avancés.

L'Angleterre, avec le merveilleux esprit pratique qui la caractérise, est arrivée plus promptement qu'aucune autre nation de l'Europe à un certain équilibre entre l'élément social et l'élément seigneurial. Cela tient à plusieurs causes : d'abord les nombreuses conquêtes dont elle fut le théâtre et qui en ont fait la colonie de presque toutes les races de l'Europe, empêchèrent que l'esprit de famille ne pût y prendre le développement exorbitant qu'il prit ailleurs. Lorsque la féodalité y fut établie après la conquête normande, l'esprit d'indépendance, la résistance des intérêts privés à l'ambition des

Digitized by Google

nobles avaient déjà pris assez de consistance dans les villes et les bourgs pour qu'il fût impossible aux familles seigneuriales d'absorber cet élément social et d'établir leur domination tyrannique sur le pays. En outre cette féodalité constituée en une seule fois de toutes pièces par Guillaume le Conquérant tenant tout de ce prince fut constituée dans un état de dépendance, vis-à-vis du roi, beaucoup plus grand que partout ailleurs : le roi limita le pouvoir des familles nobles, et par des stipulations légales, et par les places fortes qu'il conserva pour lui dans tout le royaume. Jamais donc la société civile ne fut étouffée sur le sol anglais par la prédominance de la famille. Il en résulta pour l'Angleterre un autre avantage, c'est qu'elle évita aussi les abus de la puissance civile entre les mains du roi. Les barons anglais et les communes ayant déjà leur existence propre et leurs droits réciproques à peu près assurés, n'eurent jamais de lutte à soutenir les uns contre les autres ; au contraire ils se trouvèrent des alliés naturels contre les empiétements de la couronne, et leurs forces réunies purent toujours modérer l'excès du pouvoir souverain. De là ce fait remarquable que dès le commencement du XIII^e^ siècle les droits des communes en Angleterre étaient constitués et reconnus au même degré que les droits des barons, par les grandes chartes de Jean-Sans-Terre et de Henri III. On a fait trop d'honneur à la noblesse anglaise en attribuant à son désintéressement éclairé tout le mérite de cette stipulation (1) : elle a sans doute eu le bon sens de ne pas faire passer l'orgueil de race et les préjugés avant les intérêts qui l'unissaient aux bourgeois ; mais hors de cela, c'était la force même des choses qui la

(1) Blackstone's commentaries on the Laws of England, t. 1.

Digitized by Google

poussait à s'allier à eux et par conséquent à stipuler pour eux et avec eux des garanties constitutionnelles. Grâce à cet heureux concours des circonstances et du sens politique de la nation, l'Angleterre est arrivée très-promptement à un état de société civile très-avancé, qui, après avoir reçu son couronnement par la révolution de 1688, lui a permis de parvenir à une civilisation et à une puissance étonnantes. C'est qu'un sage tempérament avait fondu dans le sein de la nation la société civile et la famille, sans développer l'une au détriment de l'autre. Mais pourtant cet équilibre n'est pas définitif, la famille s'y est conservée avec des exagérations abusives : les droits d'aînesse et de masculinité, si contraires à la nature et aux principes rationnels de la famille ; les substitutions perpétuelles, si hostiles à la sociabilité ; et l'esprit d'exclusivisme fortifié par ces lois, ne peuvent être éternels dans une civilisation vivante et progressive. Tôt ou tard la nature humaine réagira contre ces institutions. Déjà quelques faibles symptômes paraissent annoncer cette réaction. Mais l'esprit éminemment positif de la nation résiste à l'entraînement ; il tolère les défauts de ses lois, il les aime même et les admire par orgueil national, tant qu'il n'a pas trouvé une solution pratique de la difficulté. Et les antécédents historiques permettent d'espérer que l'Angleterre attendra patiemment que l'expérience révèle cette solution, et qu'elle la mettra alors en pratique sans désordre et sans commotion violente. Dieu veuille pour le bien de l'humanité que cet espoir se réalise ! — On voit quelle est l'erreur de ceux qui croient avoir tout fait pour la prospérité d'un peuple en lui donnant une imitation de la constitution anglaise sans lui donner les bases sur lesquelles elle

Digitized by Google

s'appuie. L'enseignement profond qu'il faut tirer de cette constitution, c'est qu'un peuple doit être patient s'il veut fonder quelque chose, et que la civilisation ne peut jamais s'asseoir sur des bases solides, si elle ne concilie pas la société civile avec la famille sans jamais sacrifier l'une à l'autre.

C'est en Italie que la lutte entre la société civile et les familles seigneuriales fut la plus longue et la plus acharnée. Les cités italiennes eurent d'abord à affirmer et à défendre leur existence contre la masse la plus imposante qui existât alors en Europe, l'empire d'Allemagne, pesant sur elle de tout le poids, non-seulement de la souveraineté mais même de la conquête: Une ligue puissante et opiniâtre triompha enfin de l'ennemi extérieur. Mais les républiques italiennes ne surent pas conserver l'unité d'action, elles ne surent pas se fondre en une société permanente qui fût capable d'assurer les libertés conquises. Au contraire chaque ville reprit son existence individuelle et égoïste; de là des divisions perpétuelles, des guerres continuelles entre les républiques. Les familles seigneuriales qui existaient encore, soit en dehors des républiques, soit dans leur sein, surent profiter de ces dissensions qui leur offraient une proie facile. Soit que la république fût vaincue par une famille voisine, soit qu'une des familles rivales, renfermées en elles, eût triomphé des autres, soit enfin même que la république fût victorieuse avec le secours d'une autre famille seigneuriale, toutes les cités marchaient infailliblement à l'asservissement. Si bien qu'il ne resta plus en Italie que trois républiques, et que tout le reste fut partagé, comme l'Allemagne, en une foule de petites maisons princières, rivales entre elles et soumises à

Digitized by Google

toutes les influences étrangères. Les sociétés civiles étaient bien nées, et avaient acquis un développement assez avancé ; mais, accaparées par quelques familles souveraines, elles se trouvaient encore mélangées d'un élément seigneurial qui entravait leurs progrès. Il y a à peine quelques années que les idées françaises d'unité et de liberté sociales, ayant fait leur chemin en Italie, préparées de longue main et exploitées par un prince habile et audacieux, ont consacré le triomphe de la société civile sur le pouvoir seigneurial des familles, triomphe peut-être excessif, comme nous le verrons bientôt, quoique la législation italienne sanctionne d'une manière plus large que la législation française les droits et les rapports de famille.

En Allemagne et en Italie, le mouvement communal avait eu pour adversaires à la fois le pouvoir suprême et la noblesse féodale ; en Angleterre, il s'était allié à la noblesse contre le trône pour assurer les libertés sociales ; en *France*, les deux éléments extrêmes se donnèrent la main pour triompher de la féodalité. C'est l'honneur des rois de France d'avoir su se mettre à la tête du mouvement communal, et d'avoir ainsi créé en France bien plus tôt que dans tout autre pays du continent une puissante société civile, une et homogène, capable de porter en avant le drapeau de la civilisation. Mais cette alliance avec les communes ne fut pas une pure générosité de nos rois : ce fut chez la plupart le fait d'une politique adroite : ils se mirent à la tête du mouvement pour en profiter, et ils surent si bien en profiter que le tiers état dut se contenter à peu près uniquement des conquêtes qu'il avait faites dans le droit privé, et que tous les avantages politiques tombèrent

Digitized by Google

entre les mains de la royauté. De là plusieurs inconvénients qui rendaient cette grande œuvre incomplète et empêchèrent la société française de prendre une assiette définitive : la féodalité fut abattue après une lutte de plusieurs siècles, mais son esprit n'était pas vaincu : le pouvoir seigneurial ne fut pas supprimé, mais il passa dans les mains des rois. De la sorte, la royauté française fut un mélange de pouvoir social et de pouvoir seigneurial : elle prit de la société civile la force, la centralisation puissante, le pouvoir réglementaire sur tous les droits des citoyens ; elle prit de l'esprit de famille seigneurial l'absolutisme, la théorie du bon plaisir, s'arrogeant le droit de disposer non-seulement de la modalité, mais de la substance même du droit des citoyens ; et ces abus se résument dans ce principe que la nation ne fut plus considérée comme une personne ayant des droits aussi bien que des devoirs vis-à-vis de son souverain, mais comme un patrimoine de famille que le roi ne tenait que de ses ancêtres et de Dieu, et sur lequel il avait un droit de pleine disposition. — Dans le droit civil lui-même, le droit féodal était encore vivace et profondément enraciné : les droits d'aînesse et de masculinité, les substitutions, les réserves coutumières, toutes ces conséquences abusives et funestes de l'exagération de l'esprit de famille subsistèrent jusqu'au siècle dernier. — Le mouvement communal s'était trouvé insuffisant pour affranchir complétement la société civile des liens de la famille, une autre secousse était nécessaire pour faire tomber les dernières entraves qui s'opposaient à la marche en avant de l'humanité. La révolution française fut le résultat et l'affirmation de ce grand besoin.

Digitized by Google

Le tiers état, c'est-à dire le corps même de la nation, releva la tête et revendiqua ses droits aux états généde 1789; la fameuse nuit du 4 août fit disparaître en principe tous les anciens abus de l'esprit de famille; une constitution limita les droits de la royauté et assura à la nation une large part dans son gouvernement. La France était libre de ses entraves; elle pouvait dorénavant marcher d'un pas ferme et sage vers le perfectionnement de ses institutions qui ne renfermaient plus aucun vice radical, mais contenaient au contraire tous les éléments du progrès.

Les passions surexcitées pour arriver à ce grand résultat, et les fautes de tous les partis ne souffrirent pas cette belle et sage conduite, qui nous eût sauvés de bien des maux. Le mouvement s'anima, s'exalta dans son succès, s'enivra de nouveaux triomphes, et ne connut bientôt plus de limites à son emportement et à sa fureur. Le trône fut emporté par la tourmente; la noblesse fut poursuivie, exilée, massacrée; la famille, victime des attaques de Mirabeau, fut presque réduite à néant. La société civile, ivre de sa force et de sa puissance, remonta au delà des jours les plus funestes de la Grèce et de Rome, se crut le seul Dieu, le seul arbitre des destinées des hommes; elle poussa le despotisme jusque dans ces derinères limites. Et le vol légal, le pillage, le meurtre organisé, le régicide enfin, furent les premiers bienfaits par lesquels elle signala son avénement.

Triste humanité! quoi donc! elle ne saura jamais trouver le droit chemin de la justice et du bonheur? Toujours elle passera d'un excès à un autre? De la tyrannie de la famille, elle s'est jetée dans la tyrannie de l'Etat, et sous la République comme sous la féodalité

Digitized by Google

on a dû croire à la mort éternelle de la nation et de la civilisation!

Mais le miracle de la résurrection sociale a été opéré une seconde fois par l'énergie indomptable de l'esprit chrétien. Les excès qui avaient tué la civilisation ancienne provoquèrent seulement la réaction dans la civilisation moderne, et la France, affranchie enfin des abus opposés de l'esprit de famille et de l'esprit social, a repris sa marche ascendante vers un progrès indéfini à travers un perfectionnement graduel de sa législation et de sa constitution, et elle entraîne à sa suite les autres nations de l'Europe.

Quel est le premier progrès à réaliser dans la nouvelle voie où la civilisation est entrée? Quel est le bien que les nations modernes appellent et cherchent sans le savoir au milieu de leurs agitations? C'est l'union plus intime de la société civile et de la famille : la société civile a besoin de stabilité, elle a besoin d'une certaine masse qui, comme un lest bienfaisant, l'empêche d'être le jouet des agitations des partis, du souffle des passions populaires, ou des empiétements habiles du pouvoir. Où trouvera-t-elle cette masse? Dans la famille et seulement en elle. C'est le profond enseignement qui résulte de l'excursion que nous venons de faire dans l'histoire universelle. C'est aussi ce que nous indique la voix de la raison : une société qui n'a pas pour base la famille, qui n'a au-dessous d'elle que l'individu, l'infiniment petit, l'impalpable, l'insaisissable, est une société bâtie sur le sable. Une société qui a pour base la famille est une société bâtie sur le roc, capable de résister à la fois au désordre parti d'en bas et à l'oppression partie d'en haut. — Or que font nos lois civiles pour la fa-

Digitized by Google

mille ? Elles la reconnaissent, en sanctionnent les principaux droits suffisamment pour lui laisser suivre sa voie modestement, comme elle le pourra toute seule. Mais là s'arrête l'action des lois civiles, rien n'est fait pour développer l'esprit sage et fécond de la famille, pour unir ces petites sociétés sous l'égide et sous la surveillance de la grande ; la famille n'est rien dans l'ordre politique; et en tout et partout nos lois affectent de laisser de côté cet intermédiaire si bienfaisant pour traiter directement avec les individus. Là est le mal ; là est le premier pas à faire dans la voie du progrès social. Puisse notre modeste travail donner quelques indications sur la voie à suivre, et inspirer à de plus capables la volonté de s'y engager!

En attendant la marche de la société, le christianisme, qui est maintenant comme toujours, quoi qu'on ait dit, la sentinelle avancée du progrès, travaille en silence au fond des âmes pour y rétablir l'image effacée de la famille. Qu'il nous soit permis en terminant cet essai philosophique de saluer dans la religion catholique, avec une effusion de reconnaissance, la lumière qui nous a révélé la dignité de la famille, le doux appui, qui nous a fait d'abord pratiquer avec bonheur les vérités que nous n'avons bien connues que plus tard, et le flambeau qui a dirigé notre esprit et notre cœur dans toutes nos recherches.

Digitized by Google

DROIT POSITIF.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

Nous commencerons par prendre une vue d'ensemble de l'organisation de la famille romaine, et nous verrons ensuite les divers droits spéciaux du père sur la personne de ses enfants. Nous diviserons donc cette partie en deux livres :

1° Organisation de la famille romaine;

2° Rapports personnels.

LIVRE PREMIER.

Organisation de la famille romaine.

Tous les traits spéciaux et caractéristiques de la famille à Rome se déduisent d'une même source, du droit de puissance, *potestas*, attribué au père sur ses enfants. Les jurisconsultes romains avaient reconnu eux-mêmes que cette puissance, telle qu'elle était organisée, était un trait profondément caractéristique de la légis-

Digitized by Google

lation romaine, et Justinien nous répète après Gaius : *Jus potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus* (1). La puissance paternelle, telle que nous la voyons établie, était l'élément accidentel et artificiel, que le premier législateur de Rome avait ajouté à l'organisation naturelle de la famille pour l'adapter à ses vues politiques, et la faire servir au maintien de la constitution de la république telle qu'il l'avait conçue. Et de fait elle répondait merveilleusement au but qu'il s'était proposé; c'était le meilleur moyen que la prudence humaine pût inventer pour donner à la constitution de la république la perpétuité, si un moyen artificiel et contraire à la nature pouvait jamais assurer la perpétuité à une œuvre artificielle elle-même et contraire aux véritables principes des choses.

Les historiens font remonter à Romulus lui-même l'organisation de la puissance paternelle avec ses droits les plus exorbitants. La constitution que Romulus donnait à Rome ou, peut-être, que Rome prenait instinctivement sous Romulus, était, comme toutes les constitutions des républiques anciennes, violente à la nature humaine. Créée dans des circonstances très-pénibles, au milieu de dangers incessants, qui faisaient sentir un besoin impérieux de force et d'unité sociale; créée par des esprits et pour des esprits encore incultes et tout à fait incapables d'idées abstraites et un peu délicates à saisir, la constitution romaine ne sut pas trouver de

(1) Inst. 1; 102. — Gaius. Comm. 1, 55. — L. 3, De his qui sui vel alieni; D. 1, 6.

Digitized by Google

moyen terme entre la faiblesse de la société civile, et l'absorption de l'individu par l'Etat. La théorie, que l'individu tient tous ses droits de la société civile, et que celle-ci peut en disposer à son gré; que chacun est tenu de sacrifier tout à l'intérêt de la république, et que l'individu n'a point de droit à l'encontre de la masse de ses concitoyens; en un mot, l'esclavage civil de l'individu à l'égard de l'État, placé à côté de la liberté politique la plus étendue, était le contre-sens fatal imposé à toutes les républiques anciennes. Mais, tandis que les autres législateurs ne crurent pouvoir établir l'omnipotence de l'État qu'en détruisant la famille, Romulus, avec le sens politique et l'instinct juridique qui distingua toujours les Romains, saisit parfaitement la nature de la famille, et vit qu'avec une certaine modification, elle pouvait se prêter merveilleusement à l'établissement et à l'affermissement de la société qu'il fondait. La famille forme naturellement une société très-énergique et très-unie, c'est une masse puissante, résistante par elle-même, capable de fournir une base large et fortement assise pour la société civile. Le seul danger qu'elle renferme, c'est que l'esprit d'exclusivisme qui la caractérise ne s'oppose à l'unification civile. Mais si le chef de famille est mis par la constitution sous une dépendance étroite vis-à-vis de l'État; si tout ce qu'il a, et tout ce qu'il est, est considéré comme appartenant à l'État qui peut lui en demander et lui en imposer, à tout instant, le sacrifice; alors plus il a de pouvoir sur sa propre famille, plus toute cette famille se trouve mise sous la dépendance de l'État. L'État ne perd rien à exercer sa domination par un intermédiaire, si d'une part cet intermédiaire est soumis à un empire

Digitized by Google

absolu de la part de l'Etat, et si, d'autre part, il exerce sur ses subordonnés un empire aussi absolu que celui auquel il est lui-même sujet. Ainsi, ce qui répugnait à la constitution des républiques anciennes, c'était une organisation simple, libérale, vraiment paternelle de la famille ; mais établir dans toutes les familles autant de véritables petites sociétés civiles, unies à la grande par des liens énergiques et indissolubles, c'était corroborer la société civile elle-même, et apprendre aux citoyens l'obéissance passive, dès leur plus tendre enfance, et à l'école la mieux faite pour graver dans les âmes des impressions ineffaçables. La puissance paternelle romaine, armée d'un droit de disposition absolu sur la personne et les biens des enfants, fut une merveilleuse invention pour donner à la famille tous les caractères que devait chercher en elle le législateur antique.

Outre l'influence profonde qu'elle exerçait sur les mœurs en les harmonisant avec la constitution, cette organisation de la famille était dans le droit politique un grand élément d'ordre et de stabilité. Les assemblées du peuple, uniquement composées pendant longtemps des pères de famille, se trouvaient relativement peu nombreuses, et par conséquent beaucoup moins sujettes aux passions et aux entrainements tumultueux ; et leurs membres, représentant des intérêts plus considérables, dont la sauvegarde dépendait du bon ordre de l'Etat, devaient apporter dans les délibérations beaucoup plus de sérieux et d'attention, puisqu'ils en sentaient mieux et plus directement l'importance. Malgré les obscurités qui entourent la composition des comices par curies, et sans vouloir nous prononcer sur la question de savoir si l'unité de vote était ou non la *gens*, nous croyons

Digitized by Google

qu'on peut affirmer que la division des suffrages ne pouvait descendre au-dessous de l'unité de la famille représentée par son chef. Il est impossible de ne pas donner au moins cette signification à ce texte d'Aulu-Gelle : *Cum ex generibus hominum suffragium feratur, comitia curiata esse.* Quant aux comices par centuries nous affirmerons hardiment que le chef de famille y votait seul, puisque le droit d'y prendre part était fondé sur la fortune et proportionné à la fortune, et que le chef de famille avait seul et pouvait seul avoir des biens en propre. Et comme il ne nous est pas dit que la réforme de Servius Tullius ait enlevé à aucun citoyen le droit de suffrage, tandis qu'un changement aussi notable que l'exclusion de tous les fils de famille aurait dû être signalé par tous les historiens ; cette composition des comices par centuries nous fournit un argument pour ce qui concerne les comices par curies qui les avaient précédées. — Quant aux comices par tribus nous n'avons aucune raison de croire que les fils de famille en aient jamais été exclus; ni leur organisation, ni leur esprit n'entraînaient cette conséquence. Nous croyons même que l'on trouverait dans les historiens plusieurs exemples où des fils de famille y ont figuré. En tout cas il est certain que, si ces comices, conquête de l'esprit démocratique sur l'esprit aristocratique, furent favorables à la liberté du peuple, ils donnèrent aussi plus de prise au trouble et au désordre. C'était, sous beaucoup de rapports, une première atteinte portée à la constitution primitive de Rome.

Au point de vue du droit privé, l'idée que Romulus donna de la famille aux premiers Romains, était bien harmonie avec l'esprit d'un peuple encore violent

Digitized by Google

et grossier, à qui il faut des choses simples, faciles à saisir et à la conception desquelles il soit familiarisé par ce qui se passe communément sous ses yeux. Le lien de puissance substitué aux liens du sang présentait à un peuple guerrier une conception simple qu'il pouvait appliquer facilement à la place des rapports assez compliqués et délicats que présente la famille considérée comme une véritable société. Et comme d'ailleurs, l'esprit romain sut tirer de ce lien de puissance une organisation de la famille, beaucoup plus voisine de son organisation naturelle que dans toutes les autres républiques anciennes, cette conception fut, au point de vue pratique, un véritable bienfait pour les peuples de cette époque. Au fond toutes les differences que l'on peut signaler entre l'organisation de la famille romaine et l'organisation naturelle de la famille, dérivent de la transformation de cette puissance paternelle, qui est souveraine sans doute, mais tout entière dirigée vers l'intérêt des enfants, et qui par conséquent respecte essentiellement tous les droits, en un pouvoir despotique, où l'intérêt du maître est seul considéré et l'intérêt des subordonnés est entièrement négligé, où l'on ne reconnaît aucun droit à ceux-ci à l'encontre du premier.

Le caractère d'un pouvoir despotique, c'est de ne pouvoir pas être partagé ou divisé; cela amena naturellement les Romains, à supprimer toute distinction, toute subordination entre les membres de la famille soumis au chef, à supprimer l'autorité de la mère, la puissance du fils sur les petits-fils, et à établir l'égalité absolue entre eux tous à l'encontre du père.

Deux pouvoirs despotiques ne peuvent pas exister en

Digitized by Google

même temps sur la même personne; force fut donc d'attribuer les petits-enfants exclusivement à l'une de leurs deux familles, la famille paternelle ou la famille maternelle, et comme le père est le chef naturel de sa famille, on les attribua à leur famille paternelle, et la descendance par les filles ne fut plus rien dans la législation romaine. Le même motif força à rompre tout lien entre un enfant donné en adoption et son père naturel, pour le donner tout entier à son père adoptif.

Un pouvoir despotique n'est pas susceptible de degrés; aussi le fils de famille restait-il toujours dans la même dépendance vis-à-vis de son père, quel que fût son âge, sa capacité; quelles que fussent les dignités dont il était revêtu.

Enfin le lien de puissance étant tout, le lien du sang n'étant rien, les lois des successions reproduisirent avec une affligeante fidélité l'organisation artificielle de la famille, et l'on vit exclure absolument tous les parents par les femmes, les enfants donnés en adoption et même les enfants émancipés. C'est ainsi qu'un faux principe entraîne mille conséquences funestes; mais, je le répète, ce principe avec ses conséquences était dans l'état actuel des esprits un bien plutôt qu'un mal; car il sauvait à la fois l'esprit de la famille et la constitution de Rome.

Ces considérations générales étaient nécessaires à une étude un peu approfondie de la famille romaine; elles servent à déterminer exactement ce qu'elle a de spécial, en quoi elle se rapproche des principes et en quoi elle s'en éloigne; ainsi que les raisons de ces différences et leur relation avec la constitution et le ca-

Digitized by Google

ractère de la nation. Entrons maintenant plus avant, en examinant dans trois chapitres :

1° La nature et les principales fonctions de la puissance paternelle ;

2° Les sources dont elle naît ;

3° Les causes qui y mettent fin.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

NATURE ET PRINCIPALES FONCTIONS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

La nature exacte de la puissance paternelle est dans le droit romain une question fort délicate et fort controversée. Je pense qu'il y a plusieurs précautions à prendre si l'on veut arriver à une idée nette sur ce point. La première est d'abord de bien déterminer à quelle époque on veut se placer pour l'étudier; car, pendant les longs siècles qu'il a duré, le droit romain a beaucoup varié, et surtout dans les derniers siècles il s'est transformé du tout au tout sous l'influence de beaucoup d'idées étrangères. Si donc on voulait fixer la nature de la puissance paternelle à Rome sans préciser aucune époque spéciale, on arriverait à des contradictions et à des impossibilités, car on rencontrerait sur ce point des indications entièrement opposées les unes aux autres. Dans la nécessité de choisir une époque il nous semble raisonnable de prendre celle où le droit romain nous apparaît dans sa simplicité et sa pureté primitive, pour faire ensuite l'histoire de ses variations. Il faut donc nous placer aux premiers temps de la république aux environs de la loi des XII Tables.

En outre lorsque l'on étudie une législation, surtout une législation morte, on a à se garder à la fois de deux écueils opposés : un esprit trop généralisateur et un esprit trop exclusif. Par un trop grand désir de généra-

Digitized by Google

lisation, on ne vera dans cette législation que l'application des principes, on lui attribuera souvent des caractères qu'elle n'a pas, et on perdra de vue le cachet spécial qu'elle porte; souvent même on transportera à une époque éloignée des idées et des vues d'un autre siècle. Il est fort bon de montrer qu'une disposition législative ne saurait être absolument mauvaise, et qu'elle a toujours un côté louable, par lequel elle se rattache aux principes généraux de la morale et de la nature humaine; mais quand on veut avoir une idée complète d'une législation, il faut avant tout chercher le point de vue spécial auquel ses auteurs s'étaient placés, et les transformations qu'ils avaient fait subir aux idées communes. Nous ne négligerons donc pas ce qu'il y a d'universel dans le droit romain, car c'est ce qui lui donne son principal intérêt pour le jurisconsulte moderne; mais il faut avant tout bien constater sa physionomie propre. — D'autre part il faut bien se garder de juger les mœurs d'un peuple uniquement d'après ses lois; il est vrai de dire que les mœurs ne sont jamais ni aussi bonnes ni aussi mauvaises que les lois, et que si les mœurs corrompent souvent les bonnes lois, elles corrigent aussi les mauvaises; car l'homme n'est jamais ni tout bon, ni tout mauvais. Souvent des lois très-imparfaites n'ont pas de funestes conséquences, quand les mœurs sont pures, et leur imperfection même tient à ce que la pureté des mœurs a empêché qu'on n'en sentît les lacunes. Nous dirons donc hardiment ce qui résulte des lois primitives de Rome telles que nous les connaissons, en reconnaissant sans doute que toutes les conséquences qu'elles renfermaient ne se développèrent pas en fait à cette époque, et qu'au con-

Digitized by Google

traire l'amélioration que les lois subirent plus tard fut surtout motivée par le développement des abus, restés jusqu'alors inconnus.

Sous le bénéfice de ces distinctions et de ces réserves je crois qu'il faut le reconnaître hardiment : tous les témoignages qui nous arrivent sur les lois de Romulus et les lois des XII Tables s'accordent à nous présenter la puissance paternelle, telle que ces lois l'organisaient, comme le pouvoir le plus absolu, le plus arbitraire, le plus tyrannique qui puisse exister, d'un homme sur un autre homme. L'enfant y est la chose du père; les lois ne le considèrent pas à son égard comme une personne; car l'essence de la personne est d'avoir des droits, d'être le droit vivant, et les lois ne reconnaissent aucun droit au fils vis-à-vis de son père. Quel pouvoir peut être plus absolu que celui renfermé dans cette phrase de Denys d'Halicarnasse? *At Romanorum legislator* (*Romulus*) *omnem, ut ita dicam, potestatem in filium patri concessit, idque toto vitæ tempore : sive eum in carcerem conjicere, sive flagris cædere, sive vinctum ad opus rusticum detinere, sive occidere vellet* (1) L'arbitraire de ce pouvoir, son étendue sans limites peut-elle être plus clairement indiquée? Il en résulte que le pouvoir du père sur son fils n'est pas un pouvoir social, lequel a lieu entre deux personnes considérées comme telles et dans l'intérêt de toutes deux, mais un pouvoir seigneurial, dominical, tel qu'il existe, lorsque l'intérêt seul du maître est protégé, et lorsque l'inférieur n'a aucun droit, aucune existence personnelle à son égard, mais est traité comme une chose. En somme il faut dire,

(1) Archæol., II, 26.

Digitized by Google

je crois, qu'il n'y a pas de différence essentielle entre la puissance paternelle prise en elle-même et la puissance dominicale (1).

Je dis que la puissance paternelle *en elle-même*, est aussi étendue que la puissance dominicale. Je dis en elle-même, car il y a cette grande différence entre le fils et l'esclave, que la personnalité du fils n'est méconnue et anéantie qu'à l'égard du père et existe à l'égard de tous autres, tandis que la personnalité de l'esclave est anéantie absolument et *erga omnes;* en deux mots le servage du fils est relatif, le servage de l'esclave est absolu. Et cette distinction explique la plupart des différences que l'on a signalées entre la puissance paternelle et la puissance dominicale; ce qui montre que ces différences sont extrinsèques à ces deux puissances, mais ne portent pas sur leur essence même, considérée dans la personne du père et du maître.

Voici les principales de ces différences telles que je les trouve dans les auteurs :

D'abord, dit-on, la différence entre la puissance paternelle et la puissance dominicale est manifestée par la différence d'emploi des mots par lesquels on les désigne. Sans doute le mot *potestas* s'applique également à la puissance paternelle, *patria potestas*, et à la puissance dominicale, *dominica potestas;* mais le mot *potestas* est un mot vague qui désigne tout pouvoir d'une personne sur une personne, et qui n'indique pas nécessairement un pouvoir absolu, un droit complet de disposition puisqu'il se trouve employé dans les textes pour

(1) Cedrenus cité par Cujas, qui l'approuve, dit positivement : *Lege Romuli liberos patribus subjectos esse servorum vice*. Cujas, Comm. in tit. 46, lib. VII, Cod. Ed. Neap. t. 9, p. 1307, E.

Digitized by Google

désigner un pouvoir essentiellement protecteur, la tutelle, ainsi définie : *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum*... Tout au contraire il y a un mot spécial pour désigner le pouvoir du maître sur l'esclave, c'est le mot *dominium* lequel ne se trouve jamais employé pour indiquer la puissance paternelle. Donc, dit-on, il y avait une différence entre la puissance du père sur son fils et celle du maître sur son esclave, puisqu'on évitait d'employer pour la première le mot qui indique le droit de disposition le plus général et le plus absolu. — A cela je réponds que sans doute il y avait une différence entre la puissance paternelle et la puissance dominicale ; et que je suis loin de le nier puisque je cherche précisément cette différence ; mais que l'opposition entre les deux mots *potestas* et *dominium* ne prouve pas que cette différence portât sur l'étendue de ces deux puissances. Je dis que cette différence portait sur leur transmissibilité ; et en effet d'après les analogies du langage et les habitudes des jurisconsultes romains, on comprend parfaitement qu'ils aient réservé le mot *dominium* au pouvoir qui, comme les droits sur les choses, pouvait passer dans son intégrité dans les mains de toute personne. On remarque en effet chez ces jurisconsultes une tendance marquée à considérer comme incomplets et exceptionnels tous les droits qui n'étaient pas transmissibles de la manière la plus absolue ; et cette tendance est manifestement indiquée par M. de Savigny (1), qui, généralisant la pensée des jurisconsultes romains, qualifie de droit anomal, les droits sur les biens qui subissent par leur nature même quelque

(1) Traité de Dr. Romain, § 71.

Digitized by Google

restriction dans leur transmissibilité, ou dans la faculté qu'a le propriétaire de les transformer à volonté en d'autres droits ; ainsi, par exemple, les droits aux aliments, les droits d'habitation, l'action d'injure, etc., etc. On conçoit donc que les jurisconsultes aient refusé la qualification de *dominium* à une puissance qui ne peut exister que dans la personne du père et ne peut passer en nature entre les mains d'autres personnes. Et cela n'implique nullement que les droits du père sur son fils fussent en eux-mêmes moins étendus que ceux du maître sur l'esclave. Cujas paraît entrer dans le même ordre d'idées, en disant que le père a sur ses enfants, non pas *proprietas*, mais *quasi proprietas ;* non pas *dominium*, mais *quasi dominium*, et en fondant cette distinction uniquement sur ce que les enfants sont au fond des hommes libres, c'est-à-dire sont libres à l'égard de tous autres que du père (1). Pothier va même plus loin et admet un véritable *dominium* du père sur ses enfants (2).

Voici venir d'autres différences qui confirment encore ce que nous avançons. En cas de vente par le chef de famille l'esclave devient la propriété de l'acheteur, il est *in dominio emptoris ;* au contraire le fils n'est pas la propriété de l'acheteur, il est seulement *in mancipio emptoris*. Et cette différence, nous dit-on, a une grande importance, car la position d'une personne *in mancipio* était sensiblement plus douce que celle d'un esclave.

(1) Nam in *dominio* esse parentum non possunt, qui *liberi* homines sunt, sed intelliguntur esse in *quasi dominio*, quod patriam potestatem appellamus. Cujas, ad tit. 46, L. 8, Cod. ; ed. Neap., t. 9, p. 1305, E.

(2) Pand. L. 1, tit. 6. a. 4, n° 16.

Digitized by Google

Notamment il était interdit d'outrager une personne que l'on avait *in mancipio*, et l'action d'injure compétait contre celui qui se serait permis un pareil outrage (1). En outre la personne *in mancipio* ne perdait pas son ingénuité, le *mancipium* était considéré comme un état de fait plutôt que de droit, et n'avait pas de conséquences juridiques après que cet état de fait avait cessé (2). Enfin, au moins en ce qui concerne le fils *in mancipio*, il restait toujours libre à sa famille de le libérer, même malgré le maître, en indemnisant celui-ci. — Oui, nous l'accordons; il est bien établi que la position du fils de famille vendu par son père était bien différente de celle de l'esclave vendu par son maître. Mais n'est-il pas manifeste même à la première inspection que ces différences tiennent précisément à l'intransmissibilité du titre du père? Le maître qui aliène son esclave peut parfaitement transférer à l'acheteur tous les droits qu'il avait sur cet esclave; car l'esclave est esclave absolument; peu importe le maître à qui il appartient, tous peuvent au même titre acquérir la propriété sur lui. Mais le père ne peut jamais transférer à autrui la plénitude de sa puissance, par la raison péremptoire qu'il ne peut pas faire que l'acheteur soit lui aussi le père du fils vendu. Il s'ensuit que la vente du fils par son père a un caractère tout à fait différent de la vente d'un esclave par son maître. Le maître en vendant son esclave transmet à l'acheteur le droit qu'il avait lui-même; le père en vendant son fils ne transfère pas le droit qu'il a lui-même parce que cela est impossible; il crée en quelque sorte un nouveau droit, ou du moins un nouveau frac-

(1) Gaius. Comm. 1, 141.
(2) Inst. 1, 5, 1.

Digitized by Google

tionnement de son droit dans la personne de l'acheteur. On comprend alors parfaitement que le nouveau droit ainsi créé ne soit pas aussi étendu que le droit qu'avait le père; et ce serait contredire les notions les plus simples que de vouloir conclure de la différence de position entre l'esclave aliéné et le fils vendu, à une différence juridique entre eux lorsqu'ils sont encore tous deux sous la puissance du père.

Cela serait d'autant plus inexact que les différences entre le *mancipium* sur le fils vendu et le *dominium* sur l'esclave aliéné, tiennent, elles aussi, si on les considère en elles-mêmes, au caractère purement relatif de la condition du fils : celui-ci malgré la mancipation, garde son ingénuité et a le droit d'être respecté comme un homme libre ; c'est que, même lorsqu'il était soumis à la puissance paternelle, il avait à l'encontre de tous autres que de son père le droit d'être traité comme un homme libre, et que par conséquent il ne perdait pas son ingénuité. On comprend alors facilement que le père ne puisse pas, même en le vendant, lui enlever vis-à-vis des autres, vis-à-vis de l'acheteur même, ce droit d'ingénuité et de liberté juridique qui lui reste toujours. Il aurait fallu pour donner un pareil pouvoir au père une concession spéciale et expresse de la loi civile, concession entièrement contraire aux principes de la constitution romaine sur les droits inviolables des citoyens; c'est bien ainsi que Constantin considère la chose dans la L. 10 C. *De patria potestate* (8. 47). *Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitæ in liberos, necisque potestas erat permissa, libertatem eripere non liceret.*

C'est par suite du même principe que le fils, au con-

Digitized by Google

traire de l'esclave, est capable d'acquérir non-seulement la cognation, mais même l'agnation. C'est que tous les droits qui en résultent n'intéressent pas ses rapports avec son père, et qu'à l'égard de toutes les autres personnes, il doit être traité comme un homme libre et un ingénu. —C'est encore par la même raison que le fils de famille peut être poursuivi directement pour ses délits, tandis qu'une pareille poursuite est impossible contre l'esclave; c'est que le fils est considéré comme une personne vis-à-vis de tous les étrangers, sauf à eux à voir leur action sur les biens limitée ou même anéantie par les droits du père sur les biens du fils. — Même raison encore pour que le fils de famille ne puisse pas être l'objet des démembrements de la propriété, tandis que l'esclave peut l'être; et pour que la possession de bonne foi ne puisse donner sur lui ni la puissance paternelle, ni le *mancipium*. Tout pouvoir sur un homme libre est essentiellement relatif et résulte de certains titres spéciaux en dehors desquels il ne peut pas se produire; et par suite il n'est pas susceptible de se fractionner à la volonté des parties comme les droits sur les choses. Les différences que nous venons d'indiquer sont la simple application de ces principes.

Enfin on signale des différences dans les actions qui protégent le droit du père et le droit du maître. L'esclave peut sans difficulté être l'objet d'une *rei vindicatio* le fils au contraire, dit-on, ne le peut pas, et l'on cite la L. 1, § 2 *De rei vindicatione*, D.6,1: *Per hanc autem actionem liberæ personæ quæ juris sunt nostri, utputa liberi qui sunt in potestate, non petuntur.* — Mais il suffit de lire la suite du paragraphe pour voir que cet argument n'a pas toute la portée qu'on veut lui donner; il résulte

Digitized by Google

en effet de la suite du texte que l'on peut agir par cette action pourvu que l'on exprime bien qu'on se fonde non sur le droit des gens, mais sur une disposition spéciale du droit civil, en ajoutant *ex jure Quiritium*, et pourvu qu'on indique aussi quel genre de puissance on prétend sur la personne libre revendiquée (1). On le voit, la *rei vindicatio* peut parfaitement être employée par le père qui réclame son fils; seulement certains scrupules des jurisconsultes ont exigé qu'il y ajoutât une mention spéciale du droit qu'il prétend. Or quel est le motif, quelle est la nature de ces scrupules? Ulpien nous le dit lui-même par la généralité de la formule qu'il emploie : *liberæ personæ;* toute personne libre ne peut être revendiquée qu'avec ces précautions. C'est donc par respect pour la liberté qu'on exige ces formalités; on n'a pas voulu qu'une personne libre *erga omnes* et qui ne se trouve soumise à une puissance que vis-à-vis d'une certaine autre personne, pût être revendiquée par une formule absolue, générale, qui impliquerait sans restriction qu'elle serait susceptible d'une propriété de la part d'une personne quelconque. C'est toujours l'application des mêmes idées : le caractère essentiellement relatif de la puissance paternelle, et cela ne touche en rien à l'étendue des pouvoirs qu'elle confère. — Nous retrouvons encore l'application des mêmes idées pour la *condictio furtiva*. Paul nous dit (2) que, l'on a bien l'*actio furti*, mais qu'on

(1) Nous verrons plus loin la discussion qui s'élève sur cette loi ; je suis ici l'opinion la moins favorable à la thèse que je soutiens; Cujas et Pothier n'exigent même pas la seconde condition que nous mentionnons ici.

(2) L. 38, § 1, De furtis, D. 47, 2.

Digitized by Google

ne peut jamais avoir la *condictio furtiva* à l'égard des *personnes libres*. Cela est bien simple, c'est que, par la *condictio*, on prétend *dare oportere*, on reconnaît donc implicitement que l'adversaire est propriétaire de l'objet réclamé, et qu'il est seulement obligé d'en transférer la propriété au demandeur. Mais cela suppose évidemment que l'objet litigieux est susceptible de propriété par n'importe qui; cela ne peut donc pas s'appliquer aux personnes libres qui n'ont pas ce caractère : quand je prétends que j'ai sur une autre personne la *puissance paternelle* ou le *mancipium* ou la *manus*, je ne puis nullement faire à mon adversaire la concession de le considérer comme ayant lui-même cette puissance, ce *mancipium* ou cette *manus;* parce que ces droits sont exceptionnels, exorbitants, et ne sont pas dans le libre commerce des conventions. On voit pourquoi la *condictio* est exclue dans ce cas. Du reste la question n'est ainsi tranchée qu'à propos de la *condictio furtiva;* et de fait elle ne se serait jamais présentée pour les autres condictions, il ne serait jamais entré dans la tête de personne de prétendre qu'on doit, par exemple, lui transférer la puissance paternelle sur son fils. Mais la *condictio furtiva* a, on le sait, un caractère spécial; c'est qu'elle peut concourir avec la revendication. Par haine contre les voleurs, on a permis au volé d'agir comme étant toujours propriétaire par revendication, ou à son gré, s'il le trouvait plus avantageux, de traiter le voleur comme étant devenu propriétaire et d'agir par condiction. Cette *condictio furtiva* reposant ainsi sur une concession purement fictive du demandeur, on aurait pu être tenté de l'admettre même pour les personnes libres. Paul l'écarte avec raison, parce que la nature

Digitized by Google

même des choses, l'inviolabilité de la liberté, s'y opposait.

Nous avons ainsi écarté toutes les objections que l'on pouvait faire à la notion que nous avions prise de l'étendue de la puissance paternelle. Et nous pouvons répéter que la puissance paternelle à Rome, pendant toute la durée de la république, était le pouvoir le plus complet et le plus absolu qu'un homme puisse exercer sur un autre homme, et qu'elle ne différait pas essentiellement de la puissance dominicale. Nous verrons, du reste en leur lieu, les atténuations successives qu'a subies le droit du père sur ses enfants, et qui finirent par transformer considérablement la physionomie de la famille romaine.

A côté de cette immense puissance paternelle, comme une conséquence et un complément de cette puissance, nous trouvons *l'incapacité légale du fils de famille*. Dans ses rapports avec son père, le fils n'avait dans le droit romain primitif aucun droit ; dans ses rapports avec les autres membres de la cité, il était frappé d'une incapacité légale presque absolue en droit privé. Il y a néanmoins une très-grande différence entre sa position vis-à-vis de son père et sa position vis-à-vis des autres hommes. Nous l'avons déjà fait ressortir, le droit de son père sur lui est essentiellement relatif : à l'égard de son père il est dépouillé de toute personnalité, il est traité comme un esclave, comme une chose ; au contraire, à l'égard des autres hommes, il est une personne, ayant tous les droits et tous les devoirs d'une personne humaine, il est libre, il est ingénu, sa liberté et son ingénuité sont inaliénables et placées en dehors des pouvoirs de disposition du père. Mais ce n'est pas à dire que son état de dépendance vis-à-vis de son père ne modifie pas profon-

Digitized by Google

dément ses droits vis-à-vis des autres : appartenant tout entier à son père, il ne peut avoir rien en propre, tous ses droits, tous ses biens passent avec sa personne dans les mains de son père, et, s'il a la jouissance des droits, il est incapable de les exercer par lui-même et pour lui-même. Ainsi, dans la famille, absorption de sa personne dans la personne du père ; en dehors de la famille, incapacité d'exercer aucun droit en propre, telle est la position du fils de famille.

Sous ce dernier rapport, c'est-à-dire en dehors de la famille, il y a une différence profonde entre le fils et l'esclave, que nous avons au contraire assimilés dans leurs rapports avec le chef. Sans doute ils se rapprochent ici sur biens des points, et en apparence leur position est la même : tous deux représentent forcément le père de famille, et de tous deux il est vrai de dire, que tout ce qu'ils acquièrent ils l'acquièrent pour lui : *Quidquid acquirunt, patrifamilias acquirunt.* Mais les principes d'où dérivent ces conséquences sont essentiellement différents. L'esclave est frappé d'une incapacité absolue, dérivant de sa condition même et tout à fait indépendante de sa sujétion à un maître déterminé ; fût-il sans maître il n'en serait pas plus capable. Tout au contraire sa présence dans une certaine famille, sa dépendance à l'égard d'un certain maître lui donne sur bien des points une capacité, qu'il n'a pas par lui-même, parce qu'il devient l'instrument de son maître, et peut faire pour lui tous les actes qui lui sont avantageux ; en résumé il reçoit de sa présence dans la famille une certaine personnalité par l'extension sur lui de la personnalité du maître : *Servus ex persona domini, personam habet.* Au contraire le fils de famille a une personne par lui-même ; s'il ne dépen-

Digitized by Google

dait pas d'un père, il serait pleinement capable, sa présence dans la famille lui ôte de la capacité qu'il aurait s'il n'y était pas, parce que sa personnalité se trouve absorbée dans la personnalité du chef de famille pour tout ce qui peut profiter à celui-ci. Il en résulte qu'il est capable de tous les actes juridiques, que son incapacité consiste seulement à ne pouvoir conserver pour lui-même les droits, qui peuvent passer à son père et lui profiter, et que les rapports de droit pour lesquels cette transmission n'est pas possible ou profitable peuvent très-bien résider sur sa tête, tandis que l'esclave n'est capable strictement que des actes juridiques dont le résultat est de nature à pouvoir passer sur la tête du maître et à lui profiter. En un mot l'esclave est incapable d'acquérir pour lui-même aucun rapport de droit; le fils est capable d'acquérir tous les rapports de droit, il est uniquement incapable de les conserver pour lui quand ils sont de nature à profiter à son père.

Aussi d'abord dans le droit public, le fils de famille est pleinement capable; comme nous dit Pomponius (1): *Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur*. Le fils de famille peut donc exercer les plus hautes magistratures de la république, parce qu'il n'agit alors que comme représentant de l'État, il n'acquiert dans cet exercice aucun droit qui ne soit exclusivement personnel et intransmissible, tout son pouvoir reste donc renfermé en lui, et rien ne passe à son père. Qui plus est, comme il est le représentant du pouvoir de l'État, il a autorité

(1) L. 9, De his qui sui vel alieni juris sunt. D. 1, 6. — Voyez aussi : L. 13, § 5, et L. 14, pr. ad Sct. Trebellianum, D. 36, 1 ; — L. 3 De adopt. D. 1, 7; — L. 77, 78 De jud. D. 5, 1.

Digitized by Google

même sur son père, et son père lui doit les mêmes respects et les mêmes hommages qu'à tout autre magistrat du même rang. Les historiens romains (1) nous citent l'exemple de l'illustre Fabius Maximus, qui, dans sa vieillesse, loua beaucoup son fils, devenu consul, d'avoir maintenu même contre lui la dignité consulaire. Mais Aulu-Gelle remarque à bon droit que cette prééminence d'un magistrat vis-à-vis de son père même ne doit exister que lorsque le fils est dans l'exercice de ses fonctions (2).

Le fils peut aussi être tuteur, parce que la tutelle est considérée comme une charge publique, et parce que, aucun des actes du tuteur ne profitant à lui-même, le principe qui fait passer au père tous les avantages acquis par le fils, ne peut avoir aucune influence sur le fils tuteur. Seulement n'ayant pas de biens en propre, il ne pourra, du vivant de son père, être poursuivi utilement pour ses actes de tutelle.

On ajoute encore que le fils de famille peut voter dans les assemblées du peuple, car c'est une *publica causa*. Ceci ne me paraît pas vrai absolument: je remarque que le texte que nous avons reproduit ne parle pas de cette application du principe qu'il donne; sans doute il n'a voulu que donner des exemples. Mais tous les autres textes cités sont également muets sur ce point, et je n'ai pu trouver indiqué un seul fait à l'appui de cette assertion. Je puis donc admettre, sauf la preuve du contraire, que les fils de famille pouvaient prendre part aux comices par tribus, car je ne vois aucune raison qui ait

(1) Tit. Liv. 24, 44 ; — Aulu-Gelle. 2, 9 ; — Valère Maxime 2, 2, 4.

(2) Loc. citat.

Digitized by Google

dû les faire exclure, mais je maintiens, comme je l'ai dit plus haut, que les fils de famille ne votaient pas dans les comices par curies ou par centuries parce que le principe même de ces comices les excluait. Et l'on comprend du reste que l'on ait fait une différence entre le vote dans les assemblées du peuple et l'exercice des magistratures. Dans ces dernières, le fils n'agit pas en son nom propre et particulier, il agit comme délégué de la république, et cette délégation est essentiellement spéciale et personnelle; au contraire, dans les assemblées publiques le fils aurait agi en vertu d'un droit propre, lui appartenant au même titre que tous ses autres droits, et en outre très-bien susceptible d'être exercé par l'intermédiaire d'autrui; on a donc pu au moins pendant un certain temps, admettre que ce droit passerait au père comme tous les autres droits du fils, il n'y avait pas à cela une impossibilité radicale et absolue.

Dans le droit privé, il est vrai de dire que le fils a, et le *connubium*, et le *commercium*, c'est-à-dire l'exercice le plus large du droit civil, mais avec cette restriction que tout ce qu'il acquiert par ces actes passe à son père dès que cela est possible.

Il a le *connubium*, son mariage est un *justum matrimonium;* mais le principal effet des *justæ nuptiæ*, la puissance : puissance sur ses enfants *legitime concepti*, puissance sur sa femme, si au mariage ont été jointes les formalités qui la font tomber *in manu;* toutes ces puissances, dis-je, ne se produisent pas en faveur du fils de famille; elles sont toutes et de plein droit acquises au père, à ce point que ce lien entre le père et les petits-enfants subsiste quand même le fils sort ensuite de la

Digitized by Google

famille par émancipation ou adoption, que les petits-enfants ne suivent pas alors la nouvelle condition de leur père, et qu'aucun lien ne subsiste plus entre eux. Il est cependant certains effets du mariage qui s'arrêtent dans la personne même du fils. Telle est, par exemple, l'*agnation,* la parenté civile, qui seule produit des effets civils; en effet la parenté est un rapport essentiellement personnel et incommunicable, qui ne saurait passer du fils au père; de plus l'agnation est moins un droit en elle-même qu'une espérance de droit, un titre à certains droits éventuels; et elle ne produit aucun de ces effets, elle ne fait naître aucun de ces droits, tant que vit le père, car c'est au profit du père seul que tous ces effets se produisent. Enfin s'il est un effet du mariage essentiellement incommunicable, c'est le droit naturel qu'a le mari sur son épouse; il est évident que ce droit restait propre au fils : si l'on ne trouve mentionnée nulle part cette exception au moins apparente au principe général de l'incapacité du fils, c'est que personne n'a eu la pensée de mettre la chose en doute; c'est aussi que cet effet du mariage ne fut jamais considéré avec un peu d'attention par les jurisconsultes romains : le commerce des deux sexes n'était pas jugé illicite en dehors du mariage, d'autre part l'effet dont nous parlons n'avait aucune conséquence relativement au droit des biens, qui faisait la grande préoccupation des jurisconsultes; sa nature juridique passa donc inaperçue; il n'en fut tenu compte que plus tard à propos des actions relatives au *stuprum* et à l'adultère, et encore ces actions étaient plutôt traitées comme des actions d'injures que comme des réparations dues pour un droit violé.

Le fils de famille a aussi le *commercium; il* peut

Digitized by Google

prendre part à tous les actes emportant acquisition, aliénation, transmission de droits, soit réels, soit personnels. Seulement il faut faire certaines distinctions quant à l'effet de ces actes. — Il peut d'abord sans restriction prendre part à ces actes, comme témoin ; par exemple à une mancipation, à un testament, c'est dans ce sens qu'on dit qu'il a la *testamenti factio* (1). — Lorsqu'il figure comme partie principale et qu'il joue le rôle d'acquéreur, soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, il n'est plus alors que le représentant de son père, pour qui tout ce qu'il acquiert est acquis : *Quidquid filius acquirit, patri acquirit.* Car il ne peut rien avoir en propre: *Qui in nostra potestate est, nihil suum habere potest* (2). Ainsi son acte d'acquisition, ou sa stipulation est valable, mais elle profite à son père. — Au contraire il ne peut figurer dans un acte comme aliénant un droit, par la raison péremptoire qu'il n'a rien à lui, et qu'il ne peut par conséquent rien aliéner ; car, s'il a le pouvoir de représenter son père pour les acquisitions, il ne peut pas le représenter pour les aliénations : *Melior nostra conditio per servos, deterior fieri non potest* (3). Ce que Gaius et bien d'autres textes nous disent de l'esclave, il faut le dire du fils, qui est sous ce point de vue exactement dans la même position que l'esclave. Cette impossibilité de disposer s'applique non-seulement entre-vifs et à titre particulier, mais encore à titre universel et à cause de mort; aussi un fils de famille ne peut pas avoir d'héritier (4), et quoiqu'il ait la *testamenti factio*, il ne

(1) Ulp. reg. 20, 8, 6.
(2) Gaius. Comm. 2, 87.
(3) L. 133 De reg. juris. D. 50, 17.
(4) L. 14, De fidejuss. D. 46, 1; — L. 18 De Sct. Macedoniano. D. 14, 6.

Digitized by Google

peut faire un testament, *quoniam nihil suum habet ut testari de eo possit.*(1).— Mais le fils de famille, au contraire de l'esclave, peut valablement contracter des obligations, et de véritables obligations civiles parce que l'obligation est un droit contre la personne, indépendant de l'existence actuelle de biens entre ses mains pour satisfaire à son obligation, et que le fils a à l'égard de tous une personnalité complète. Mais il est bien certain qu'il ne pourra pas être poursuivi utilement tant qu'il sera en puissance ; car ces obligations du fils n'obligent pas le père, et le fils n'a d'ailleurs aucuns biens sur lesquels il puisse exécuter son obligation, sauf toutefois les pouvoirs plus ou moins étendus que le père aurait pu lui accorder sur son pécule, et sauf l'existence d'un pécule *castrense* ou *quasi castrense*, sur lequel il pourrait être poursuivi comme un père de famille. D'ailleurs il faut dire que les créanciers du fils ont toujours le droit d'agir contre lui, même quand il est en puissance; ce que nous venons de dire ne porte que sur l'opportunité de leur action. Tout cela est bien résumé par cette phrase de Gaius: *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur, et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest* (2). Seulement aucune obligation civile ne peut exister entre le fils et le père, parce que, dans leurs rapports mutuels, ils ne forment qu'une seule personne, et comme dit Paul : *Quod non magis cum his, quos in potestate habemus quam nobiscum*

(1) Ulp. reg. 20, 10.

(2) L. 39, De oblig. et act. D. 44, 7. — Cf. L. 57 De judic. D. 5, 1 ; — L. 44, 45 De peculio. D. 15. 1, — L. 141, § 2, De verb. oblig. D. 45, 1 ; — L. 8, § 4, De acceptil. D. 46, 4.

Digitized by Google

ipsi agere possumus (1). Neanmoins on avait admis la possibilité d'une obligation naturelle entre le fils et le père (2).

Ainsi en résumé les deux traits généraux de la famille romaine sont d'une part, quant à la personne de l'enfant, le droit le plus absolu chez le père, droit de vie et de mort, droit de vente, droit d'imposer à l'enfant tous les services qu'il lui plaît, le tout réuni dans ce texte restitué de la loi des XII Tables : *Endo liberis jus vitæ necisque, venumdandique potestas ei esto ;* — d'autre part, quant aux biens, l'attribution au père de famille de tous les biens et de tous les droits qui adviennent à l'enfant, attribution complète, absolue, donnant au père le droit de disposition le plus entier, et même le plus arbitraire. Ces deux traits généraux réalisent en gros les droits que nous avons reconnus au père dans notre étude philosophique de la famille ; mais il méconnaissent ou suppriment le principe de ces droits et leurs limites naturelles dérivant de leur principe ; ils ôtent à la famille son caractère social ; enfin ils font sortir de la sphère du droit positif, pour les abandonner aux inspirations de la nature et aux mœurs, les nobles fonctions et les grands devoirs de la paternité. Aussi les rapports intimes qui constituent la famille n'ont jamais été approfondis par les jurisconsultes romains : le père peut tout, le fils n'a qu'à obéir ; il ne saurait donc être question de déterminer la portée et l'étendue que doit avoir l'autorité paternelle, les degrés divers suidans lesquels le père peut influer sur les actes de son

(1) L. 16, De furtis D. 47, 2. — Cf. L. 4, 11 De judic. D. 5, 1.
(2) L. 38 pr. § 1 et 2. De condict. indebiti. D. 12, 6.

Digitized by Google

fils suivant les temps et les circontances, la mesure de la protection qu'il doit à sa jeunesse ou à son inexpérience, la mesure des services qu'il est en droit d'exiger de lui, la mesure des corrections qu'il peut lui infliger. Le droit romain est muet sur tous ces points; il n'y a pas de mesure, il n'y a pas de degrés, tout est à l'arbitraire du père. Relativement aux biens, il en est de même; on n'a pas à se demander, jusqu'où va le droit de disposition du père, quelles précautions doivent être prises pour empêcher ses abus, quels moyens serviront à reconnaître les biens propres des enfants pour les leur rendre lorsque la famille se dissoudra, quels seront les pouvoirs des enfants sur leurs biens propres. Toutes ces questions sont tranchées d'un coup : le père peut tout ce qu'il veut ; l'enfant n'a pas de biens propres, tous ses biens sont confondus dans la masse ; il ne peut avoir entre ses mains que ce que lui laissera la libéralité du père et il n'aura que les pouvoirs qu'il plaira au père de lui abandonner.

Ainsi la législation romaine primitive saisit bien les traits principaux de la famille, mais elle les fausse en les exagérant ; et cela par deux motifs : d'abord la raison politique qui appelait l'omnipotence du chef de famille comme corollaire de l'omnipotence de l'Etat, et ensuite un amour trop grand de la simplicité, justifié d'ailleurs par la grossièreté et l'ignorance d'un peuple à moitié civilisé. Nous verrons par la suite des idées plus philosophiques, moins absolues et plus exactes, s'introduire dans l'organisation de la famille; mais cela se fera, comme toutes les améliorations de la législation romaine, timidement, par des modifications toutes spéciales, et sans vue d'ensemble ; aussi on ne fera qu'ap-

Digitized by Google

procher de la vérité. Nous devrons néanmoins noter avec beaucoup de soin ces modifications ; et comme en définitive l'étude d'une législation morte est surtout utile pour montrer l'application des principes universels de la raison humaine, après avoir fait ressortir avec soin dans ce livre les caractères spéciaux de la famille romaine d'après les idées romaines, nous prendrons pour les suivants une allure plus libre, nous classerons les divers rapports juridiques que nous aurons à étudier d'après leurs origines philosophiques, et ainsi notre cadre lui-même indiquera par sa relation avec notre première partie la valeur et la nature rationnelle de chacun de ces rapports et l'idéal vers lequel tendaient les progrès de la législation.

Mais nous devons encore rester quelque temps dans les généralités pour voir comment et sur qui naissait la puissance paternelle, et comment elle finissait.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

SOURCES DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET SUR QUI ELLE EXISTE.

Trois causes différentes donnaient à Rome naissance à la puissance paternelle :

1° La génération au sein des justes noces ;

2° La légitimation ;

3° L'adoption.

§ 1. — La génération au sein des justes noces.

On dit ordinairement que la puissance paternelle est un effet du mariage romain, du *justum matrimonium* ou *justæ nuptiæ*. Il nous paraît plus exact de dire que la source de cette puissance est la génération, pourvu qu'elle ait lieu dans le mariage légitime. C'est là une double condition fort bien indiquée dans les Institutes après Gaius : *In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus* (1).

L'objet principal de cette étude étant la puissance paternelle elle-même, nous devons laisser de côté toutes les questions qui pourraient s'élever sur les conditions de validité du mariage romain ; sur les faits et les consentements qui servaient à le former ; comme aussi sur les conditions dans lesquelles un enfant sera censé

(1) Inst., 1. 9, pr. ; — Gaius, Comm. 1. 55.

Digitized by Google

avoir été conçu pendant le mariage et appartenir au mari de sa mère. Toutes ces questions fort intéressantes nous emporteraient beaucoup trop loin. Nous devons nous borner à supposer ces deux conditions remplies : existence d'un *justum matrimonium*, et génération des enfants pendant ce mariage par le mari, et voir alors naître et s'étendre la puissance paternelle du chef de famille.

La puissance paternelle sur les enfants *legitime concepti* peut naître dans deux conditions différentes : soit immédiatement dès leur naissance, si le père est alors *sui juris;* soit plus tard au moment où cesse la puissance de l'aïeul, auquel le fils était soumis.

Si nous supposons le père *sui juris*, ayant alors dans le sens technique le nom de *paterfamilias*, il acquiert la puissance paternelle, non-seulement sur tous les enfants qui naissent de son mariage, mais encore sur les enfants de ses fils, restés en puissance. Leur mariage légitime fait aussi naître la puissance paternelle; mais non pas au profit des fils, au profit du père qui a la puissance sur les fils : *Qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est : item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est nepos meus et neptis, æque in mea sunt potestate ; et pronepos et proneptis et deinceps cæteri. Qui tamen ex filia tua nascuntur in tua potestate non sunt, sed in patris eorum* (1). Ainsi le chef de famille réunit sous sa puissance tous ses descendants par les mâles. La puissance est limitée aux descendants par les mâles parce que, les enfants nés dans le mariage suivant tou-

(1) L. 4, De his qui sui vel alieni... D. 1, 6. Ulpien. — Inst., 1. 9, 3.

Digitized by Google

jours la condition du père, ceux qui sont nés de ses filles et de ses petites-filles ne lui appartiennent pas, mais appartiennent à la famille de leurs maris. Du reste les filles elles-mêmes ou les petites-filles appartiennent toujours à la famille de leur père; le mariage même ne les fait pas passer dans la famille de leur mari ; il faudrait pour cela qu'au mariage se joignît la *conventio in manum*, alors les filles sortiraient de leur famille naturelle pour passer sous la puissance de leur mari ou sous la puissance de celui qui a leur mari en puissance. Mais réciproquement le père de famille acquiert la puissance paternelle sur les épouses de ses fils et de ses petits-fils, *nurus et pronurus*, lorsque leur mariage est accompagné de la *conventio in manum*, et, qui plus est, il a cette puissance même sur sa femme à lui, si elle est *in manu*, car la *manus* ne diffère en rien de la puissance paternelle; la femme *in manu* est *loco filiæ*, elle est traitée au point de vue juridique comme la sœur de ses propres enfants. Règle bien étrange et bien destructive de la saine idée du mariage et de la famille!

Celui qui étant encore fils de famille s'est marié et a eu des enfants, n'a pas acquis sur eux la puissance paternelle; nous l'avons vu. Elle appartient au père de famille seul ; elle ne passe au fils que lorsque la puissance du père a cessé, ordinairement par la mort du père. A la mort du père tous ceux qui se trouvaient sous sa puissance immédiate, c'est-à-dire n'étaient pas primés par leur père ou leur grand-père, deviennent *sui juris*, et acquièrent la puissance paternelle sur tous leurs enfants et descendants qui sont encore dans la famille. *Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent*

Digitized by Google

in filii potestatem, hoc est patris sui : simili modo et pronepotes et deinceps, vel in filii potestatem, si vivit et in familia mansit, vel in ejus parentis, qui ante eos in potestate est (1). Le même effet se produit lorsque la puissance paternelle s'éteint dans le chef de famille par une autre cause que la mort, c'est-à-dire la *maxima* ou la *media capitis deminutio : Si qua pœna pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus pœnæ efficiatur : sine dubio nepos filii loco succedit* (2).

Mais il faut pour que cet effet se produise que la puissance paternelle cesse en même temps et par la même cause sur le fils et sur les petits-fils ou autres descendants. Si le fils a été émancipé seul, sans ses enfants, les liens entre lui et ses enfants sont rompus ; tout lien d'agnation même est rompu ; il ne reprendrait pas sa puissance sur eux à la mort de l'aïeul ; il ne la reprendrait même pas, si avant la mort de l'aïeul il était revenu dans la famille par une adrogation (3) ; il est devenu un étranger même pour ses propres enfants. De même aussi, si un de ses enfants ou tous ses enfants ont été émancipés ou donnés en adoption par le grand-père, qui peut le faire sans le consentement de leur père, le lien est encore rompu, et le père à la mort de l'aïeul ne reprend pas la puissance sur ses enfants.

§ 2. — La légitimation.

Il faut bien se garder d'attacher au mot légitimation en droit romain le sens que nous y attachons dans nos

(1) L. 5, De his qui sui vel alieni... D. 1, 6, Ulpien.
(2) L. 7, eod.
(3) L. 44, De adopt. D. 1, 7, Modestin.

Digitized by Google

mœurs modernes. L'idée de la réparation d'une faute passée, de la satisfaction due à l'honneur d'une femme, d'une tache à effacer sur des enfants, est tout à fait étrangère aux mœurs de Rome, qui, d'accord avec les lois, admettaient le concubinat comme un état sans doute moins honorable que le mariage, mais néanmoins étranger à toute réprobation. Et de fait, il n'y a pas lieu de s'en étonner; car le concubinat tel qu'il était organisé ne différait pas profondément du mariage, puisque le mariage se formait par le seul consentement sans aucune formalité, comme cela doit arriver d'après le simple droit naturel, partout où le christianisme n'est pas venu l'élever à un état surnaturel. La seule différence pouvait être dans l'indissolubilité du lien; mais les Romains en admettant, cette fois contrairement au droit naturel, le divorce, avaient presque détruit ce caractère distinctif. Quant aux enfants *spurii* ou *vulgo concepti*, conçus hors d'un concubinat légal, ne pouvant avoir de père certain d'après la loi, il n'était pas possible de les légitimer.

Il faut entendre par légitimation en droit romain, tout simplement l'acquisition de la puissance paternelle, sur des enfants qui n'étaient pas *legitime concepti*, et par *non legitime concepti* il faut entendre non pas illégitimes, mais non conçus légalement, non conçus dans les conditions légales pour que la puissance paternelle s'établît sur eux de plein droit dès leur naissance, en un mot non conçus dans le mariage romain, *justum matrimonium*, qui seul donnait la puissance paternelle. Aussi la légitimation pendant la durée presque entière du droit romain s'est appliquée à des enfants nés d'un mariage parfaitement licite et absolument complet en

Digitized by Google

droit naturel, mais qui seulement n'était pas un mariage romain parce qu'il n'avait pas été contracté entre citoyens romains. Ce n'est qu'aux v^e^ et vi^e^ siècles de l'ère chrétienne, c'est-à-dire dans le siècle qui a précédé les travaux de Justinien, que la légitimation a pu s'appliquer aux enfants nés dans le concubinat.

Au fond, les modes de légitimation en usage pendant la plus grande partie de la durée du droit romain, ne sont que des modes de naturalisation, avec effet rétroactif quant à la puissance paternelle. Nous indiquerons maintenant en quoi ils consistaient. Ils étaient au nombre de trois :

1° *Causæ probatio.* Un Latin pouvait devenir citoyen romain s'il avait pris une femme avec l'intention annoncée devant sept témoins d'en avoir des enfants, et s'il en avait un enfant d'un an (1). En même temps sa femme et ses enfants devenaient citoyens romains, s'ils en avaient besoin, c'est-à-dire si la femme n'était pas une citoyenne, car alors ses enfants nés hors d'un *justum matrimonium* suivaient la condition de leur mère, et étaient citoyens dès leur naissance (2). Enfin dans tous les cas le Latin acquérait la puissance paternelle sur ses enfants conçus avant sa naturalisation.

2° *Erroris probatio.* Celui qui avait épousé par erreur une étrangère ou une Latine, pouvait, en prouvant son erreur, faire arriver sa femme et ses enfants à la cité, et rendre ainsi son mariage un *justum matrimonium*, et il acquérait en outre la puissance paternelle sur ses enfants déjà conçus qui devenaient ainsi citoyens. La femme romaine qui avait épousé par erreur un étranger

(1) Gaius, Comm. 1, 29.
(2) Gaius, Comm. 1, 30.

Digitized by Google

ou un Latin pouvait faire la même preuve, faisait arriver à la cité son mari et ses enfants, et faisait acquérir la puissance paternelle à son mari.

3° *Rescrit impérial* de naturalisation, pourvu que l'empereur expliquât formellement sa volonté de faire acquérir à l'étranger la puissance paternelle.

Ces trois modes de légitimation disparurent lorsque l'édit de Caracalla supprima les *peregrini* en rendant citoyens tous les habitants de l'empire, et lorsque Justinien supprima les Latins Juniens. Mais alors commença à apparaître la légitimation dans un sens plus rapproché du sens moderne, la légitimation des enfants nés dans le concubinat, quoique le but principal de cette légitimation fût toujours l'acquisition de la puissance paternelle. Elle pouvait sous Justinien avoir lieu de trois manières différentes :

1° *Par l'oblation à la curie* (1) : Pour recruter des membres de l'ordre des curiaux qui s'épuisait, à cause des charges énormes dont il était grevé et qui en éloignaient tout le monde, on permit, en donnant un fils naturel à la curie ou en mariant une fille naturelle à un curial, et en lui assurant une certaine fortune, de le rendre capable de recevoir par testament la totalité des biens de son père ; puis l'enfant acquit même des droits de succession *ab intestat* comme s'il était légitime. Enfin il passa sous la puissance paternelle de son père naturel ; ce devint alors une véritable légitimation. Mais l'enfant n'acquit de droits que vis-à-vis son père ; il ne devint pas l'agnat et le cognat des agnats ou des cognats de celui-ci.

(1) Inst. 1, 10, 13. — L. 3 et 4, De nat. liberis, C. 5, 27.

Digitized by Google

2° *Par mariage subséquent* (1). Après quelques hésitations et quelques variations dans la législation, ce mode de légitimation fut définitivement consacré par Justinien sous trois conditions : 1° *que le mariage des père et mère eût été possible au moment de la conception;* — 2° *qu'on dressât des instrumenta dotalia*, constatant la constitution d'une dot, ou des *instrumenta nuptialia* constatant le mariage; — 3° *que les enfants consentissent* chacun pour soi comme toujours (2).

3° *Par rescrit de l'empereur* (3), quand le père ne pouvait pas épouser la mère; mais à la condition qu'il n'eût pas d'enfant légitime.

§ 3. — L'adoption.

L'adoption est un acte qui a pour but de faire acquérir à une personne la puissance paternelle sur une autre qui lui était étrangère.

Nous n'insisterons pas sur la manière dont se faisait l'adoption, et sur les diverses questions qui peuvent s'élever sur les conditions de l'adoption, contentons-nous de rappeler qu'on distinguait deux espèces d'adoption.

1° L'*adrogation* ou adoption des personnes *sui juris* qui se faisait primitivement par une loi des comices par curie, et sous l'empire par un rescrit du prince.

2° L'*adoption* proprement dite, ou adoption des personnes *alieni juris* qui se faisait primitivement par une

(1) Inst. 1, 10, 13. — L. 5, sq. De nat. liberis, C. 5, 27.
(2) L. 11, De his qui sui vel alieni... D. 1, 6,
(3) Nov. 74, cap. 1 et 2.

Digitized by Google

ou trois ventes que faisait le père pour éteindre sa puissance paternelle, suivies d'une remancipation du fils au père et d'une *in jure cessio* dans laquelle le père jouait le rôle de défendeur muet. Sous Justinien il suffisait d'un simple acte passé devant le magistrat. — Nous remarquerons seulement sur le mode d'adoption antérieur à Justinien, qu'il confirme ce que nous avons dit sur l'intransmissibilité du titre de la puissance paternelle par la vente : il n'aurait pas suffi que la dernière vente fût faite du père naturel au père adoptif, il fallait de plus une *in jure cessio*, parce que l'acheteur n'aurait pas eu sans cela la puissance paternelle, mais seulement le *mancipium* sur le fils.

Quant à l'effet de l'adoption ou de l'adrogation, il était radical dans tous les cas avant Justinien, c'est-à-dire que le père adoptif acquérait la puissance paternelle dans sa plénitude, et que le père naturel la perdait complétement. Justinien conserva le plein effet à l'adrogation; pour l'adoption proprement dite il le conserva encore quand le père adoptif était un ascendant; mais il ne fut plus possible au père naturel de se dessaisir de la puissance paternelle pour la faire passer à un adoptant étranger, l'adoption dans ce cas créait seulement des rapports dans les mœurs et les usages, mais ne changeait rien aux rapports juridiques entre le père naturel et son enfant, et elle ne faisait acquérir aucune puissance au père adoptif.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DISSOLUTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

On peut compter 6 causes de dissolution de la puissance paternelle :

1° *La mort* du père ou du fils. Nous avons vu qu'à la mort du père tous les descendants qui se trouvaient immédiatement sous sa puissance devenaient *sui juris*, et que les autres retombaient sous la puissance de leur père ou de leur grand-père resté dans la famille (1).

2° *La perte de la liberté* ou *maxima capitis deminutio* (2) du père ou du fils, car la puissance paternelle ne peut exister qu'au profit d'hommes libres et sur des hommes libres, l'esclave n'ayant aucun droit. En cas de perte de la liberté par la *captivité* chez l'ennemi, il y avait cela de spécial que, si le père revenait, il était censé n'avoir jamais été captif et par conséquent n'avoir jamais perdu la puissance paternelle (3).

3° *La perte de la cité* ou *media capitis minutio* (4) du père ou du fils, car la puissance paternelle ne peut exister qu'entre citoyens romains. Elle avait lieu par la déportation qui avait remplacé l'interdiction de l'eau et du feu, mais la rélégation ne faisait pas perdre la

(1) Inst. 1, 12, pr. 3e al.
(2) Inst. 1, 12, 3.
(3) Inst. 1, 12, 5.
(4) Inst. 1, 12, 1.

Digitized by Google

cité (1). Du reste l'Empereur en graciant le condamné pouvait lui rendre la puissance paternelle.

4° *La dignité du fils.* C'étaient seulement certaines dignités en nombre très-restreint : sous le paganisme, la dignité de vestale ou de flamine de Jupiter (2); — sous Justinien la dignité de patrice (3); plus tard toutes les dignités qui libéraient de la curie (4).

5° *L'émancipation du fils.*

L'émancipation est précisément l'acte qui a pour but d'éteindre volontairement et directement la puissance paternelle. Les lois n'admettaient aucun moyen de produire cet effet; mais on y arrivait indirectement grâce à la déchéance, qui, d'après la loi des XII Tables, frappait le père qui avait vendu 3 fois son fils : *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (5); et comme la loi ne parlait que du fils, on se contentait d'une seule vente pour les autres enfants et descendants. Après la dernière vente, le père se faisait remanciper son fils et l'émancipait lui-même afin de conserver sur lui les droits de tutelle et de patronage. — Justinien abolit ces formalités inutiles, et permit d'émanciper, par une simple déclaration devant le magistrat (6).

Le consentement du fils était nécessaire pour son émancipation (7); mais il suffisait pourtant qu'il ne contredît pas, quand même il était *infans*.

Le père ne pouvait pas en général être forcé d'éman-

(1) Inst. 1, 12, 3.
(2) Gaius, Comm. 1, 130; — Ulp. reg. 10, 5.
(3) Inst. 1, 12, 4.
(4) Nov. 81, præfatio.
(5) Gaius, Comm. 1, 132;— Ulp. reg. 10, 1.
(6) Inst. 1, 12, 6.
(7) Paul. Sent. 2, 25, 5.

Digitized by Google

ciper son enfant (1), il n'y avait d'exception que pour celui qui avait été adrogé étant encore impubère, et qui pouvait réclamer contre son adrogation (2). Mais lorsque l'on commença à limiter les droits du père sur ses enfants, on trouva la sanction des limites, que l'on posa, dans l'émancipation forcée; ainsi le père était obligé d'émanciper son fils s'il abusait de son autorité, par exemple en maltraitant son enfant, en l'exposant, en prostituant sa fille (3). On admettait aussi que la condition mise à une hérédité ou à un legs, que tel enfant serait émancipé, n'était pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et que le père qui avait accepté cette hérédité ou ce legs pouvait être forcé d'émanciper son fils (4).

L'émancipation était essentiellement personnelle, elle ne s'étendait pas aux enfants de l'émancipé. Bien plus elle rompait tout lien d'agnation entre l'émancipé et sa famille naturelle, même avec son père, si l'émancipation venait de l'aïeul, et avec ses enfants.

6° *L'acquisition de la puissance paternelle par une autre personne* que le père faisait cesser la puissance du père. Cet effet se produisait lors de l'acquisition de la *manus* sur la femme, et lors de la dation d'un enfant en adoption. Avant Justinien l'acquisition de la *manus par coemption* et *l'adoption* ayant toujours lieu au moyen de ventes qui éteignaient par elles-mêmes la puissance paternelle, ce n'étaient pas des modes spéciaux d'extinc-

(1) Inst 1, 12, 10.

(2) L. 33, De adopt. D. 1. 7.

(3) L. 2. De infant. exp. C. 8, 52; — L. 12 De episc. audientia C. 1, 4; — L. 6 De spect. et scenicis, C. 11, 40.

(4) L. 92, De cond. et dem. D 35, 1.

Digitized by Google

tion de cette puissance ; l'acquisition de la *manus* par la *confarréation* ou par l'*usus*, étaient les seuls modes spéciaux qui rentrassent sous le chef que nous examinons (1). Sous Justinien la *manus* est supprimée; mais *l'adoption* ayant lieu sans ventes, est devenue quand elle est faite à un ascendant un mode spécial d'extinction de la puissance paternelle.

(1) Ils n'existaient même plus sous Gaius, car l'*usus* était tombé en désuétude, et la confarréation ne produisait que ses effets religieux. Gaius, Comm. 1, 136.

Digitized by Google

LIVRE II.

Rapports personnels dans la famille romaine.

Nous nous efforçons dans tout ce travail et nous nous efforcerons toujours dans nos travaux ultérieurs d'unir intimement dans l'étude du droit l'histoire et la philosophie. Car nous croyons fermement que le droit, privé de toutes les deux ou privé seulement de l'une ou de l'autre, est une lettre morte. S'il est vrai de dire, avec Malebranche, rebuté par la manière dont on étudiait alors l'histoire, que l'histoire dépouillée de tout esprit philosophique est une profonde ignorance ; il n'est pas moins vrai que la philosophie, séparée de l'étude attentive des éléments de fait que lui fournit l'histoire et l'observation, est une science creuse et impuissante. Nous voulons une philosophie pratique, une philosophie vivante, agissante, une philosophie qui raisonne non sur des mots, mais sur des choses ; non pas une philosophie abstraite et nominaliste, mais une philosophie concrète et *réaliste* dans le vrai sens du mot. Nous croyons pouvoir réunir les deux méthodes, historique et philosophique, dans la division suivante qui nous permettra de suivre à peu de chose près le développement historique de la législation romaine, en gardant en même temps l'ordre logique des idées et en rangeant les différents

Digitized by Google

droits sous les divers chefs auxquels ils appartiennent rationnellement et principalement.

Nous verrons dans un premier titre le droit de correction, caractérisé surtout par le droit de vie et de mort. — Dans un second titre nous examinerons les droits de puissance proprement dite d'abord dans l'intérêt du père même, comprenant surtout le droit de vente ; puis dans l'intérêt du fils, comprenant certains pouvoirs de protection chez le père et les précautions prises successivement par les lois en faveur des enfants. — Dans un 3e titre nous verrons le droit de garde, c'est-à-dire les diverses actions qui protégent et mettent en œuvre le droit de puissance paternelle. — Enfin dans un dernier titre nous étudierons divers droits qui survivent à la puissance paternelle, tels que les modifications que doivent subir les actions des enfants sortis de puissance contre leurs ascendants.

TITRE PREMIER.

DROIT DE CORRECTION.

Le droit de correction est, nous l'avons vu, la sanction des droits d'autorité du père. C'est un des droits de famille qui apparaissent le plus tôt dans les législations. Les droits d'autorité paternelle en eux-mêmes exigent, pour être rigoureusement définis, la connaissance réfléchie d'un grand nombre d'idées délicates à saisir qui

Digitized by Google

n'appartiennent pas aux peuples primitifs. Aussi les législations primitives abandonnent souvent ces droits aux mœurs et aux coutumes ; mais le moins qu'elles puissent faire, c'est de mettre entre les mains du père les moyens de faire respecter son autorité et d'obtenir l'obéissance de ses enfants. En effet ce droit de correction fut établi dès la fondation de Rome ; et il reçut de Romulus lui-même une extension sans exemple et vraiment exorbitante. C'est le témoignage que nous donne Denys d'Halicarnasse, qui compare avec étonnement cette puissance sans bornes avec la puissance modérée et vraiment paternelle qui existait en Grèce. Voici le passage principal que nous répétons ici, quoique nous l'ayons déjà cité, parce qu'il est fondamental pour l'étude que nous poursuivons : *At Romanorum legislator omnem, ut ita dicam, potestatem in filium patri concessit, idque toto vitæ tempore ; sive eum in carcerem conjicere, sive flagris cædere, sive vinctum ad opus rusticum detinere, sive occidere vellet* (1). A l'appui de ce témoignage, mais pour une époque moins reculée vient ce texte restitué des XII Tables : *Endo liberis jus vitæ necisque venumdandique potestas et esto* .Ainsi voilà deux droits immenses accordés au père sur son fils sans restriction, sans contrôle ; le père ne doit compte à personne de ce qu'il lui plaît de faire subir à ses enfants ; aucune magistrature, aucune dignité ne soustrait le fils à ce pouvoir souverain ; et Denys d'Halicarnasse rappelle plusieurs exemples de pères employant cette autorité dans des affaires politiques, et venant arracher à la tribune pour les punir chez eux leurs fils, favorables au peuple

(1) Denys d'Halic. Archæologia, II, 26.

Digitized by Google

et hostiles au sénat; tandis que personne dans l'assemblée, ni les tribuns du peuple, ni aucun magistrat de la république, ni le corps auguste du sénat, attaqué par eux, ni le peuple même qu'ils flattaient, n'aurait pu leur fermer la bouche (1). Ainsi ces deux droits sont exorbitants, contraires à la nature, non-seulement parce qu'en eux-mêmes ils excèdent tout ce qu'un père peut légitimement prétendre sur son fils, et sont directement opposés au sentiment qui fonde son pouvoir; mais encore parce que l'emploi à faire de ces droits, le but pour lequel on peut en user n'est ni déterminé, ni contrôlé.

Le père avait en outre deux autres droits qu'il pouvait employer pour la correction de ses enfants; c'était *l'exhérédation* et l'*abdicatio*. Par *l'exhérédation* le père dépouillait à sa mort son fils de la portion de ses biens qui lui serait revenue *ab intestat;* par l'*abdicatio* le père chassait son fils de sa présence et de sa maison, et le privait par là des biens de la famille et de toute espérance de succéder. Quoique l'*abdicatio* n'ait jamais été admise par les lois romaines, elle était si communément pratiquée, et nous en trouvons tant d'exemples dans les écrivains latins que nous ne pouvons nous dispenser d'en parler.

Ainsi l'on peut ramener à quatre les moyens de correction du père sur son fils : 1° Punitions corporelles pouvant aller jusqu'à la mort; — 2° Vente; — 3° Exhérédation; — 4° *Abdicatio*. De ces quatre droits, le droit de vente viendra à une autre place où il se montrera plus rationnel ; l'exhérédation appartient proprement au droit des successions dont nous ne pouvons pas nous

(1) Denys d'Halic. Archæologia, II, 26.

Digitized by Google

occuper spécialement ici, nous n'en parlerons donc qu'en la comparant à l'*abdication*, et nous nous contenterons de faire remarquer l'efficacité et la légitimité de ce moyen de correction pour les cas extrêmes, et de rappeler les précautions que la législation romaine prit pour s'assurer d'une part que la volonté du père avait été formelle, en exigeant une exhérédation expresse; et d'autre part qu'elle avait été juste en ouvrant la voie de la *querela inofficiosi testamenti*.

Il nous reste donc seulement à traiter ici de deux droits de correction :

1° *Abdicatio;*

2° Punitions corporelles et droit de vie et de mort.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

ABDICATIO.

Nous ne trouvons dans toute la compilation de Justinien qu'un seul texte relatif à l'*abdicatio;* ce texte, du reste, explique l'absence de tout autre; c'est celui qui nous dit que l'*abdicatio* n'a jamais été approuvée par les lois : *Abdicatio quæ Græco more ad alienandos liberos usurpabatur et αποκήρυξις dicebatur, Romanis legibus non comprobatur* (1). Mais il résulte de ce texte même que l'*abdicatio* était usitée et souvent pratiquée. En effet, nous trouvons dans les historiens romains plusieurs exemples de pères renvoyant leurs fils de leur maison et de leur présence. Voici un exemple tiré de Valère Maxime : Décius Syllanus, fils de Titus Manlius, étant accusé devant le sénat de prévarication dans le gouvernement de la Macédoine, son père demande au sénat la permission d'examiner lui-même l'affaire avant le jugement public, et après avoir pendant trois jours entendu les témoins et les dires des deux parties, il prononce ainsi : « *Cum Syllanum filium meum pecunias a sociis accepisse mihi probatum sit, et republica et domo mea indignum judico, protinusque e conspectu meo abire jubeo.* (2) » Ce texte nous donne en même temps la formule usitée dans l'*abditatio;* du reste, cette formule n'avait rien de sacramentel, nous en avons plusieurs autres revenant

(1) L. 9. De patr. pot. C. 8, 47.
(2) Valère Maxime, 5, 8, 3.

Digitized by Google

toutes au même sens : le père chasse son fils de sa présence et de sa maison, et par là, il rompt tous les liens qui l'unissaient à lui ; il le rend comme un étranger, *alienum facit*, et c'est dans le même sens que la loi 6 C. *De patriâ potest.*, que nous venons de citer, dit *ad alienandos liberos usurpabatur*.

Un des principaux effets de cette *abdicatio* était de priver le fils de la successsion de son père ; elle se rapprochait en cela de l'*exhérédation*, qui portait en grec le même nom ἀποκήρυξις, et Cujas compare longuement ces deux actes différents (1). L'*abdication*, outre qu'elle se fait entre-vifs d'une manière quelconque, au lieu que l'exhérédation ne peut se faire que dans un testament en règle ; outre qu'elle produit aussi des effets immédiatement et pas seulement à la mort du père ; l'abdication, dis-je, avait des effets bien plus étendus que l'exhédération : celle-ci ne portait que sur la succession du père ; au contraire l'*abdication* détruisait tous les rapports de parenté et tous les droits attachés à la cognation par les mœurs et les lois, tels que le *jus sepulcri*, le *jus osculi* et autres. Nous n'irons pas jusqu'à admettre qu'elle détruisît l'agnation ; il n'est nulle part question de cet effet et l'on comprend aisément qu'un lien essentiellement civil ne pût pas être rompu par un fait que les lois civiles ne reconnaissaient pas. Sous ce rapport l'*abdication* était moins grave pour le fils que l'émancipation, dont elle se rapprochait beaucoup ; et pourtant l'émancipation n'est jamais considérée comme une peine. C'est qu'en effet elle était ordinairement faite par intérêt pour le fils, et elle lui était avantageuse, parce qu'elle

(1) Cujas, Comm. in tit. 46, l. 47, Cod. — Ed. Neap., t. IX, c. 1307.

Digitized by Google

lui faisait acquérir une capacité qu'il n'avait pas; le texte même sur lequel on la fondait la présente comme un avantage fait au fils contre son père : *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* Cependant nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer qu'on a tort de ne pas faire attention à tout ce que perd le fils par l'émancipation, et d'aller chercher bien loin pourquoi on disait que l'émancipation était une *capitis minutio.* L'émancipation faisait sans doute acquérir au fils une capacité qu'il n'avait pas, mais la position d'une personne dans la cité, le *status*, le *caput*, ne consiste pas seulement dans la capacité, mais encore dans les titres de droits qui résident en elle, dans tous les rapports juridiques avec les autres citoyens, et dans les expectatives qui en naissent. Or le fils émancipé perdait tout cela. N'était-il pas à bon droit appelé *capite minutus*, puisqu'il n'acquérait en retour qu'une capacité encore vide, et qu'il lui fallait se créer tout à nouveau une position juridique dans la cité.

Mais je reviens à l'*abdicatio*, et je dis que, loin de s'étonner qu'elle ne rompît pas l'agnation, on pourrait plutôt s'étonner qu'elle enlevât même le droit de succession au patrimoine du père. Peut-être faut-il dire qu'elle était considérée comme impliquant une exhérédation; peut-être devait-elle être accompagnée d'une exhérédation expresse; nous n'avons aucun renseignement précis sur ce point. Je crois pourtant qu'on peut admettre avec Cujas que l'*abdicatio* emportait par elle-même privation de la succession paternelle, et qu'il faut interpréter par les mœurs et les idées communes du peuple une institution introduite tout entière par les mœurs. Or c'est un fait, d'accord avec la théorie, que

Digitized by Google

tous les peuples ont considéré la succession entre le père et ses enfants comme dérivant d'une société entre eux, d'une sorte de copropriété que nous avons appelée *propriété relative*, et comme devant disparaître lorsque cette société, cette copropriété était rompue. Cette idée remonte jusqu'à l'époque patriarcale; nous voyons dans la Bible Abraham renvoyer Agar et son fils, pour que le fils de l'esclave n'ait pas de part avec le fils de l'épouse légitime. A Rome cette idée de copropriété est clairement manifestée par le mot *heres suus*, et elle a été souvent invoquée pour expliquer les règles de l'exhérédation. Si la société, la copropriété entre le père et le fils étaient rompues par l'expulsion du fils, sous l'empire des mêmes idées, les Romains sentaient que le titre ordinaire à la succession n'existait plus; peut-être même ce sentiment qu'ils avaient du droit naturel était-il assez fort pour que des juges, en présence de la disposition *cui suus heres nec escit...*, se crussent fondés à répondre légalement: *Suus heres non est*, il n'y a plus d'héritier sien, le fils expulsé n'est plus *suus*, et comme dit Cujas *suitas destructa est.*

C'est une question fort intéressante que de savoir si l'*abdicatio* pouvait être faite par le père seul de sa propre autorité ou s'il devait la faire prononcer par les tribunaux. Cujas n'hésite pas à admettre une *abdicationis actio* qui devait être intentée devant les tribunaux. *Erat quædam abdicationis actio, nec licebat patri filium non auditum abdicare, non narrata judici et probata causa, non data filio respondendi potestate, ut sæpe Fabius docet in declamationibus* (1). On le voit, il invoque

(1) Comm. in tit. 46, lib. 47, Cod.— Ed. Neap., t. IX, c. 1309, D.

Digitized by Google

l'appui de Quintilien (Fabius Quintilianus); et en effet nous avons trouvé six ou sept déclamations de Quintilien ou de Calpurnius Flaccus, qui roulent sur cette *abdicationis actio*, sans parler de maint endroit de l'Institution oratoire, et au moins deux déclamations de Sénèque sur le même sujet (1). Et pourtant, malgré l'autorité de Cujas, nous nous permettons encore de douter très-fortement de l'existence de cette action. D'abord c'est une chose bien singulière, qu'une institution qui n'a jamais été admise par les lois romaines (et par loi il faut entendre bien évidemment toutes les sources du droit), pût avoir donné lieu à une action. D'où serait dérivée cette action? Qui en aurait donné la formule? Qui aurait réglé la compétence? On ne pourrait même pas soutenir que ce fût une *cognitio extraordinaria*, puisque, si l'on invoque Quintilien, il dit partout *judices*. Ensuite j'avoue que je n'ai pas la confiance la plus aveugle, au point de vue juridique, dans les *controversiæ* de Sénèque ou de Quintilien; il suffit de jeter les yeux sur ces controverses pour apercevoir immédiatement chez tous deux l'œuvre d'un rhéteur qui cherche surtout des sujets bizarres pour montrer son habileté, et qui ne s'efforce jamais de traiter aucune question à fond, et par des arguments solides, tirés du sujet même. La question de forme est ce qui le préoccupe; peu lui importe le fond de ses sujets, soit en fait, soit en droit. Peut-on faire un fondement solide sur de pareilles données? Je vois une des controverses de Calpurnius Flaccus, où l'on suppose des enfants abdiqués venant demander

(1) Quint., Decl. 9, 258, etc. — Calp. Flaccus, Decl. 18; — Sénèque, liv. 10; Decl. 2; liv. 5, Contr. 34.

Digitized by Google

au sénat de les rétablir dans leur position de fils (1). Cela renverse toutes les idées que nous avons sur le rôle du sénat; jamais il n'a eu à s'occuper de pareilles matières; si une pareille réclamation avait pu se faire, c'était à l'Empereur qu'elle devait être adressée; ceci est élémentaire dans l'organisation des pouvoirs à Rome. L'*abdicationis actio* a-t-elle quelque chose de plus juridique que cette espèce impossible? Il est permis d'en douter. Douter, c'est même beaucoup de bonté, car Quintilien se charge lui-même de nous faire connaître la valeur juridique de ces espèces, précisément en prenant pour exemple cette *abdicationis actio. Habemus confitentem reum.* Ce texte est précieux, le voici dans son entier; après avoir parlé de nombreuses questions traitées dans l'école auxquelles il applique un principe qu'il vient de donner, il ajoute : *Quibus similia etiam in* VERA RERUM QUÆSTIONE *tractantur: nam, quæ* IN SCHOLIS ABDICATORUM, *hæc* IN FORO EXHEREDATORUM *a parentibus et bona apud centumviros repetentium ratio est; quæ illic malæ tractationis, hic rei uxoriæ, cum quæritur utrius culpa divortium factum sit; quæ illic dementiæ, hic petendi curatoris* (2). Voilà quelque chose de clair, de précis; quand Quintilien veut parler de droit, il en parle de manière à être compris : une *querela inofficiosi testamenti*, une *actio rei uxoriæ*, une demande de curateur; nous connaissons cela. Mais une *actio abdicationis*, une *actio malæ tractationis*, une *actio dementiæ*, nous ne connaissons pas cela, et bien heureux sommes-nous de ne pas le connaître,

(1) Calp. Faccus, Decl. 18.
(2) Quint. Inst., orat. 7, 4, n° 11, éd. Lemaire.

Digitized by Google

puisque Quintilien nous indique lui-même que ce sont là des travestissements qu'on fait subir dans les écoles pour plus de simplicité aux véritables actions du *forum* et du droit.

Nous croyons donc pouvoir affirmer que cette *actio abdicationis* est une chimère. Peut-être y avait-il en cette matière un certain contrôle des tribunaux, analogue à la *querela inofficiosi testamenti*. Mais nous ne savons rien de sa nature. Et il est permis de supposer que le caractère non juridique de l'*abdicatio* n'avait pas appelé une réglementation, qui, ce semble, aurait impliqué une reconnaissance de cette institution par les lois.

Nous réservons d'ailleurs la question de l'intervention du tribunal de famille, dont l'existence sera discutée avec plus de lumière et plus à propos au chapitre suivant à propos du droit de vie et de mort.

Quant au caractère essentiellement correctionnel de l'*abdicatio*, il nous est attesté à chaque page de Quintilien, qui l'appelle *fulmen istud patrum, ira domestica, abdicationis emendatio*, et qui nous apprend qu'elle pouvait se faire de deux manières, soit péremptoirement, soit comminatoirement : *Abdicationum formæ sunt duæ : altera criminis perfecti, ut si abdicetur raptor, adulter : altera velut pendentis et adhuc in conditione positi ; quales sunt, in quibus abdicatur filius, quia non pareat patri* (1). J'ai plus de confiance ici au témoignage de Quintilien ; car, s'il ne reproduit pas fidèlement le droit, il doit du moins représenter avec exactitude les mœurs et les idées communes de son époque.

(1) Quint. Inst., or. 7, 4, 27., éd. Lemaire.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

PUNITIONS CORPORELLES. — DROIT DE VIE ET DE MORT.

Le texte de Denys d'Halicarnasse que nous avons cité au commencement de ce titre, nous indique plusieurs des corrections corporelles les plus sévères que les pères pouvaient, d'après les lois de Romulus même, infliger à leurs enfants : ils pouvaient les mettre en prison, les frapper de verges, les envoyer chargés de chaînes aux travaux rustiques, et enfin les mettre à mort. On voit que cette législation n'était pas douce envers les enfants. Il serait peut-être curieux comme étude de mœurs de rechercher les différentes peines corporelles usitées à Rome, et même de les apprécier au point de vue du droit rationnel ; mais nous n'avons pas de renseignements suffisants pour faire ces recherches avec fruit. Ce qu'il importe surtout de savoir, c'est quel était le maximum de peine jusqu'où pouvait aller le droit de correction du père. Et l'histoire de ce maximum sera toute l'histoire du droit de correction. Or le texte cité nous montre que, dès l'époque de Romulus, ce droit n'était limité par aucun maximum, le père avait sur ce point l'arbitraire le plus absolu. Nous avons également cité un texte des XII Tables, restitué d'après des témoignages authentiques, qui montre qu'à l'époque de la rédaction de ces lois, le même pouvoir existait tout aussi illimité. Un autre texte nous conduit jusqu'au commencement de l'empire, c'est un fragment du livre de Papinien *De adulteriis*, fragment cité dans la *Collatio*

Digitized by Google

legum Romanarum et Mosaïcarum : la loi *Julia de adulteriis* permettait au père de tuer sa fille, surprise en adultère, et son complice avec elle ; quelqu'un demande à Papinien pourquoi cette permission, puisque le père avait en vertu d'une loi des rois (*lex regia*), le droit de vie et de mort sur tous ses enfants ; Papinien répond qu'il ne faut pas tirer de là un argument *e contrario* pour soutenir que le père n'avait pas auparavant le droit de vie et de mort : *numquid e contrario præstat nobis argumentum hæc adjectio ; ut non videatur lex non habenti dedisse ;* mais que la loi a voulu forcer le père à tuer ensemble sa fille et son complice, afin de sauver la vie à tous deux, comme dit Cujas, ou afin de montrer qu'il n'a été inspiré que par un sentiment de justice offensée : *Ut videretur majore æquitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiæ pepercerit,* suivant les propres termes de Papinien. Ce fragment prouve bien évidemment que Papinien reconnaissait le droit de vie et de mort comme existant encore dans toute sa plénitude sous Auguste. Enfin deux autres textes établissent encore l'existence de ce droit d'une manière générale, ce sont la L. 11, De lib. et post. D. 28, 2, de Paul : *Nec obstat quod licet eos exheredare* QUOD ET OCCIDERE LICEBAT ; et la L. 10, De pat. pot. C. 8, 47 : *patribus quibus* JUS VITÆ *in liberos* NECISQUE *potestas erat permissa.* Le droit illimité de correction chez le père, le droit de vie et de mort, en un mot, sans restriction est donc établi par les textes les plus nombreux et les plus formels.

Mais une autre question très-importante et très-controversée est celle de savoir si ce droit du père, ainsi illimité, quant à son étendue, n'était pas soumis à une

Digitized by Google

certaine restriction, à un certain contrôle dans son exercice, c'est-à-dire de savoir s'il existait un tribunal de famille dont le jugement fût en cette matière obligatoire pour le père, et obligatoire dans les deux sens du mot, c'est-à-dire si le père était tenu de le consulter, et s'il était tenu de se soumettre à ses décisions, de façon à n'être que l'exécuteur de ses volontés. Nous l'avons dit, la question est fort délicate.

L'existence d'une certaine juridiction correctionnelle, exercée sur les femmes par leurs parents, *propinqui*, *cognati*, juridiction fort étendue et pouvant aller jusqu'à la condamnation à mort et à l'exécution, ne paraît pas pouvoir être mise en doute en présence des exemples nombreux, que nous trouvons dans les écrivains, de l'exercice de ce pouvoir. Encore sa nature précise et son mode d'exercice sont-ils toujours un mystère en l'absence d'aucun document juridique sur cette matière. Et l'on peut toujours se demander si ce pouvoir était bien établi et reconnu par les lois, ou seulement introduit par les mœurs et simplement toléré par les lois et l'opinion publique. Ce sont là des questions qui me paraissent insolubles dans l'état actuel de la science. Du reste ce n'est pas là l'objet principal qui nous occupe.

Quand à l'existence d'une pareille juridiction sur les hommes *sui juris*, l'opinion qui la soutient ne repose que sur un texte que voici : Lucius Scipion, fils de l'Africain, ne se montre pas digne de la préture dont il est revêtu : *Quam quum propinqui ab eo pollui animadverterunt, id egerunt ne aut sellam ponere aut jus dicere auderet. Insuperque e manu ejus annulum in quo caput Africani sculptum erat detraxerunt* (1). Un seul texte est

(1) Valère Maxime, 3, 5, 2.

Digitized by Google

un appui bien faible pour une opinion d'une si grande portée. Mais encore ce texte est-il concluant? Je ne le crois pas; et j'en tire la preuve des termes mêmes qu'il emploie. Il dit : *propinqui id egerunt ne...*; cela signifie que ses parents *firent en sorte que...*; ce n'est pas ainsi qu'on parle d'une sentence rendue par un tribunal qui aurait droit d'ordonner ou de défendre. Les parents n'ont-ils pas eu mille moyens tout à fait extra-légaux pour empêcher Scipion de vaquer aux fonctions de sa charge? Le texte même se charge de nous indiquer celui qu'ils employèrent : *id egerunt ne... auderet*, ils firent en sorte qu'il n'osa pas. Cela est tout simple, ils procédèrent par voie d'intimidation. Il est impossible raisonnablement de voir rien de plus dans ce texte. Ils lui enlevèrent aussi son anneau, qui portait le portrait de son père; sans doute par le même moyen. De pareils faits ne se voient-ils pas journellement chez-nous? Des honnêtes gens faisant honte à un coquin, et lui imposant des humiliations méritées; quelquefois un duel s'ensuit; mais le duel n'était pas dans les mœurs romaines. Là-dessus l'imagination s'échauffe et l'on dresse au foyer domestique un tribunal ayant droit de vie et de mort. Vraiment ce n'est plus de l'histoire, c'est du roman.

J'arrive maintenant à la question spéciale de savoir si le pouvoir du père était contrôlé et limité par l'existence d'un tribunal domestique, dont les sentences fussent obligatoires pour lui. Je remarque d'abord qu'aucun des textes fondamentaux que nous avons cités au commencement de ce chapitre ne parle de l'existence de ce tribunal ni d'aucun contrôle exercé légalement sur les actes du père. Or tous ces textes émanent soit de jurisconsultes qui devaient viser à la précision et à

Digitized by Google

l'exactitude, soit d'historiens traitant spécialement de la législation romaine et devant par conséquent s'efforcer de dire tout ce qu'ils savaient, et de nous donner une image fidèle des lois romaines; une institution de l'importance de celle dont nous nous occupons ne pouvait pas leur échapper. J'insiste surtout sur le texte de Papinien où il cherche à expliquer la permission accordée au père par la loi Julia de tuer sa fille adultère. Il est certain que dans ce cas du moins le père pouvait et même devait tuer sa fille et le complice *immédiatement*, sans aucune forme de procès (1); or si le père avait été tenu en général de se soumettre au jugement d'un tribunal de famille, Papinien ne devait-il pas trouver là une explication bien simple de la permission donnée par la loi Julia, une dérogation très-importante au droit commun, bien plus utile à signaler que le but moral qu'il assigne à cette disposition de la loi? N'y a-t-il pas là un argument de la plus grande force contre l'existence de ce tribunal de famille, tel qu'on veut l'établir?

A ces graves autorités qu'oppose-t-on? Le témoignage d'historiens, pas un seul de jurisconsultes; or le langage des historiens, les détails des faits qu'ils racontent, n'ont certes pas une portée assez précise pour constituer des arguments bien concluants; d'autant plus que la plupart des exemples cités sont des anecdotes, intéressantes sans doute, mais dans lesquelles l'auteur même était loin de chercher avec une grande rigueur les détails juridiques. L'ouvrage de Valère Maxime notamment est un simple recueil d'anecdotes, une sorte de morale en action; je veux bien avoir foi en lui, mais je me per-

(1) Coll. leg., 4, 2, § 3, in fine.:—*Ita ut filiam in continenti occidat.*

Digitized by Google

mets de lui attribuer moins d'autorité qu'à Papinien, à Paul, à Constantin et même à Denys d'Halicarnasse. Quoi qu'il en soit, comme les anecdotes elles-mêmes peuvent être une peinture fidèle des mœurs, sinon des lois, je consens à suivre mes adversaires sur le terrain où ils se placent. Mais là encore je trouve des armes contre eux.

Je dirai d'abord la réponse générale que je fais à tous les textes cités et que je tire des textes mêmes, des mots mêmes invoqués contre moi : tous disent : CONSILIO *propinquorum* ou *necessariorum adhibito. Consilio adhibito*, c'est sur ces mots que l'on fonde l'existence d'un pouvoir de contrôle, supérieur au père, que le père serait tenu de consulter, et auquel il serait tenu de se soumettre. Mais, ce semble, la plus simple conclusion à tirer de là, c'est que les parents avaient tout au plus voix consultative ; c'est faire un étrange abus de mots, que de leur attribuer voix délibérative, et de leur faire primer la volonté du père lui-même. J'ajoute que les textes n'indiquent même nullement que le père fût obligé de convoquer ce conseil ; c'est encore dépasser beaucoup leurs termes que d'en tirer une pareille conclusion. J'entre immédiatement dans le détail de ces textes.

Voici d'abord l'histoire de la punition de Spurius Cassius. Des trois historiens (1) qui parlent de ce fait, Valère Maxime est le plus complet, c'est le seul qui parle du conseil des parents : *Cassius filium, qui. . . . , postquam potestatem deposuit adhibito propinquorum et amicorum consilio, affectati regni crimine domi damnavit, verberibusque affectum necari jussit, ac peculium ejus*

(1) Florus, 1, 26 ; — Tit. Liv. ; 2, 61 ; — Val. Max., 5, 8, 2.

Digitized by Google

Cereri consecravit. Là-dessus on dit que le père ne fait que formuler l'avis du conseil comme un président formule l'avis du tribunal; et qu'il n'aurait pas pu prononcer la peine, s'il s'était trouvé en présence d'opinions contraires à la sienne. J'avoue que je ne possède pas le microscope qui fait voir tant de choses dans ce texte; je vois le père jouer le principal rôle, ou plutôt jouer seul un rôle, agir seul, commander seul; il ordonne la mort de son fils exactement comme il consacre son pécule à Cérès, ce qu'apparemment il pouvait faire seul. Je vois seulement qu'il agit en homme sage, qu'il ne veut pas prendre un parti aussi grave et aussi pénible pour lui, il faut le croire, sans s'entourer de toutes les lumières possibles.

Je ne vois aussi rien de plus dans l'exemple de Lucius Gellius: *Pene universo senatu adhibito in consilium, expositis suspicionibus, defendendi se adolescenti potestatem fecit; inspectaque diligentissime causa, absolvit eum tum consilii, tum etiam sententia sua* (1). Ce texte, dès le premier abord, semble inspiré par la pensée de louer le père de toutes les précautions dont il s'entoure; l'insistance de l'auteur sur ces précautions, sur sa condescendance rend cette pensée manifeste. Elle devient évidente, si l'on cherche le passage en entier dans Valère Maxime: il est sous la rubrique: *Qui moderati erga suspectos liberos;* et les mots que nous venons de citer sont précédés de ceux-ci: *non ad vindictam procurrit continuo sed adhibito,* etc. Comment! Valère Maxime fait un mérite à un père d'avoir convoqué un conseil pour s'éclairer, et vous en concluez qu'il y était obligé par les lois! C'est

(1) Valère Maxime, 5, 9, 1.

Digitized by Google

bien plutôt le contraire qu'il faut conclure. Et puis quel rapport ce texte a-t-il avec un conseil ou un tribunal de famille? Aucun ; il n'y est pas dit qu'un seul parent fût appelé au conseil. Il ne contredit pas, si vous voulez, votre assertion, mais il ne la prouve pas. Vous devez accorder au moins que le père pouvait composer le conseil comme il le voulait, sauf les proches parents que vous soutenez y avoir été de droit ; mais ne dépendait-il pas alors de lui de se donner la majorité? Et puis, dans le premier texte que nous avons cité, des mots : *propinquorum et amicorum adhibito consilio,* vous concluez qu'il était obligé d'appeler ses proches, mais vous ne pouvez pas soutenir qu'il fût obligé d'appeler ses amis ; pourtant si le texte prouve son obligation pour les uns, il la prouve évidemment aussi pour les autres.

Pour prouver que les opinions émises dans le conseil liaient le père, on invoque un texte de Sénèque, où Auguste, appelé à siéger dans un tribunal de famille, exige que chacun écrive séparément son opinion, *ne ea omnium fieret quæ Cæsaris fuisset* (1). Auguste voulait que le vote fût sérieux ; apparemment, si le père consultait un conseil de famille, c'était pour avoir l'avis de tous. Voilà tout ce que voulait Auguste. Mais en conclure que l'avis du conseil liait le père, c'est sortir tout à fait des prémisses posées. —Vraiment, en lisant cette argumentation, je crois voir dans plusieurs siècles d'ici un brave savant, découvrant un contrat de mariage de notre époque, couvert des signatures de tous les parents des deux futurs, et en concluant logiquement, d'une manière irréfragable, que le contrat de mariage devait

(1) Sen. De clem., 15.

Digitized by Google

être discuté et arrêté en conseil général de la famille, et devait être approuvé à l'unanimité par tous les membres. Que serait-ce s'il découvrait que l'un des signataires est un enfant de six ans? Quel étonnement d'abord! Puis quelles théories splendides! Voyez la démocratie, cette reine souveraine du XIX^e^ siècle et de la France, pénétrer jusqu'au sein des familles, et établir entre tous les hommes l'égalité la plus absolue. Quelle précieuse découverte! Ce serait vraiment superbe.

Mais on nous aborde avec un texte plus formidable. Voici Manlius accusé par un tribun du peuple, de séquestration illégale de son fils, comme nous dirions maintenant: et Tite-Live nous donne tout au long l'éloquent développement que fait le tribun sur cette conduite odieuse (1). Comment lui reprochait-on cela si le père avait un droit absolu de vie et de mort sur son fils? — Lisons encore ici le chapitre entier de Tite-Live, et nous y verrons que cette accusation n'était pas seule: *Crimini inter cætera dabat;* ou plutôt qu'elle était tout à fait accessoire: le grief principal contre L. Manlius était que, pendant sa dictature, il avait fait une levée d'hommes par des moyens violents, et causé ainsi une agitation si forte qu'il avait été obligé de se démettre de sa charge. Voilà ce dont on l'accusait. Après cela quelle conclusion y a-t-il à tirer de la faconde d'un habile avocat, qui recherche les précédents de son adversaire, qui fait ressortir tout l'odieux de son caractère? Certainement aucune conclusion sur les règles du droit, d'autant que le texte même nous montre le parti que le tribun tire de ce fait, les mouvements d'éloquence auxquels

(1) Tit. Liv., 7, 4.

Digitized by Google

il se livre, sans dire un mot d'un droit violé, du tribunal qui aurait dû être consulté. Il est évident qu'il ne s'agit que d'un reproche moral et nullement d'une poursuite juridique, et la preuve c'est que le principal argument invoqué par le tribun est la futilité du motif de ces mauvais traitements. Enfin si l'on demande pourquoi Tite-Live a insisté surtout sur ce point; c'est tout simplement pour préparer le récit du dévouement un peu brutal de ce fils même, qui sauve son père, en menaçant le tribun de l'assassiner dans son lit, s'il ne lui jure pas de ne point continuer les poursuites.

Nous rencontrons pourtant un autre texte où réellement un père est non-seulement accusé, mais même condamné pour avoir tué son fils, et cela au temps de Marius, où la puissance paternelle était dans son intégrité. Voici ce texte qui est de P. Orose : *Q. Fabius Maximus filium suum adolescentem, rus relegatum, cum duobus servis parricidii ministris, interfecit; ipsosque continuo servos in pretium sceleris manumisit. Die dicta, Cneo Pompeio accusante, damnatus est* (1). Je vois bien là un frein mis à l'arbitraire absolu de la puissance paternelle; je constate un premier progrès de la législation sur ce point. Mais voir là une preuve que le père devait consulter un tribunal avant de tuer son fils, c'est avoir bien de l'imagination. Où a-t-on trouvé que c'était précisément l'absence d'intervention de ce tribunal qui constituait le crime reproché au père? Le texte n'en souffle pas un mot. L'explication est plus simple, le père dans ce cas n'a pas agi comme un père, exerçant un droit sur son fils; s'il avait eu de bons motifs pour

(1) P. Oros. 5, 16.

Digitized by Google

le punir, il eût dû agir au grand jour, l'entendre avant de le condamner. Mais il a agi ici dans l'ombre, sans chercher à s'éclairer, sans permettre à son fils de se défendre, sans même formuler un grief, il a agi en assassin et non avec l'autorité d'un père, comme dit Adrien à propos d'un autre fait analogue : *Quod latronis magis quam patris jure eum interfecit* (1). Cette explication est toute simple; aussi l'exemple cité, non-seulement ne prouve pas l'existence d'un tribunal, dont l'intervention fût obligatoire pour le père, mais encore ne porte même pas atteinte à la puissance paternelle, parce que Fabius dans ce cas n'a pas fait acte de père; c'est précisément pour cela qu'on l'a condamné.

Enfin il y a l'exemple que nous avons déjà cité le Titus Manlius, abdiquant son fils Syllanus, coupable de concussion. Ici Valère Maxime (2) nous dit qu'il agit seul : *solusque utrique parti per totum biduum vacavit.* — Mais disent nos adversaires l'auteur a soin de nous dire, *ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit;* il y eut dans ce cas une exception au principe, et c'est parce que Manlius avait obtenu du sénat la permission d'agir ainsi. — Non, ce n'est pas là le sens du passage entier de Valère Maxime : c'est au commencement du paragraphe que par comparaison avec l'exemple de Cassius cité plus haut, et qui fait dans l'écrivain latin l'objet du paragraphe précédent, il remarque que Manlius ne crut pas même avoir besoin du conseil de ses parents (toujours le *conseil*, jamais un mot plus fort); et s'il ne crut pas en avoir besoin et s'en dispensa, c'est

(1) L. 5, De lege Pompeia de parr. D. 48, 9.
(2) Val. Max. 5, 8, 3.

Digitized by Google

apparemment que cela dépendait de lui, et que la loi lui permettait de s'en passer. Ce n'est que plusieurs lignes plus bas que l'auteur parle d'une demande faite au sénat; et Manlius ne demande pas du tout la permission de juger seul, il demande seulement au sénat de surseoir jusqu'à ce que lui, Manlius, ait prononcé sur l'affaire : *A patribus conscriptis petiit, « ne quid ante de ea re statuerent quam ipse Macedonum filiique sui causam inspexisset.* » Son droit de juger est hors de cause, il est indubitable; il demande seulement la priorité, et elle lui est accordée. Où voit-on là encore l'obligation de consulter un tribunal de famille?

Non, disons-le hardiment, le tribunal de famille n'exsistait pas dans le sens où on veut l'établir, c'est-à-dire comme contrôlant le pouvoir correctionnel du père, comme pouvant imposer son jugement au père qui aurait été tenu de le consulter (1). Seulement il arrivait fréquemment qu'en fait des pères sages et prudents s'entouraient volontairement des lumières de leurs parents et de leurs amis.

Voyons maintenant les restrictions successives qu'a subies le droit absolu de vie et de mort dans la personne du père.

Il paraît que Romulus lui-même avait mis une restriction au droit de tuer les enfants. Denys d'Halicarnasse

(1) Aux textes cités par nous on peut joindre les suivants : Aulu-Gelle, 5, 19; où dans la formule de l'adrogation on voit compris sans restriction le droit de vie et de mort ; — Cic. *Pro domo sua*, 27 ; — Valère Maxime, 5, 8, 5, où Fulvius fait tuer son fils qui va rejoindre Catilina; — Quint. decl. 3, 17, qui cite l'exemple de Fabius Eburnus faisant mettre à mort son fils impudique, *cognita domi causa*, sans parler de l'intervention d'aucun parent.

Digitized by Google

nous dit (1) qu'il obligea les Romains à élever tous les enfants mâles, et les aînées des filles, et qu'il défendit de tuer aucun enfant au-dessous de trois ans, si ce n'est en cas de difformité constatée devant 5 témoins, et alors on devait l'exposer aussitôt après sa naissance. Mais, on le voit, cette restriction n'était pas apportée au droit correctionnel de vie et de mort, resté intact, mais au droit d'exposition, qui est tout différent. Denys d'Halicarnasse nous indique aussi le motif tout politique de cette disposition, c'était afin de peupler la ville. Du reste les histoires nous montrent que cette restriction tomba en désuétude, et les XII Tables, relativement à l'enfant difforme, allèrent plus loin que Romulus; non-seulement elles permirent, mais elles ordonnèrent même de l'exposer.

Il faut arriver jusqu'à l'empire et même jusqu'au second siècle de l'empire pour trouver des restrictions apportées au droit de correction du père. Nous trouvons bien dans P. Orose (2) la condamnation sous le quatrième consulat de Marius d'un père qui a tué son fils en secret, à la campagne, par le ministère de deux assassins, et dont le crime est qualifié de parricide. Cela paraît indiquer au moins une tendance dans les mœurs à limiter le droit absolu du père sur la vie de son fils au droit véritablement correctionnel, et à le punir, s'il tue son fils sans cause et sans des formes qui justifient sa condamnation. Mais ce texte est tout à fait isolé. Et la *L. Pompeia de parricidiis*, portée quelque temps après, laissait encore complétement impuni le meurtre du fils par son père,

(1) Archæol. 2, 15.
(2) P. Orose. 5, 16.

Digitized by Google

quoiqu'elle prononçât une peine contre la mère qui tuait son enfant. C'est ce que nous apprend Marcien dans la L. 1, *De lege Pompeia*, D. 48, 9.

Le progrès de la législation romaine relativement au droit de correction du père a deux phases principales : un premier pas a été de limiter strictement le pouvoir absolu du père à la correction du fils en lui enlevant l'arbitraire, le second a été d'abaisser peu à peu le maximum des peines corporelles que le père pouvait infliger à son fils. Le premier pas fut fait sous Trajan et Adrien au commencement du IIe siècle de l'ère chrétienne ; le second fut commencé seulement sous Alexandre Sévère plus d'un siècle plus tard.

Nous n'avons pas de trace d'aucun document législatif de Trajan ou d'Adrien qui ait limité explicitement le droit du père sur ses enfants ; mais les jurisconsultes nous citent deux exemples de pères punis pour avoir abusé de leur autorité. Trajan oblige un père à émanciper son fils qu'il maltraitait, *quem male afficiebat*, et lui refuse les droits de succession comme *parens manumissor* (1); — Adrien condamne à la déportation un père qui a tué à la chasse son fils, quoique celui-ci fût coupable d'adultère avec sa belle-mère (2) et il donne pour motif que *latronis magis quam patris jure eum interfecit.* — Ainsi nous voyons un père privé de la puissance dont il abusait : un autre puni plus sévèrement pour un abus beaucoup plus grave. Mais ni dans un cas ni dans l'autre l'empereur ou le jurisconsulte qui le cite n'invoque pour motif que le père n'avait pas le droit de tuer son fils.

(1) L. 5, Si a parente quis manumis, D. 37, 12.
(2) L. De lege Pompeia, D. 38, 9.

Digitized by Google

Marcien nous cite le second exemple à propos de la loi Pompeia : il vient de dire dans la L. 1, *De lege Pompeia*, tirée du même livre 14 de ses Institutes, que la mère seule est punie pour le meurtre de son fils, et il montre une exception à cette règle ; s'il y avait eu une disposition législative générale, enlevant au père tout droit de vie et de mort, il n'aurait pas manqué de la citer et les compilateurs des Pandectes n'auraient pas manqué de la reproduire. Nous pouvons donc dire qu'à cette époque on punissait l'abus de la puissance paternelle; l'emploi des punitions corporelles, non justifié, ou entaché d'un caractère de vengeance et d'arbitraire, indigne de l'autorité paternelle ; mais que l'étendue du droit de correction n'avait encore subi aucune restriction.

Ceci nous paraît encore confirmé par le texte de Papinien tiré de la *Collat. leg. Rom. et Mos.*, où il compare la loi *Julia de adulteriis*, avec le droit ordinaire du père ; Papinien dit : *Cum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem...*; sans indiquer nullement que ce droit n'existait plus de son temps ; il semble que si ce droit avait été aboli, il dirait au moins *olim dederit*, ou bien que dans sa réponse il ferait ressortir ce fait que le droit de vie et de mort n'existe plus d'une manière générale, et n'est plus maintenu que sur la fille adultère. Il semble donc que le droit de vie et de mort existait encore de son temps.

Au contraire Paul et Ulpien nous parlent de ce droit comme n'existant plus. Paul (1) dit simplement : *quod et occidere licebat;* et non plus *licet*. Ulpien est plus explicite, il dit : *Inauditum filium pater occidere non potest : sed accusare eum apud præfectum præsidemve provin-*

(1) L. 11 in fin. De lib. et pot. D. 28, 2.

Digitized by Google

ciæ debet (1). En effet, tous deux ont vécu sous Alexandre Sévère et nous avons une constitution de ce prince qui pose expressément la limite du droit de correction du père, il ne peut infliger à son fils des châtiments un peu graves qu'en s'adressant au magistrat ; mais le père a encore un pouvoir très-étendu sous le contrôle du magistrat, car celui-ci doit prononcer la sentence que lui dictera le père. Voici le texte de cette constitution (2) qui est de l'année 228 de l'ère chrétienne : *Filium, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriæ potestatis non prohiberis : acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit ; eumque præsidi provinciæ oblaturus, dicturo sententiam quam tu quoque dici volueris.* Cujas entend de la manière que nous avons indiquée plus haut les derniers mots de cette loi : *ut judex,* dit-il, *in filium male moratum statuat quod pater ipse dictavit, nec acerbius quidquam vel mitius.* Pourtant il ne me paraît pas sûr que le texte ait toute cette portée ; s'il y avait simplement *quod tu dici volueris,* cela ne ferait pas de doute ; mais l'addition du mot *quoque* paraît indiquer qu'il faut un concours des deux volontés du père et du magistrat, et que celui-ci doit être du même avis que le père pour qu'il y ait condamnation. Cujas remarque du reste que cette disposition ne se retrouve nulle part, *qui locus est singularis.* Il est permis de supposer qu'au moins sous Justinien le père ne pouvait plus imposer sa volonté au magistrat et n'avait plus qu'un droit de correction modéré : *relicta tantum modica castigatio.* Cela paraît résulter de la L.

(1) L. 2, Ad Leg. Corn. De Sic. D. 48, 8.
(2) L. 3, De pat. pot. C. 8, 47.

Digitized by Google

un. de emend. propinq. C. 9, 15, où Valentinien et Valens, parlant du droit de correction des proches parents les plus âgés sur les mineurs, disent : *neque potestatem in immensum extendi volumus, sed* JURE PATRIO *auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum, et privata animadversione compescat. Quod si atrocitas facti jus domesticæ emendationis excedat, placet enormis delicti reos dedi judicum notioni.* Il paraît résulter de là que le *jus patrium* ne s'étendait plus alors au delà d'une correction modérée, *domestica emendatio;* et que les fautes plus graves, demandant des peines plus fortes, revenaient au juge de droit commun.

Enfin, ce qui complète l'anéantissement du droit de vie et de mort du père, c'est une constitution de Constantin qui punit de la peine du parricide celui qui tue son fils, comme celui qui tue son père : *Si quis parentis aut filii... fata properaverit* (1).

Quant aux peines plus modérées que les pères peuvent infliger à leurs enfants, nous en voyons le droit toujours conservé par plusieurs textes qui exemptent de l'action d'injure et des autres actions résultant de coups, le père qui corrige son enfant (2). L'injure fut-elle même du genre que l'on appelait *atrox*, l'enfant en puissance n'a aucune action contre son père (3).

Un droit tout à fait spécial est le droit pour le père de tuer sa fille adultère avec son complice. Ici le droit du père se présente bien plutôt comme une délégation de la puissance publique, motivée par le besoin d'une

(1) L. un. De his qui parentes vel liberos occiderunt, C. 9, 17.

(2) L. 16, § 2, De pœnis D. 48, 19 ; — L. 7, § 3, De injur. D. 47, 10 ; — L. 5 in fin., L. 6, ad leg. Aq. D. 9, 2.

(3) L. 7, § 3, injur. D. 47, 10.

Digitized by Google

répression prompte, efficace et capable de détourner du crime, que comme un droit naturel du père que la loi n'aurait fait que reconnaître. C'est ce que sentent les jurisconsultes romains eux-mêmes, notamment Papinien, lorsqu'il explique pourquoi on a donné ce droit au père plutôt qu'au mari dont on a craint l'emportement (1). Ils ont mieux aperçu et mieux réalisé dans ce cas particulier le principe unique sur lequel peut reposer un droit de vie et de mort pour le père sur ses enfants. Nous avons vu qu'il était absolument contraire à l'essence de l'autorité paternelle, qui doit toujours être tournée vers le bien de l'enfant, et ne peut le punir que pour l'améliorer. Ce droit ne peut donc être fondé que sur une délégation expresse de la puissance publique, délégation nécessitée par l'état des mœurs ou de l'organisation sociale. C'est ce qu'il y avait au fond de l'institution de ce droit par Romulus ; mais on ne peut pas dire si les jurisconsultes romains s'en sont bien rendu compte.

Le texte le plus complet sur le meurtre de la fille adultère est de Paul, tiré de la *Collatio leg. Rom. et Mosaïcarum : secundo vero capite (lex Julia de adult.) permittit patri, si in filia sua quam in potestate habet, ut in ea quæ eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domi suæ generive sui deprehenderit, isque in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sive fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat* (2). Ainsi le père peut tuer sa fille surprise en adultère, à trois conditions :

(1) L. 22, § 4, ad leg. Jul. de adult. D. 48, 5.
(2) Collat. leg. Rom. et Mos. 4, 2, 3.

Digitized by Google

1° *Que sa fille soit sous sa puissance ou si elle est* in manu *qu'elle soit passée directement de sa puissance sous celle du mari.* Ceci montre déjà que ce droit n'était pas regardé comme une simple conséquence de la puissance paternelle, puisqu'il existait même sur la fille qui n'était plus en puissance, pourvu que cette puissance n'eût été éteinte que par l'acquisition de la *manus* par le mari. Du reste ce droit n'appartient qu'à l'aïeul qui a la puissance, ou l'aurait s'il n'y avait pas de *manus;* il n'appartient pas au père ou même au grand-père qui est lui-même *in potestate* (1).

2° *Que l'adultère soit commis dans la maison du père ou dans celle du gendre.* Ce qui doit s'entendre uniquement de la maison d'habitation (2). Le motif qu'on donne de cette condition, c'est que la faute est plus grande, cela dénote une perversité plus audacieuse, quand la femme reçoit son amant dans la maison de son père ou de son mari (3). — Du reste cette condition n'est exigée que pour l'application de la loi Julia ; il ne faut pas croire qu'elle exclue le droit commun de vie et de mort, si la fille est restée dans la puissance de son père. Le texte se place en effet plutôt au point de vue du droit de tuer le complice, que de celui de tuer la fille.

Le texte nous indique que le mari peut faire venir son père pour qu'il punisse les coupables. En effet le mari n'a pas le droit de tuer sa femme adultère ; et il n'a droit de tuer le complice que si c'est un homme de basse condition, ou un esclave, ou enfin un affranchi du

(1) L. 20, 21 ; ad leg. Jul. de adult. D. 48, 5.
(2) L. 22, § 2; 23, § 3, ad leg. Jul. de adult. D. 48, 5.
(3) L. 23, § 2, ibid.

Digitized by Google

mari ou de la femme ou de ses parents au 1er degré (1). Hors de ces cas le meurtre est seulement excusable, la peine est abaissée (2).

3° *Que la mort soit donnée immédiatement et en même temps au complice*. Le père ne peut pas tuer un seul des deux coupables, il doit les tuer tous deux et en même temps, sinon son acte n'est pas innocenté, il encourt les peines de l'homicide (3). Papinien nous apprend que cette règle avait été introduite dans un sentiment d'humanité pour le complice, afin d'arrêter le bras du père par l'affection qu'il aura pour sa fille, ou bien afin de montrer qu'il n'a agi que par un sentiment de justice : *Ut videatur majore æquitate ductus, cum nec filiæ pepercerit* (4). Mais Papinien nous avertit en même temps qu'il ne faut pas argumenter *e contrario* de ce texte, et que cette disposition ne porte nullement atteinte au droit commun de vie et de mort en dehors des règles de la *lex Julia*.

(1) L. 24, ibid.—Paul. ex Collat. leg. Rom. et Mos. 4, 4.
(2) Papinien, ex coll. leg. Rom. et Mos. 4, 10.
(3) Papinien, ex coll. leg. R. et M. 4, 9. — Paul. ex coll. 4,2, 6.
(4) Papinien, ex coll. 4, 8.

Digitized by Google

TITRE II.

DROIT DE PUISSANCE PROPREMENT DIT.

Nous avons vu que l'autorité paternelle s'exerce, d'abord et surtout en vue de l'intérêt de l'enfant, et ensuite jusqu'à une certaine mesure en vue de l'intérêt du père, subordonné en général à celui de l'enfant. En droit romain le contraire a lieu; on considère avant tout l'intérêt du père, celui du fils ne vient que dans un ordre tout à fait inférieur; il paraît même entièrement négligé au premier abord, et il ne semble pas avoir été jamais l'objet d'une attention particulière et raisonnée du législateur. Aussi le droit du père mérite plutôt le nom de puissance, qu'on lui donne toujours et qui désigne un droit exercé surtout dans l'intérêt de son titulaire, que le nom d'autorité qui désigne un pouvoir exercé surtout dans l'intérêt de celui sur lequel il est établi. Cependant certaines institutions ont encore protégé, à Rome, l'intérêt des enfants. Aussi nous verrons dans deux chapitres :

1° Le droit de puissance dans l'intérêt du père ;

2° Le droit de puissance dans l'intérêt du fils.

Digitized by Google

CHAPITRE I.

DROIT DE PUISSANCE DANS L'INTÉRÊT DU PÈRE.

Le père pouvait tirer parti de la personne de son fils de plusieurs manières, qui ne sont pas toutes également légitimes en raison, et qui ne furent pas toutes également approuvées par les lois. Nous examinerons successivement les cinq suivantes :

1° Droit d'employer directement les services de l'enfant ;

2° Droit de louer ces services ;

3° Droit de vente ;

4° Abandon noxal ;

5° Mise en gage du fils.

§ 1er — Droit aux services du fils.

Le père a toujours eu à Rome le pouvoir le plus large pour employer son fils aux travaux, qu'il lui plaisait de lui imposer. Jamais ce pouvoir ne fut réglementé ; jamais la loi ne vint se placer entre le fils et le père pour modérer l'exercice du droit de celui-ci. Aussi pouvait-il employer son fils aux plus rudes travaux des esclaves ; sous ce rapport, il n'y avait dans les lois aucune différence entre le fils et l'esclave. Nous trouvons de nombreuses traces de l'emploi des fils de famille pour des services d'un ordre plus élevé, quoiqu'ils leur fussent aussi communs avec les esclaves ; c'est dans les textes relatifs aux actions *exercitoria*, *institoria*, *quod jussu*. Nous y

Digitized by Google

voyons que le père employait ses fils aussi bien que ses esclaves et ses affranchis pour faire le commerce de terre ou de mer ou d'autres opérations civiles. Ainsi par exemple, l'interdit relatif à l'action exercitoire dit, d'une manière générale : *Si is, qui navem exercuerit in aliena potestate erit...* (1).

Certes cette fonction de la puissance paternelle était la plus importante, la plus usuelle, celle qui était en jeu tous les jours et presque à chaque instant de la journée, et qui comportait une infinité d'applications aussi bien aux choses les plus ordinaires et les plus légères qu'aux plus graves et aux plus pénibles pour le fils. La variété même de ces applications, la grande latitude qui doit rester aux pères, et en outre la disparition fréquente du caractère juridique de ces rapports, font que ce droit du père échappa à la réglementation des lois, comme il y échappera toujours tant qu'il ne donnera pas lieu à des abus trop grands ou que les lois ne seront pas arrivées à un très-haut degré de perfection.

§ 2. — Louage des services des enfants.

Paul nous dit (2) en parlant des enfants : *Operæ tamen eorum locari possunt.* Ce droit de location est, après le droit d'employer les services de l'enfant, le plus naturel et le plus légitime du père, en supposant qu'il soit exercé avec une juste mesure, c'est-à-dire de manière à ne pas compromettre les grands intérêts de l'enfant; et dans un but légitime, étranger à toute idée d'une basse spéculation ou d'une avarice dénaturée. Le droit romain

(1) L. 1, § 19, De exercitoria actione, D. 14, 1.
(2) Sentent. 5, 1, 1, in fin.

Digitized by Google

est sur ce point, comme sur beaucoup de cette matière, caractérisé par l'absence de réglementation. Je ne connais pas d'autre texte relatif à ce droit après celui que nous avons cité. Sans doute on avait cru pouvoir se fier à la tendresse naturelle des pères pour ne faire ce contrat de location que dans des conditions favorables à leurs enfants. De plus les rapports créés par ce louage de service sont naturellement temporaires. Autrement il y aurait eu vente de l'enfant, et quand même les parties auraient qualifié leur contrat de *location*, on aurait su démêler son vrai caractère et lui appliquer les règles de la vente. Il ne pouvait pas être question non plus de ces *operæ officiales*, de ces promesses de services très-étendus et requérables à volonté, que les affranchis promettaient à leurs patrons; ces services avaient un caractère tout spécial et ne pouvaient pas être l'objet d'une location de droit commun, faite moyennant un prix à un étranger. Les services des enfants que le père pouvait louer étaient des services ou des travaux déterminés d'avance, et qui par conséquent ne sont pas un enchaînement étroit pour la liberté, qui respectent complétement la dignité de la personne humaine. Ce louage de service rentre donc parfaitement dans les limites de la puissance paternelle. Ce qu'il y a seulement d'exorbitant dans la législation romaine, c'est que le droit du père subsistait, sans variation, sans restriction aucune, toute la vie du fils, quel que fût son âge, quels que fussent l'intérêt et la capacité qu'il eût pour choisir lui-même des travaux en rapport avec ses goûts et ses facultés.

Digitized by Google

§ 3. — Droit de vente.

Les textes, qui établissent l'existence du droit de vente du père sur ses enfants dès les premiers temps, sont les mêmes que ceux qui établissent le droit de vie et de mort. C'est d'abord le texte de Denys d'Halicarnasse, déjà cité (1), qui fait remonter ces deux droits à une institution expresse de Romulus. Il paraît seulement que Numa avait excepté de ce droit les enfants mariés du consentement de leur père (2). C'est ensuite le texte des XII Tables également cité : *Endo liberis jus vitæ necisque venumdandique potestas ei esto*. — Il faut y joindre un autre texte des XII Tables qui établit le même droit au moins implicitement : *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto* (3). J'observe que ce texte, que l'on regarde ordinairement comme renfermant une extension considérable du droit du père, paraît plutôt conçu dans une forme restrictive. Il ne dit pas que le père pourra jusqu'à trois fois vendre son fils, mais que s'il le vend trois fois il perd sa puissance sur lui, il en est déchu. Je crois qu'en effet, dans l'esprit des rédacteurs de la loi des XII Tables, la chose se présente ainsi : la vente n'est pas en elle-même une aliénation du droit du père ; ce droit est essentiellement intransmissible, et le père en vendant son fils n'a pas la pensée de donner à l'acheteur les droits d'un père sur son fils, ni l'acheteur la pensée d'acquérir ces droits ; ce que veulent faire les parties, c'est de transmettre ou d'acquérir un droit très-

(1) Denys d'Hal. Archæologia, 2, 26.
(2) Denys d'Hal. ibid.
(3) Vid. Ulp. reg. 10, 1. — Gaius, Comm. 1, 132.

Digitized by Google

large aux services de l'enfant, le droit qu'on avait sur un individu libre *in mancipio*. Aussi la vente n'entraine pas nécessairement la perte de la puissance paternelle; seulement l'exercice de celle-ci est suspendu en fait tant que dure le droit de l'acheteur; car la convention consentie par le père l'oblige à respecter ce droit, tant qu'il dure, et la coexistence de deux puissances, aussi larges que la puissance paternelle le et *mancipium*, n'est pas possible. Ainsi donc la puissance paternelle était suspendue pendant la durée du *mancipium*, mais après cela il n'y avait plus aucune raison pour l'empêcher de reparaître dans son intégrité; aucune raison, dis-je, si ce n'est la considération de l'abus de cette puissance. Or dans l'état des mœurs et vu les quelques protections qui entouraient l'individu *in mancipio*, on pouvait considérer que la vente du fils n'était pas en elle-même abusive; en tenant compte de la tendresse du père qui devait reculer autant que possible devant cette mesure, et des nécessités de la vie qui pouvaient l'obliger à retirer des services de son fils tout le prix possible. La vente du fils fut donc permise une première fois. Même par un grand respect pour les droits du père, et parce que dans certains cas cela pouvait se justifier, on permit une seconde vente. Mais si le père venait à vendre encore une troisième fois son fils; on dut considérer cela comme un abus manifeste; on reconnut là que le père ne savait pas tirer un sage parti du droit qui lui était donné, ou qu'il spéculait sur son fils, puisque deux ventes successives n'avaient pas suffi pour satisfaire à ses besoins; et on déclara le père déchu de sa puissance: *si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*. Je crois que c'est bien là le vrai sens de cette disposition. Et cela nous montre (ce que

Digitized by Google

nous avons déjà fait observer) que le législateur, en se fondant sur les mœurs, sous-entendait dans les lois bien des tempéraments qui n'y étaient pas exprimés: ainsi, bien que le droit de vente fût absolu, il était bien entendu que le père ne l'emploierait qu'en cas d'un besoin extrême à moins que ce ne fût comme punition du fils; c'est en effet seulement alors que la vente pouvait se justifier.

Plus tard, les idées avaient encore marché, et l'interprétation du *droit civil*, sentant combien ce droit devait être restreint, et argumentant du silence des XII Tables qui ne parlaient que du fils, admit qu'une seule vente ferait perdre la puissance paternelle sur les filles et les petits-enfants des deux sexes. Ainsi le père ne pouvait vendre ses filles et ses petits-enfants qu'en renonçant par là a tous ses droits de père sur eux. La vente était permise, mais restreinte, comme on le voit, par une sanction fort grave. On comprend du reste que la vente des filles qui pouvait être fort dangereuse pour leur moralité fut regardée avec bien plus de défaveur que celle des fils; et que pour les petits-enfants on jugeât qu'il y avait aussi abus à les vendre lorsqu'on avait pu vendre jusqu'à deux fois leurs pères impunément; peut-être aussi protégeait-on instinctivement, par cette menace, l'intérêt du fils qui devait les avoir un jour sous sa puissance.

La vente des enfants se faisait par la *mancipation* ou vente solennelle *per æs et libram* (1). Cette vente des enfants ou de la femme *in manu* par le chef de famille, plaçait ces personnes dans un état tout à fait spécial à

(1) Gaius, Comm. 1, 117 sq.

Digitized by Google

elles que l'on appelait *mancipii causa* et qui tenait le milieu entre l'esclavage et la puissance paternelle. Le *mancipium* tenait à ces deux institutions par les points qui leur étaient communs : l'obligation de faire pour le maître tous les travaux qu'il lui plaisait d'imposer avec la plus grande latitude ; et le droit de vente. Seulement ici la vente était bien comme celle de l'esclave la transmission du droit même qu'avait le vendeur, et non la création d'un droit nouveau sensiblement différent, comme dans la vente des enfants par leur père. Le *mancipium* se rapprochait beaucoup de l'esclavage ; Gaius nous dit des mancipés : *Servorum loco constituuntur* (Comm. 1, 123) ; *nam et is servi loco est* (Comm. 3, 114). Il en différait en ce qu'il n'enlevait pas la liberté, ne préjudiciait pas à l'ingénuité : *Libertati a majoribus tantum impensum est*, nous dit Constantin (1), *ut patribus quibus jus vitæ in liberos, necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.* On pouvait dire que l'individu *in mancipio* était *in servitute*, mais n'était pas *servus ;* le *mancipium* était un état de fait qui suspendait bien l'exercice des droits, mais qui n'en faisait pas perdre la capacité ; ils restaient intacts en eux-mêmes et étaient recouvrés dans leur intégrité à la cessation du *mancipium.* Ainsi l'individu *in mancipio* conservait à la fois la jouissance du *commercium* et du *connubium ;* il en perdait seulement l'exercice actuel. La perte de l'exercice actuel du *commercium* faisait qu'il ne pouvait agir en droit que comme représentant la personne du maître, et par conséquent uniquement pour ce qui pouvait profiter à celui-ci ; c'est pourquoi son adstipulation était

(1) L. 10, De pat. pot. C. 8, 47.

Digitized by Google

nulle (1) et il faut très-probablement en dire autant des dettes contractées par lui. Il est probable aussi que l'individu *in mancipio* ne pouvait pas contracter valablement un *justum matrimonium* pendant qu'il était en cet état; cela est indiqué par les analogies des divers textes qui le placent, quant à l'exercice du droit, dans la même position qu'un esclave. Mais comme il conservait la jouissance de ce droit, son mariage antérieurement contracté restait valable, et était un juste titre d'acquisition de la puissance paternelle, sur les enfants conçus alors, soit pour lui-même, soit pour son père, suivant qu'il devait ou non à la fin du *mancipium* devenir *sui juris* (2). Le mancipé ne pouvait aussi recevoir par testament que si on lui donnait la liberté par le même testament (3), et il était héritier sien et nécessaire (4). Pourtant il différait encore de l'esclave et se rapprochait du fils de famille en ce qu'il n'avait pas seulement le bénéfice de la séparation des patrimoines, mais pouvait éviter l'infamie, résultant de la vente des biens héréditaires sous son nom, au moyen du *jus abstinendi* (5). Enfin le mancipé fut protégé plus tôt que l'esclave contre les mauvais traitements; déjà, du temps de Gaius, il était défendu de le maltraiter outre mesure sous peine d'être poursuivi par l'action d'injure : *In summa admonendi sumus adversus eos quos in mancipio habemus,*

(1) Gaius, Comm. 3, 114.

(2) Gaius, Comm. 1, 135 : Si le père devait devenir *sui juris*, tant qu'il était *in mancipio*, l'état de ses enfants était en suspens. On n'avait pas admis l'opinion de Labéon qui voulait que les enfants fussent sous le même *mancipium* que le père.

(3) Gaius, Comm. 1, 123.

(4) Gaius, Comm. 2, 160.

(5) Gaius, ibid.

Digitized by Google

nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin injuriarum actione tenebimur (1).

Le *mancipium* finissait en général par les mêmes modes que l'esclavage; notamment *vindicta*, *censu*, *testamento* (2); mais avec cette différence que les prohibitions de la loi Ælia Sentia, relatives à l'âge du *manumissor* et de l'*affranchi*, et celles de la loi Furia Caninia, relatives au nombre des affranchissements, ne s'appliquaient pas ici (3). En outre le mancipé avait le droit de se faire affranchir *censu*, en se faisant inscrire sur les livres du cens, malgré même la volonté du maître (4). De la sorte il devait, ce semble, arriver que tous les cinq ans, tous les individus *in mancipio* redevenaient libres, et que le *mancipium* ne durait pas en général plus de cinq ans. Il est probable alors que dans les mancipations sérieuses le prix était calculé en tenant compte de cette probabilité d'affranchissement forcé au plus prochain cens. Cela paraît aussi résulter de la fin du paragraphe où Gaius nous parle de ce mode d'affranchissement: il y avait deux cas où il ne pouvait avoir lieu, d'abord lorsque le père avait stipulé que son fils lui serait remancipé; ensuite lorsque la mancipation n'avait été faite que comme abandon noxal. Pour ce dernier cas, Gaius nous explique l'exception en disant: *Nam hunc pro pecunia habet.* Il semble que celui qui a acheté l'enfant n'en a aussi que pour son argent, à moins que le prix ne fût calculé en tenant compte de cette éventualité; en cas d'abandon noxal on comprend qu'on n'ait pas admis cet affranchissement

(1) Gaius, 1, 141.
(2) Gaius, 1, 138.
(3) Gaius, 1, 139.
(4) Gaius, 1, 140.

Digitized by Google

forcé parce que le dommage causé pouvait être bien au-dessus de la valeur des services de l'enfant, même pendant toute sa vie, et que la partie lésée souffrait déjà assez de voir restreindre ses dommages et intérêts à cet abandon du fils; en effet le père ne faisait, sans doute, cet abandon que s'il y trouvait un grand avantage.

Le maître conservait sur le mancipé affranchi les mêmes droits de succession *ab intestat* que le patron sur l'affranchi ; c'est-à-dire qu'il venait à la place des agnats après les héritiers siens. Plus tard seulement le prêteur lui préféra d'autres parents du mancipé affranchi, par la *bonorum possessio unde decem personæ* (1). Mais les stipulations d'*operæ*, qui avaient lieu lors de l'affranchissement des esclaves, ne paraissent pas avoir été admises ici, puisqu'on refuse toute validité à celles faites par le père émancipateur, dont la position était pourtant plus favorable que celle de l'*extraneus manumissor* (2).

Voilà quelle était la portée du droit de vente du père pendant toute la durée de la république. Nous pouvons supposer que les mœurs empêchaient qu'on ne l'employât hors des cas de nécessité extrême chez le père ou d'une faute du fils ; mais nous n'avons aucun renseignement sur ce point, et il est à peu près certain en tout cas qu'il n'y eut aucune restriction dans les lois. Au temps des jurisconsultes nous ne trouvons pas non plus de restriction légale ; mais nous trouvons des indications sur les limites mises par les mœurs au droit de vente. Gaius (3) nous dit que la vente n'était plus *en général* sérieuse de son temps, mais qu'on l'employait seulement

(1) Inst. 3, 9, 3.
(2) L. 4, Si a par. quis manumissus. D. 37, 12.
(3) Comm. 1, 118ª.

Digitized by Google

pour arriver à la mancipation : *Plerumque solum a parentibus mancipantur, quum velint parentes suo jure eas personas dimittere.* Paul nous indique les cas où la vente était pratiquée, mais sans nous marquer qu'elle fut interdite adsolument dans les autres cas : *Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non præjudicant : homo enim liber nullo pretio æstimatur* (1).

Sous Justinien, le *mancipium*, déjà peu usité sous Gaius, est complétement tombé en désuétude, et il n'en est plus aucunement question dans les compilations de ce prince, même pour l'abroger. Cette désuétude du *mancipium* paraît même remonter assez haut. De la sorte, il se trouva qu'il n'y eut plus de différence essentielle entre la vente d'un homme libre et la vente des enfants par leur père. Et en effet, il nous paraît qu'elles furent à peu près assimilées jusqu'à Constantin. La liberté et l'ingénuité étant essentiellement inaliénables, comme Paul vient de nous le dire, et comme Constantin le marque encore à propos des enfants dans la L. 10, *De pat. pot.*, C. 8, 47; il s'en suit que la vente ne peut pas donner un droit de maître sur les enfants vendus et qu'au moyen de la *liberalis causa*, ouverte à toute personne, on peut toujours les ramener à la liberté de fait. C'est ce que dit la L. 1, *De liberali causa.* C. 7, 16 : *Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venumdatos. Sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem judicem, si vis, ut causa agatur secundum ordinem juris.* On pourrait s'étonner que cette constitution soit d'An-

(1) Paul. Sent., 5, 1, 1.

Digitized by Google

tonin, c'est-à-dire d'une époque où le *mancipium* existait encore, et où le droit de vente ne paraît pas encore absolument aboli, puisque Gaius et Paul, qui sont postérieurs, en parlent comme existant encore. Mais il est très-possible que cette constitution ait été rendue dans une espèce où le père avait vendu ses fils comme étant des esclaves, à un acheteur de bonne foi, vente qui était certainement illicite. Les compilateurs de Justinien auront généralisé ses termes pour les accommoder à la législation alors en vigueur. Le même principe est posé de la manière la plus générale par la L. 1, *De patrib. qui filios suos distraxerunt*, C. 4, 43 : *Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub prætextu ignorantiæ accipientis in alium transferri posse manifestissimi juris est.* Le même principe existait à l'égard de tout homme libre. Pourtant nous trouvons des textes (1) qui nous disent que la vente d'un homme libre, faite à un acheteur de bonne foi est valable. Cela paraît contradictoire; néanmoins la conciliation est facile. Cette vente est valable seulement en ce sens qu'elle donne lieu à l'*actio empti* pour l'acheteur qui peut ainsi obtenir des dommages-intérêts pour l'éviction qu'il souffre : *Qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat evictionis nomine tenetur. Quare etiam pater si filium suum tanquam servum vendiderit evictionis nomine obligatur* (2). Mais il fallait, bien entendu, que l'acheteur fût de bonne foi, autrement la vente était nulle; comme portant sur un objet qui n'était pas *in commer-*

(1) L. 4, 10, De contrahenda empt., D. 18, 1.
(2) L. 39, § 3, De evict. D. 21, 2.

Digitized by Google

cio. Tel fut l'état de la législation jusqu'à Constantin.

Constantin vint, en sens inverse de ce qui s'était fait jusque-là, permettre la vente des enfants, mais dans une hypothèse tout à fait restreinte, en cas d'extrême misère et au moment même de leur naissance, pas après. Voici sa constitution qui forme la L. 2. *De patribus qui fil. distrax.* C. 4, 43 : *Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque, victus causa, filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi jus servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi, qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad inegnuitatem eum propriam repetere : modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro ejusmodi præstet*. Il faut d'abord déterminer l'hypothèse où la permission est accordée : la loi exige d'abord que l'enfant soit vendu juste au moment de sa naissance, sortant du sein de sa mère, *sanguinolentus;* ensuite il faut que le père soit dans une extrême pauvreté, et que la vente soit faite *victus causa*. Ces derniers mots peuvent s'entendre : pour procurer des aliments soit au père, soit au fils; l'interprétation des Basiliques paraît plutôt favorable au second sens, car elle nous apprend que s'il y avait quelqu'un qui voulût bien se charger de l'éducation de l'enfant, la vente ne pouvait avoir lieu. Quoi qu'il en soit du sens de ces mots, la légitimité de la vente dans ce cas est manifeste, soit qu'elle ait lieu directement pour procurer des aliments à l'enfant, soit qu'elle ait lieu pour en procurer au père; car dans ce dernier cas, il est bien évident qu'ayant lui-même besoin d'aliments il ne pourrait nourrir son enfant; dans les deux cas la vente a pour but de conserver la vie à l'enfant. Et la Constitution de Constantin paraît

Digitized by Google

avoir été faite pour empêcher l'exposition en pareil cas. — Maintenant quelle était la portée de cette vente? Elle n'avait pas un effet complet et absolu; pourtant elle avait plus de portée que n'en avait auparavant la vente d'un enfant faite à un acheteur de bonne foi. Cette dernière vente était nulle à l'égard de tous autres que le vendeur, et encore à l'égard de celui-ci, elle produisait bien l'action de garantie, mais elle ne produisait pas l'exception de garantie : le vendeur pouvait sans restriction revendiquer en liberté l'enfant vendu, sauf à l'acheteur de lui demander des dommages et intérêts. Cela résulte évidemment de la L. 1, *De liberali causa*, C. 7, 16, citée plus haut. Dans le cas au contraire qui nous occupe, la vente même faite à un acheteur de mauvaise foi est valable à l'égard de tout le monde, et elle produit à l'égard de toute personne une sorte d'exception de garantie. Ce n'est pas sans doute une exception péremptoire : l'acheteur ne peut pas empêcher la *vindicatio in libertatem* en disant : Vous seriez tenu de m'indemniser, ne me causez donc pas le dommage; il peut seulement exiger qu'on l'indemnise avant que l'enfant vendu ne soit rendu à la liberté. Et à cet égard la position du père vendeur lui-même est la même que celle de tous les autres; il n'est pas tenu même vis-à-vis d'un acheteur de bonne foi à une garantie plus étroite. On ne pourrait pas considérer le droit qui appartient à toute personne de provoquer la mise en liberté de l'enfant vendu, comme un droit de résolution de la vente; car le texte dit expressément que ce qui devra être payé en retour, ce n'est pas le prix de la vente, ce n'est pas non plus la valeur de l'enfant à ce moment-là; mais la valeur au moment de la poursuite, et par cette valeur il

Digitized by Google

faut entendre la valeur d'un esclave de même âge et qualité, car un homme libre n'a pas par lui-même de valeur. Du reste on peut donner aussi un esclave en place.

Une autre question est celle de savoir quelle portée il faut attribuer aux mots *venditione in hoc tantummodo casu valente*. Cujas y voit une abrogation de la législation antérieure relative à l'acheteur de bonne foi; d'après lui, la vente à un pareil acheteur hors des termes de la loi, ne lui donnerait même pas l'action *empti* pour se faire indemniser : *Filius non potest emi ab ignorante*, dit-il (1). Je ne sais pas si le texte a toute cette portée ; il peut vouloir dire seulement que la vente n'aura, que dans ce cas, l'effet plus large qu'il vient de lui attribuer ; l'Empereur n'a probablement pas pensé au cas de vente de bonne foi, et au faible effet qu'elle produisait; et d'ailleurs on ne voit pas pourquoi il aurait abrogé cette législation équitable; rien dans les circonstances, qui ont amené la loi ne provoquait cette abrogation.

Tel était l'état de la législation sous Justinien; car la Constitution de Constantin, abrogée par Théodose (2), avait été rétablie par Valentinien (3), pour empêcher l'exposition.

§ 4. — Abandon noxal.

L'abandon noxal se faisait de la même manière que la vente, par une mancipation (4), et la position de

(1) Comm. in l. 18. tit. 1, lex. 4 sq., D.— Ed. Neap. t., VII, c. 692, A.

(2) Cod. Théodos. III, 3, 1.

(3) Cod. Théod. Nov. Valent. XI.

(4) Gaius, Comm. 1, 140; — 4, 79.

Digitized by Google

l'enfant abandonné en noxe était en général la même que celle de l'enfant vendu, tous deux étaient *in mancipio*. Il y avait entre eux une seule différence que nous avons déjà signalée et dont nous avons donné l'explication, c'est que l'enfant abandonné en noxe ne pouvait pas se faire affranchir *censu* malgré son maître, parce que celui-ci ne l'avait reçu qu'en l'acquit d'un droit antérieur qu'il avait, et qu'il avait déjà assez souffert de voir réduire à cet abandon des dommages-intérêts, peut-être très-considérables, auxquels il avait droit (1).

Gaius (2) nous apprend qu'il y avait eu une discussion entre les Proculéiens et les Sabiniens sur le point de savoir combien on devait faire de mancipations pour l'abandon noxal des fils. Les Proculéiens en voulaient trois, car, disaient-ils, sans cela le fils n'est pas affranchi de la puissance paternelle; les Sabiniens se contentaient d'une en soutenant que la disposition de la loi des XII Tables, à laquelle on faisait allusion, ne s'appliquait qu'aux mancipations volontaires. Il semble qu'il y avait une bien meilleure raison pour décider en faveur de l'opinion des Sabiniens : c'est que peu importait à celui qui avait le fils *in mancipio*, qu'il fût ou non affranchi de la puissance paternelle, puisque cette puissance était suspendue pendant toute la durée du *mancipium* et ne pouvait reparaître qu'après un affranchissement volontaire.

L'abandon noxal dura plus longtemps que la vente volontaire; il était encore en pleine vigueur du temps de Gaius (3). C'est que l'on tendait à exempter le père

(1) Gaius, Comm. 1, 140.
(2) Comm. 4. 79.
(3) Gaius, Comm. 1. 140; — 4. 75, sq.

Digitized by Google

de la responsabilité des délits de ses enfants ; Gaius nous dit(1) : *Erat enim iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus damnosam esse.* Il semble qu'il était encore plus inique qu'une personne, qui avait souffert un très-grand dommage par la faute du fils et au moins par la négligence du père, ne pût recevoir rien de plus que l'auteur même du dommage. Mais les romains ne fondaient pas la responsabilité du père sur la faute qu'il pouvait y avoir de sa part ; mais uniquement sur sa qualité de maître ; ils ne le regardaient comme tenu que *propter rem.* Ils ne pouvaient donc pas distinguer entre les cas où il y avait faute du père et les cas contraires ; et ils n'avaient d'autre alternative que de le rendre responsable de tous les faits du fils, quels que fussent son âge, sa méchanceté, et quels que fussent les moyens employés par le père pour l'empêcher de délinquer ; ou bien autrement de le décharger de toute responsabilité. Ce qu'il y avait d'onéreux pour le père dans la première alternative, et la considération presque exclusive de l'intérêt du père dans le rapport de puissance paternelle poussaient naturellement vers la seconde. On y était complétement arrivé sous Justinien, qui nous dit dans ses Institutes (2) que l'abandon noxal était complétement tombé en désuétude. C'est alors par inadvertance que l'abandon noxal se trouve encore mentionné dans un texte du Digeste tiré d'Ulpien, la L. 3, § 4, *De libero homine exhibendo,* D. 43, 29. Justinien fait bien ressortir aux Institutes ce qu'il y avait dans l'abandon noxal de mauvais et de contraire à l'esprit de la puissance paternelle ; il était pire

(1) Gaius, Comm. 4, 75.
(2) Inst. 4, 8. 7.

Digitized by Google

que la vente, puisque la condition du fils mancipé dans ce cas était plus dure. Il ne pouvait pas non plus se justifier par le droit de correction sur le fils ; car il pouvait être tout à fait disproportionné avec la faute commise. Il n'avait pas le caractère essentiel des peines paternelles qui doit être l'amélioration de l'enfant. Il pouvait souvent faire beaucoup de mal à l'enfant livré à la merci d'un maître, animé peut être de sentiments de vengeances. S'il s'agissait d'une fille, le danger était encore plus grand. La disparition de l'abandon noxal fut un grand progrès dans la législation ; seulement il amena cette conséquence que le père fût tout à fait irresponsable des faits de ses enfants ; et qu'il ne resta à la partie lésée que la poursuite souvent illusoire ou indéfiniment différée de l'enfant lui-même pour ses délits.

§ 5.— Mise en gage du fils.

Les mêmes raisons qui firent proscrire l'abandon noxal militaient avec encore plus de force contre la mise en gage de l'enfant. Sans doute du côté du père la mise en gage de l'enfant était un moyen, comme un autre, de tirer parti de la personne de son enfant. Mais ce moyen était très-dangereux pour l'enfant, ce qui devait le faire proscrire absolument : en effet la mise en gage de l'enfant n'était pas la même chose qu'un gage ordinaire. L'enfant peut souffrir et le créancier souvent animé de sentiments peu bienveillants envers son débiteur, et porté à employer tous les moyens possibles pour recouvrer sa créance, ne se sentait que trop enclin à abuser de la possession de l'enfant pour torturer et l'enfant et le père par cela même. En outre dans un pareil gage la possibilité

Digitized by Google

de la vente à l'échéance n'était pas le principal objet du contrat, à cause des incertitudes qu'offrait la vente d'un homme libre et par suite de la vilité du prix que l'on aurait pu en obtenir; ce qu'on avait surtout en vue c'était précisément cette possession de l'enfant qui pouvait à chaque instant devenir si pénible pour l'enfant et pour le père; c'était aussi le profit à tirer de l'enfant dans l'intervalle, chose étrangère au gage ordinaire et dont le créancier pouvait aussi facilement abuser. Il y avait une grande différence entre la vente et la mise en gage : dans la vente, le père voyait immédiatement la portée de son acte; la mise en gage est, au contraire, toujours plus dangereuse parce qu'on se fait illusion sur les facilités que l'on aura pour payer. De plus, dans la vente, l'acheteur a tout ce qu'il doit avoir, il n'a plus qu'à user sagement de l'enfant, il n'a plus, comme dans le gage à spéculer en quelque sorte sur la tendresse paternelle pour obtenir le plus qu'il peut. Toutes ces raisons devaient faire écarter la mise en gage de l'enfant. Aussi nous voyons que du temps de Paul, à un moment où la vente se pratiquait encore, où l'abandon noxal était en pleine vigueur, la mise en gage de l'enfant était déjà prohibée et sévèrement punie. Paul nous dit : *Idem* [*liberi*] *nec pignori ab his aut fiduciæ dari possunt; ex quo facto sciens creditor deportatur* (1). Ce même texte est reproduit au Digeste : L. 5, *Quæ res pignori* (20, 3) : *Creditor qui sciens filium familias a parente pignori accepit relegatur.* (Paulus, l. 5, Sentent.). On le voit, la peine de la déportation a été remplacée sous Justinien par la peine plus douce de la rélégation, qui notamment

(1) Paul. Sent. 5, 1, 1.

Digitized by Google

n'entraîne pas la perte de la cité. La prohibition du *pignus* sur les enfants, se trouve encore dans la L. 1, *De patrib. qui liberos*, C. 4, 43. déjà citée, et dans la L. 6, *Quæ res pignori...* C. 8, 17. Enfin Justinien lui-même, dans la Novelle, 137, c. 7, renouvelle la prohibition et modifie la peine : le créancier qui reçoit sciemment un enfant en gage, avec ou sans un droit à ses services, non-seulement perd sa créance, mais encore doit rendre à l'enfant et à ses parents la même somme, sans préjudice de peines corporelles, qui lui seront infligées par le juge du lieu.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

DROIT DE PUISSANCE DANS L'INTÉRÊT DU FILS.

Le caractère essentiellement désintéressé de la puissance paternelle, la prédominance, que doit avoir dans le gouvernement du père, l'intérêt de l'enfant sur l'intérêt du père, n'a jamais été aperçue par les législateurs et les jurisconsultes de Rome. Il n'appartenait qu'au christianisme, en commandant aux enfants une obéissance plus grande et fondée sur des motifs plus élevés, de montrer aux pères en première ligne les graves obligations qui leur incombent et de les ramener à l'exécution complète de leurs devoirs, antérieurs à leurs droits. L'intérêt des enfants n'a tout au plus été considéré dans la législation romaine qu'à une époque assez avancée, et seulement pour modérer les droits du père, nullement pour lui imposer des devoirs positifs, ni même pour lui reconnaître les droits correspondant à ces devoirs. Tout au plus voyons-nous apparaître assez tard un droit aux aliments réciproque entre le père et les enfants. A côté de cela nous ne voyons établir ni le devoir ni le droit d'éducation, si important pourtant ; ni le devoir ni le droit général d'assister l'enfant encore incapable dans ses actes judiriques. Il n'y a pas de tutelle ni rien d'analogue sur les enfants mineurs; il est vrai que cela s'explique jusqu'à un certain point par l'incapacité du fils de famille, qui ne pouvait acquérir

Digitized by Google

ou conserver aucun droit pour lui-même, mais comme il était capable de faire les actes juridiques, sauf à faire acquérir à son père le profit de ses actes, il pouvait se présenter des cas, où un pouvoir tutélaire du père eût été utile, si l'on avait tenu compte de l'intérêt du fils. Il n'y a d'exception à ces règles que pour un seul cas, pour le mariage du fils : voilà un acte fort important pour l'enfant, que l'enfant est capable de faire et pour lequel la protection du père vient s'exercer par la nécessité pour l'enfant d'obtenir son consentement. Et encore faut-il dire que nous présentons la chose ainsi pour nous conformer aux principes rationnels, et par suite du parti que nous avons pris de montrer l'application des vrais principes dans les législations positives, même à l'insu de leurs auteurs. Car pour les Romains la chose se présentait tout autrement : ils étaient dominés uniquement, au moins dans le principe, par la pensée du pouvoir absolu du père, du droit entier de gouvernement et de disposition qu'il avait sur sa famille, du contrôle suprême qu'il devait exercer sur tous ses membres et sur tout ce qui pouvait l'augmenter ou la diminuer. Cela était tellement dans les idées des Romains que dans le commencement le père pouvait même forcer ses enfants au divorce. Etudions avec quelque détail ce droit de consentement au mariage.

D'abord la nécessité du consentement de l'enfant a toujours été reconnue, et est établie par une foule de textes (1) avec autant de force que la nécessité du consentement du père : *Nuptiæ consistere non possunt, nisi*

(1) Ulp. reg. 5, 2 ; — L. 2, De ritu nupt. D. 23, 2, — L. 16, § 2, L. 21, ibid. — L. 12, 14 De nuptiis, C. 5, 4.

Digitized by Google

consentiant omnes; id est qui coeunt quorumque in potestate sunt; nous dit Paul dans la L. 2, *De ritu nuptiarum*, D. 23, 2. Toute la question qui pouvait être agitée était celle de savoir quel degré de liberté pouvait et devait avoir le consentement de l'enfant. A cet égard il semble qu'il fallait distinguer entre le fils et la fille: le fils ne pouvait jamais être forcé légalement à consentir (1); seulement, s'il consentait, quand même il l'aurait fait sous l'empire de la crainte et même de la contrainte, *si patre cogente ducit uxorem*, le mariage était valable; le consentement paraissait suffisant, *maluisse hoc videtur* (2). A l'égard de la fille, on regardait son consentement comme suffisant, si elle ne se refusait pas à la volonté de son père (3); et, qui plus est, on ne lui permettait de s'y refuser que si l'époux qu'on lui proposait était *indignus moribus* ou *turpis* (4). Ainsi la fille doit consentir, mais son consentement peut être contraint, sauf dans un seul cas; la différence sur ce point entre le fils et la fille est clairement manifestée par l'opposition des termes entre la L. 12, § 1, *De spons.* D, et la L. 13, au même titre, qui suit immédiatement; la première relative à la fille, la seconde au fils. La L. 20, *De nupt.* C. 5, 4, paraît aller plus loin et n'exiger le consentement de la fille que si elle est *sui juris*, c'est-à-dire dans un cas où la nécessité du consentement du père a été plus difficilement et plus tard admise.

Quant à la nécessité du consentement du père elle est

(1) L. 13, De sponsalibus, D. 23, 1.
(2) L. 22, De ritu nupt., D. 23, 2.
(3) L. 12, pr. De sponsalibus. D. 23, 1.
(4) L. 12. § 1. De sponsalibus, D. 23, 1.

Digitized by Google

établie par une foule de textes (1); tous s'accordent à reconnaître au père la plus grande latitude sur ce point; sa décision a toujours été absolue et sans appel. Nous ne trouvons à ce pouvoir qu'une seule restriction établie par Auguste dans la loi Julia : c'est que le père ne pouvait pas se refuser d'une manière générale à marier ses enfants, et qu'il pouvait être forcé à le faire, par les présidents des provinces et les proconsuls (2). Ainsi sa volonté était toujours entièrement libre sur le choix d'un époux; ce qu'il ne pouvait pas, c'était de se refuser à tout mariage de son enfant. Il est probable pourtant que s'il se refusait absolument à faire un choix, il fallait bien que le choix fût fait par le magistrat; autrement la disposition de la loi Julia eût été illusoire. On entendait même largement la disposition de la loi Julia, et l'on considérait comme un refus de marier, la négligence à chercher un parti.

Les Institutes nous disent que le consentement du père doit précéder le mariage, *in tantum ut jussus parentis præcedere debeat*. Ainsi le consentement donné au mariage après coup ne pourrait pas effacer le vice résultant du défaut de consentement pour le passé, il validerait seulement le mariage pour l'avenir, à partir du moment même où le consentement serait donné. Les enfants conçus avant ne seraient pas *legitime concepti*.

Il y a un texte qui pourrait sembler contraire à cette doctrine, c'est la L. 5, *De nuptiis*, C. 5,4 : *si (ut proponis) pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, co-*

(1) Les principaux sont : Inst. 1,10, pr.; — Ulp. reg. jur. 5. 2 ;— Paul. Sent. 2, 19, 2. — L. 2, 35, De ritu nupt. D. 23, 2.

(2) L. 19, De ritu nupt. D. 23, 2.

Digitized by Google

gnitis nuptiis vestris, non contradixit : vereri non debes ne nepotem suum non agnoscat. Il semble bien en s'en tenant aux termes de la loi que le consentement tacite a été donné après coup : après avoir connu le mariage le père n'a pas protesté; et le texte reconnaît néanmoins sans distinction de temps la validité de ce mariage. Il ne faut pas néanmoins admettre facilement une antinomie, il est probable que, dans l'espèce proposée à la décision impériale, se trouvait un élément qui n'a pas été reproduit dans la réponse : soit que le père eût connu le mariage d'avance, ou au moment même de la célébration, parce qu'il y était, mais sans donner un consentement formel; soit qu'il fût absent au moment du mariage, comme nous le verrons tout à l'heure; soit enfin que l'enfant, à propos duquel la question est posée, ne fût né qu'après la connaissance que son grand-père avait eue du mariage de ses parents.

Du reste nous voyons qu'aucune forme, aucune solennité n'était exigée pour le consentement du père, lequel pouvait fort bien être tacite : *Si nuptiis pater tuus consensit, non oberit tibi, quod instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit* (1).

On peut se demander si un consentement général du père au mariage de son enfant, sans désignation du conjoint, pouvait suffire. Cette question paraît au premier abord résolue négativement par la L. 34 *De ritu nuptiarum* D. 23. 2 : *Generali mandato quærendi mariti filiæ familias, non fieri nuptias rationis est. Itaque personam ejus patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiæ contrahantur necesse est.* Ainsi le mandat

(1) L. 2, De nuptiis, C. 5, 4.

Digitized by Google

général donné à la fille de se chercher un mari ne la dispense pas de demander à son père un consentement spécial pour le mari qu'elle aura trouvé. Mais il faut faire attention à la teneur du mandat, c'est seulement de se chercher un mari. Mais si le père avait dit *ut cui vellet nuberet*, nous ne serions plus dans la même hypothèse, la volonté du père serait beaucoup plus formelle, et la précision du langage des jurisconsultes est assez grande habituellement pour que nous ne soyons pas autorisés à conclure de la première espèce à la seconde. N'ayant donc aucun texte sur le consentement général donné par le père, il faut résoudre la question d'après les principes ; et, comme la nécessité du consentement du père était fondée essentiellement, non sur une idée de protection, mais sur l'idée de sa puissance, il est probable qu'il lui était permis de renoncer simplement au contrôle qu'il pouvait exercer sur le mariage de sa fille. C'est la solution qu'adopte Cujas sur la loi qui nous occupe.

Si le père était dans l'impossibilité de consentir ; s'il était fou ou absent, on avait hésité longtemps entre le respect pour l'autorité paternelle, et le désir de voir les enfants se marier. A l'époque des jurisconsultes, relativement au père absent, il paraît que l'on s'accordait unanimement pour admettre qu'au bout de trois ans d'absence proprement dite du père, c'est-à-dire trois ans de non-présence jointe à l'incertitude de l'existence, le fils ou la fille pouvaient se marier sans le consentement du père absent (1), et l'on donnait la même solution pour le père captif chez l'ennemi (2). Julien même allait

(1) L. 10, De ritu nupt., D. 23, 2.
(2) L. 9, § 1, De ritu nupt., D. 23, 2.

Digitized by Google

plus loin, il admettait la validité du mariage contracté même avant l'expiration des trois années (1), pourvu seulement que le choix de l'enfant fût de nature à ne pas être réprouvé par le père, s'il était présent. Cette différence d'opinion entre Julien et les autres jurisconsultes n'a rien d'étonnant en elle-même; mais on peut se demander ce que signifie l'insertion simultanée au Digeste dans deux fragments consécutifs de deux opinions qui paraissent opposées. Il ne peut pas y avoir là une antinomie causée par une inadvertance des compilateurs. On pourrait être tenté de concilier les deux textes en disant que l'empêchement résultant de l'absence du père pendant les trois premières années était purement prohibitif, mais non dirimant, car Julien ne dit pas que le mariage est permis, mais que s'il a été fait il sera valable. Mais je ne pense pas qu'il faille tirer une conséquence aussi importante d'une simple différence de rédaction qui ne paraît pas faite exprès; la distinction des empêchements prohibitifs et dirimants n'était pas faite en droit romain. Faire du défaut de consentement en ce cas un empêchement purement prohibitif est contraire aux habitudes et aux idées romaines, attendu que le consentement était fondé sur la puissance du père qui était absolue, et n'admettait pas de moyen terme. Enfin pour un empêchement purement prohibitif il faut une autre sanction puisqu'il n'y a pas la nullité, et nous ne trouvons nulle part cette sanction. Non, il faut dire, je crois, tout simplement que l'opinion des jurisconsultes a été relatée par Justinien uniquement comme renseignement historique; et d'ailleurs les deux

(1) L. 14, De ritu nupt., D 23, 2.

Digitized by Google

opinions ne sont pas contraires si l'on n'argumente pas *a contrario* de la première : la première dit « on peut se marier après les trois années; » la seconde dit « on peut se marier même avant les trois années. » Il faut prendre ces deux opinions dans ce qu'elles ont de positif et écarter ce qu'elles ont de négatif.

Quant au cas où le père est fou, on avait admis assez facilement que la fille pourrait se marier sans consentement; mais pour le fils on hésitait à cause de la plus grande gravité de son mariage qui donnait à son père des nouveaux héritiers siens, sans sa volonté. Justinien tranche la controverse et admet le mariage du fils comme de la fille sans consentement, moyennant certaines formalités pour faire déterminer la dot ou la donation *propter nuptias*, d'une manière convenable, et sans frais (1).

Quant à la sanction de l'obligation d'obtenir le consentement du père, tous les textes sont unanimes pour nous dire que le mariage contracté sans ce consentement est nul, n'existe pas comme mariage romain ; Ainsi Paul dit formellement dans la L. 2, *De ritu nupt.* D. 23, 2, *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes.* Et cette nullité est une nullité absolue ; cela résulte du *principium* du titre *de nuptiis* aux Institutes, qui exige que le consentement du père précède le mariage ; ce qui prouve que le père ne peut pas ratifier le mariage contracté sans son consentement, de manière à lui faire produire des effets dans le passé et à sa date. L'ombre d'un doute ne serait pas possible sans un passage des

(1) Inst. 1. 10, pr.; — L. 25, De nupt. C. 5, 4; — L. 28, De episcopali audient. C. 1, 4.

Digitized by Google

Sentences de Paul, dont une fausse interprétation a tiré une contradiction à tous les principes exposés ci-dessus. Voici le texte : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur* (1). Le sens naturel et véritable de ces derniers mots, c'est qu'un mariage *jure contractum*, contracté avec le consentement du père, ne peut pas être dissous par la volonté de celui-ci. Et cela était utile à dire parce que dans le principe le père avait pu forcer son fils au divorce ; cette faculté avait été abolie à bon droit par la raison de justice absolue et d'intérêt social qui demande la stabilité des mariages ; comme dit Paul : *Contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur*. Au lieu d'entendre la chose ainsi, on a voulu conclure des mots, *sed contracta non solvuntur*, que le mariage conclu sans le consentement du père ne pouvait pas être annulé. Mais cette opinion, contraire à tous les textes, et reposant sur une fausse intelligence du mot *contracta*, puisqu'on l'entend du cas précisément pour lequel Paul vient de dire, *non contrahuntur*, paraît généralement abandonnée maintenant et nous n'entrerons pas dans toutes les subtilités par lesquelles Cujas essaie de la soutenir.

Si l'enfant qui se mariait avait encore plusieurs ascendants paternels, c'était celui sous la puissance duquel il était, dont il devait obtenir le consentement ; et, s'il s'agissait d'une fille, ce consentement suffisait. Mais, si c'était un fils, il devait obtenir en outre le consentement de tous ceux, sous la puissance de qui il devait retomber à la mort de son aïeul (2) ; le motif

(1) Paul. Sent. 2, 19, 2.
(2) L. 16, § 1, De ritu nupt., D. 23, 2.

Digitized by Google

était qu'on ne voulait pas qu'il pussent avoir de nouveaux héritiers siens, dans les enfants du fils, sans y avoir consenti : *Ne ei invito suus heres agnascatur* (1). Pour la fille ce motif-là n'existait pas; car ses enfants ne devaient jamais retomber sous la puissance de leur aïeul maternel.

Cette nécessité du consentement du père, découle uniquement de la puissance paternelle ; aussi ne voit-on jamais exiger le consentement de la mère qui n'avait pas de puissance. On finit pourtant par exiger le consentement, soit du père s'il existait, soit de la mère et des proches à défaut du père, pour le mariage de toutes les filles *sui juris*, mineures de 25 ans (2). Cette règle ne dérivait plus de l'idée de puissance, c'était un acheminement vers les idées modernes de protection pour les enfants encore peu capables à raison de l'âge. Aussi le lien de puissance n'était-il plus considéré dans cette matière ; le père, même lorsqu'il existe, n'a plus un droit de décision absolu ; en cas de dissentiment avec sa fille, le juge doit prononcer après avoir consulté les proches parents. C'était là un droit tout à fait nouveau et anomal dans la législation romaine.

A la même idée de puissance paternelle exercée dans l'intérêt de l'enfant, on peut rattacher le droit pour le père de nommer, par testament, un tuteur à ceux de ses enfants qui vont en avoir besoin à sa mort, c'est-à-dire à ses enfants impubères, qui vont devenir *sui juris* (3); et de plus à ses filles même pubères, du moins pendant toute la période où a duré la tutelle perpétuelle des

(1) Inst. 1, 11, § 7.
(2) L. 1, 18, De nuptiis, C. 25, 4.
(3) Inst., 1, 13, 3. — L. 1, sq , De testamentaria tutela, D. 26, 2.

Digitized by Google

femmes (1). Ce droit dans toute sa latitude était inhérent à la puissance paternelle. — Il fut accordé, mais avec moins d'extension au père sur ses enfants émancipés, à la mère et même à d'autres personnes qui avaient droit, sous certaines conditions, de désigner un tuteur, mais sans lui conférer eux-mêmes le pouvoir : le tuteur désigné par eux devait être confirmé par le magistrat avec ou sans une enquête, et ses pouvoirs ne commençaient qu'à la date de cette confirmation (2).

Enfin, une troisième institution que nous rangerons sous le même chef, est le droit, pour le père, de faire d'avance, en même temps que le sien, le testament de son fils pour le cas où celui-ci mourrait après lui, encore impubère; c'est ce qu'on appelle la *substitution pupillaire* (3). Ce droit était encore une conséquence de la puissance paternelle, car il ne pouvait être exercé que par le père *sui juris* pour les enfants qu'il avait en sa puissance.

(1) Gaius, Comm. 1; 144.
(2) L. 1, sq., De confirmando tutore, D. 26, 3.
(3) Inst. 2, 16.

Digitized by Google

TITRE III.

DROIT DE GARDE.

Les diverses actions qui peuvent compéter au père pour protéger son droit de puissance paternelle sont énumérées dans un texte d'Ulpien, la L. 1, § 2 *De rei vindicatione*, D. 6, 1 : *Per hanc autem actionem liberæ personæ quæ sunt juris nostri, utputa liberi qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut prœjudiciis aut interdictis aut cognitione prœtoria ; et ita Pomponius libro* 37; *nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex jure Romano, » videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; ait enim adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.* On le voit la *rei vindicatio* qui paraissait d'abord écartée absolument est admise avec une certaine modification de la formule, et il y a en outre les *interdits*, la *cognitio prœtoria* et les *prœjudicia*. Nous allons examiner successivement ces divers moyens après avoir indiqué sommairement dans quels cas chacun d'eux pouvait s'employer.

La première distinction à faire, c'est que la revendication et les interdits ne s'employaient que contre les étrangers retenant l'enfant; tandis qu'au contraire, la *cognitio* et le *prœjudicium* ne s'employaient que contre l'enfant lui-même. Ensuite la différence entre la revendication et les interdits, est, comme toujours, que la

Digitized by Google

revendication a directement pour but d'établir le droit du père à l'encontre du défendeur, tandis que les interdits avaient surtout pour but direct de faire reprendre au père la détention de son enfant, dans des cas plus urgents. La différence entre la *cognitio* et le *prœjudicium* c'est que la *cognitio* est la réclamation du droit du père sur son fils, lorsqu'elle doit avoir une conséquence pratique immédiate, laquelle devra être prononcée par la même sentence ; tandis que le *prœjudicium* est surtout un moyen de précaution par lequel le père fait reconnaître son droit pour pouvoir l'invoquer dans un autre procès dans un avenir plus ou moins éloigné, peut-être très-prochain ; c'est-à-dire que pour le *prœjudicium* il n'y a pas besoin d'avoir un intérêt né et actuel. Nous reviendrons, du reste, sur ces explications.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

REVENDICATION.

Le texte, que nous avons cité, indique la manière de faire la revendication des enfants par le père, en ajoutant quelques mots à la formule pour déterminer le sens de l'action qu'on intente, *adjecta causa*. Mais ce texte n'est pas parfaitement clair et il a donné lieu à une difficulté sérieuse. Quels sont les mots qui doivent être ajoutés à la formule ordinaire pour la revendication des enfants ? Cujas (1) et Pothier (2) disent qu'on doit seulement ajouter *ex jure Quiritium*, car les deux formules *ex jure Romano* ou *ex lege Quiritium* paraissent des altérations triboniennes de la formule *ex jure Quiritium*. Nous proposerons avec d'excellents auteurs de dire qu'on doit indiquer qu'on revendique telle personne comme fils, comme étant *in potestate* .

Cujas nous dit que, la puissance paternelle étant du droit civil et non du droit des gens, on devait préciser qu'on ne réclamait l'enfant qu'en vertu du droit civil romain; et que c'est là le sens des mots *adjecta causa ex jure Quiritium*, pris de Pomponius et reproduits avec approbation par Ulpien.

Mais il nous semble d'abord que l'emploi de ces mots *ex jure Quiritium* n'aurait pas été une addition à la formule ordinaire; car la formule ordinaire de la revendi-

(1) Comm. in Dig. l. 6, tit. 1, l. 1, § 2. — Ed. Neap. t. VII ; c. 229, D.

(2 Ad l. 1, § 2, De rei vindicatione, D. 6, 1 .

Digitized by Google

cation, telle qu'elle nous est conservée, contient ces mots *ex jure Quiritium*. En supposant même, ce qui n'est nullement démontré, que l'emploi de ces mots ne fût pas ordinairement obligatoire ; il paraît au moins qu'il était habituel, et ce n'était pas réellement ajouter quelque chose à la formule que de les employer. Et comment, dans le système de Cujas, le jurisconsulte aurait-il pu commencer par dire que la formule ordinaire de la revendication ne pouvait pas être employée pour les enfants en puissance?

Le fond de la question, c'est l'interprétation du texte d'Ulpien ; or voici, je crois, le sens qu'une lecture attentive de la loi montrera clairement avoir été celui du jurisconsulte : Ulpien examine précisément la question qui nous divise ; Pomponius avait dit qu'on pouvait revendiquer *adjecta causa ;* ces mots n'étaient pas clairs, et Ulpien cherche à les interpréter. Il donne les formules, qui, suivant lui, répondent à la pensée de Pomponius : *Si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex jure Romano »*. J'ajoute des guillemets pour bien montrer sa pensée ; ils ne sont pas dans le texte parce que c'est là un procédé moderne, mais il suffit d'être un peu familier avec les tournures de phrase des jurisconsultes pour saisir du premier coup d'œil que c'était la pensée d'Ulpien. Il veut dire : Si quelqu'un se sert de cette formule (*ita petit*), « *filium suum* » ou « *in potestate ex jure Romano* », il me semble que Pomponius est d'avis que son action est correcte ; car il dit qu'on peut revendiquer *ex lege Quiritium*, en ajoutant le motif.

Dans le système contraire, comment peut-on entendre cette phrase? *Si quis ita petit. Ita* se rapporte alors à ce qui précède, et veut dire *si quis petit adjecta causa*, selon

Digitized by Google

la phrase même de Pomponius citée immédiatement avant. Mais alors comment Ulpien s'exprime-t-il d'une manière dubitative, sur l'approbation que Pomponius donnerait à cette manière d'agir ? *Videtur mihi Pomponius consentire recte eum egisse.* Comment ? Ulpien reproduit les termes mêmes de Pomponius, n'y ajoute rien, et doute de son approbation. Cela n'est pas possible. Il faut admettre qu'Ulpien fait un pas en avant, dit plus que n'a dit Pomponius, précise sa pensée, en proposant les deux formules « *filium suum* », « *in potestate ex jure Quiritium* » ; alors il est tout naturel qu'il dise : Je crois que c'est là la pensée de Pomponius lorsqu'il dit *adjecta causa*, et qu'il reproduise de nouveau les termes employés par celui-ci, afin de mieux montrer la conformité de sa pensée avec la sienne. Toute la marche de cette phrase est incompréhensible dans l'autre système. J'ajoute que la première proposition, dans ce système, est boiteuse, tout à fait contraire à la construction latine : *si quis ita petit*, si on demande ainsi, *filium suum vel in potestate ex jure Romano ;* à quoi se rapporte *in potestate* à rien, il faudrait dire *aliquem in potestate* ou *eum qui est in potestate ;* mais il est de toute impossibilité en latin, comme dans toute langue un peu formée, que *in potestate* soit le régime direct d'un verbe actif. Je sais bien qu'on supprime le *vel*, mais c'est un moyen trop commode de se donner raison, malgré les manuscrits. Enfin notre opinion est encore confirmée par un passage de Gaius, où il décrit l'adoption qui se fait par une *vindicatio* fictive, et nous dit : *Is qui adoptat vindicat apud prætorem* « *filium suum esse* ». Ici les guillemets sont indiqués d'une manière indubitable par le sens de la phrase, de sorte que notre interprétation du texte d'Ul-

Digitized by Google

pien se trouve vérifiée par là, et quant au fond, et quant à la forme.

Disons donc que la revendication des enfants par le père est possible, pourvu que celui-ci précise par la formule le droit exact, qu'il prétend sur eux, et qui n'est pas un simple droit de propriété quiritaire ; en ajoutant *filium meum* ou bien *in potestate mea ex jure Quiritium*.

Cette action en revendication devait être employée contre les tiers détenteurs de l'enfant qui prétendaient avoir un droit sur lui, soit un droit de propriété comme esclave, soit le *mancipium* ou la *manus*. Dans le cas d'un fils vendu pour la première ou la seconde fois par son père, il est probable que l'acheteur ou ses ayants-cause avaient une exception analogue à l'exception *rei venditæ et traditæ*. A l'égard du fils vendu pour la troisième fois, ou des autres enfants vendus même pour la première fois, comme à l'égard de la femme tombée *in manu*, leur légitime détenteur n'avait pas besoin d'exception, car il n'avait qu'à nier la prétention du demandeur et à prouver qu'il n'avait plus la puissance paternelle sur son enfant.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

INTERDITS.

Le père a, relativement à ses enfants en puissance, deux interdits, qui font l'objet du titre 30, du livre 43, du Digeste, tiré presque tout entier du livre 71 d'Ulpien *ad Edictum*. Ce sont les interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis*. L'économie de ces deux interdits est facile à saisir; le premier a pour but de faire exhiber les enfants, pour préparer le second, par lequel le père réclame le droit de les emmener avec lui (1). Tous deux appartiennent à celui qui a une personne en puissance, pour la reprendre contre celui qui la détient (2).

Voici la formule du premier interdit *de liberis exhibendis : Qui quœve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas* (3). Ulpien nous fait remarquer (4) que le préteur n'admet pas comme dans l'Interdit *de libero homine exhibendo* que le défendeur puisse avoir de justes causes de retenir l'enfant, il ne dit pas *si dolo malo apud te est*, ou *dolo malo retines*. Aussi, dès qu'il est certain que le réclamant a la puissance paternelle sur l'enfant, l'exhibition doit avoir lieu. Il n'y aurait donc qu'une exception péremptoire en cette matière, ce serait l'exception de la chose jugée, qui ne

(1) L. 3, § 1, De liberis exhibendis, item ducendis, D. 43, 30.
(2) L. 1, § 1; 2, § 1 De liberis ducendis, D. 43, 30.
(3) L. 1 pr. eod.
(4) L. 1, § 2, cod.

Digitized by Google

permettrait pas d'examiner la prétention du revendiquant, s'il avait déjà été jugé qu'il n'a pas la puissance paternelle sur cet enfant (1). Dans un cas, cependant, il y avait une exception spéciale en cette matière, c'était au profit de la mère à qui les enfants avaient été remis après le divorce : plusieurs constitutions, dont la dernière de Dioclétien et Maximien est au Code, permettaient au juge de lui remettre les enfants; et Ulpien décide qu'il faudra lui donner une exception, si le père demandait contre elle l'interdit *de liberis exhibendis* (2). Enfin Ulpien se pose une dernière question (3) : Donnera-t-on au mari une exception contre son beau-père qui voudrait se faire exhiber sa fille et l'emmener? Le jurisconsulte paraît assez timide dans sa réponse; il pose comme un principe certain que le père ne peut pas venir troubler par l'exercice de son autorité un mariage bien uni : *Bene concordans matrimonium.* La conclusion à déduire de ces prémisses serait qu'on va donner une exception au mari; d'autant mieux que les rédacteurs des Pandectes ont intercalé immédiatement, après cette phrase un passage d'Hermogénien formant la L. 2 du titre, qui donne même au mari contre son beau-père un interdit *de uxore exhibenda ac ducenda ;* en supposant, ce qu'il faut toujours supposer ici pour qu'il y ait doute, que la femme n'est pas *in manu*, qu'elle est restée sous la puissance de son père. Pourtant Ulpien ne donne pas l'exception, il dit : *Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.* On devra agir seulement sur le père par

(1) L. 1, § 4, eod.
(2) L. 1. § 3, eod.
(3) L. 1, § 5, eod.

Digitized by Google

la persuasion; cela paraît un moyen souvent peu efficace et en tout cas extrajudiciaire. Pourtant on peut encore entendre cela en un sens assez satisfaisant : le père a toujours la puissance paternelle sur sa fille, il a droit de l'exercer au moins pour tout ce qui ne trouble pas son ménage; pour cela il peut exiger d'être mis en rapport avec sa fille, il peut en demander l'exhibition; et certes il n'est pas difficile de trouver bien des cas où cette exhibition ne serait nullement onéreuse pour le mari quoique le père y eût beaucoup d'intérêt. Le mari ne pourra donc pas se refuser à exhiber la fille; le père mis en rapport avec elle pourra exercer ses droits de père, peut-être par des remontrances, par une correction légère, etc. Mais, si jamais l'exercice de ses droits menaçait de troubler le ménage, on donnerait alors au mari l'interdit *de exhibenda et ducenda uxore*. De plus il faut remarquer qu'Ulpien, à moins que son texte n'ait été bouleversé, fait cette observation à propos de l'interdit exhibitoire seulement; et quoiqu'il dise : *Si quis filiam velit abducere vel exhiberi sibi desideret*, il est probable qu'il pensait principalement à l'exhibition plutôt qu'à l'abduction de sa fille. Sa décision ne s'appliquera donc en général que pour l'exhibition; et alors, elle est encore plus rationnelle. Quelle qu'ait été la pensée d'Ulpien sur ce dernier point, la place donnée à ce paragraphe dans la L. 1, consacrée à l'interdit exhibitoire, rend l'opinion que nous avons émise encore plus probable sous la législation de Justinien.

La formule du second interdit *de liberis ducendis* était la suivante : *Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus Lucio Titio ducere liceat, vim fieri*

Digitized by Google

veto (1). Cet interdit est aussi général et absolu, il n'admet pas de défense valable de celui qui détient l'enfant : du moment que la puissance paternelle est prouvée, le père a le droit d'emmener son fils. Pourtant il faut faire ici la même exception que pour l'interdit exhibitoire : la mère divorcée à qui auraient été remis les enfants (ce qui ne porte nullement atteinte à la puissance paternelle) pourra se défendre par une exception contre le père (3). Ulpien ne reparle pas ici du concours entre le père et le mari relativement à la femme mariée; nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut.

Maintenant nous devons voir dans quelles circonstances se donnait cet interdit. Il ne se donnait jamais contre le fils lui-même; contre lui on devait employer la *cognitio prætoria* ou le *præjudicium*. Pour qu'il y eût lieu à l'interdit, il fallait que quelqu'autre personne s'opposât à la prétention du père : *Sed utique esse debet is qui eum interdicto defendat* (3). Peu importe du reste que ce défenseur prétendît ou non avoir lui-même un droit sur le fils; ainsi notamment ce défenseur pouvait très-bien être le tuteur de l'enfant impubère prétendant qu'il est *sui juris* (4). Cujas soutient même (5) que les interdits ne peuvent être employés que si l'état du fils et la puissance paternelle du demandeur ne sont pas contestés; que s'il y a contestation sur ces points on doit

(1) L. 3, pr. eod.
(2) L. 3, § 5, eod.
(3) L. 3, § 3, eod.
(4) V. un exemple, l. 3, § 4, — Item. si is..., eod.
(5) Comm. in Dig. l. 6, tit. 1, l. 1. § 2. — Ed. Neap. t. 7, c. 229.

Digitized by Google

recourir aux autres actions. Il argumente par analogie de ce qui a lieu pour l'interdit *de libero homine exhibendo*, qui n'est pas donné, dit-il, quand il y a contestation sur l'état de l'homme qui en fait l'objet. D'abord je n'admets pas l'analogie; car les interdits sont loin d'être rédigés de la même manière: dans l'un le préteur dit *quem liberum dolo malo retines*, la question de liberté n'est pas posée; ici au contraire, dans l'interdit *de liberis ducendis*, il dit: *si L. T. in L. T. potestate est;* il y a bien là une question posée au juge qui peut donc être controversée par les parties. Mais il y a plus, et on ne comprend pas comment Cujas a pu formuler cette assertion en présence de textes formels contraires. Ces textes sont fort nombreux: la L. 1 au § 1, dit : *Quem in potestate sua esse dicit;* au § 5, *ne de hoc quæratur* AN SIT IN POTESTATE, *sed an sit judicatum*; — La L. 3, § 4. — *Item si is....* suppose un tuteur prétendant, contre le demandeur, que le fils est *pupillus*, c'est-à-dire *sui juris*. Enfin la L. 5, est encore plus formelle, s'il est possible; elle dit que l'interdit ne se donne pas, quand le fils est de son plein gré chez le défendeur, et elle ajoute *nisi inter duos qui se patres dicerent controversia esset;* ici l'interdit ne se donne précisément que dans le cas où il y a discussion sur l'état de l'enfant. L'erreur de Cujas est donc tout à fait inexplicable.

Nous avons dit que les interdits dont nous nous occupons ne se donnaient pas contre le fils lui-même. La L. 4, paraît contredire cette doctrine; car supposant une personne qui se dit *sui juris*, elle dit qu'on donnera l'interdit contre elle. Pothier (1), et Cujas (2), dans un pas-

(1) L. 4, De lib. exhib. D. 43, 30.
(2) Tom. 4, c. 1325, C.

Digitized by Google

sage, proposent d'expliquer cette loi en disant qu'on donne l'interdit contre le fils lui-même lorsque la question d'état est incidente; et en effet, dans la loi citée, elle se présente comme accessoire à une question d'hérédité. Mais cette explication est elle-même inexplicable, on ne voit nullement pourquoi la manière incidente dont se produit la question donnerait ouverture à l'interdit; il n'y a aucune analogie qui nous conduise à cette supposition. Mais Cujas lui-même au même passage donne une autre explication, qu'il répète ailleurs sans hésitation (1), et qui est beaucoup plus plausible; il suffit de supposer que le prétendu fils a un défenseur étranger, par exemple que c'est un pupille défendu par son tuteur comme dans la L. 3, § 4. Cette explication est certainement beaucoup plus simple et plus probable.

La L. 3, § 4, s'occupe du cas où l'enfant est encore impubère, et elle décide qu'on ne devra juger l'affaire immédiatement que si l'autorité et les mœurs du demandeur ou du défendeur créent de fortes présomptions de justice dans leurs prétentions; dans le cas contraire, si aucune des parties n'offre des garanties suffisantes, on devra remettre l'affaire au moment de la puberté pour ne pas faire tort à l'enfant; et décider seulement provisoirement qui élèvera l'enfant. La même loi au § 6 veut que, pendant tout le temps du procès sur cet interdit, la personne réclamée, si c'est une femme ou un enfant encore revêtu de la robe prétexte, soit remise à une *mater familias*, c'est-à-dire à une matrone, à une femme respectable.

Il est à remarquer que ces interdits ne sont donnés

(1) T. 7, c. 230, A.

Digitized by Google

qu'à celui qui a la puissance paternelle, de sorte que le père qui les emploie doit prouver tout son droit pour les exercer. Ainsi ces interdits n'ont, pas, comme beaucoup d'autres interdits, un caractère provisoire et en quelque sorte purement possessoire; mais ils ont un caractère plus définitif, ils décident le fond même du débat, ils sont en quelque sorte au pétitoire, et la preuve à faire est celle du droit complet de propriété ou de quasi-propriété, de puissance, du réclamant. C'est dans ce sens que Paul nous dit de ces interdits : *Veluti proprietatis causam continent* (1); ce qui veut dire à la fois, comme l'explique très-bien Cujas, que la puissance paternelle est presque un droit de propriété; et que la question posée dans ces interdits est une question de propriété et non une question de possession. Dès lors on peut se trouver embarrassé pour déterminer la sphère réciproque de l'interdit et de la revendication; car ils semblent alors se confondre. Pour résoudre cette difficulté, il faut remonter au caractère général des interdits; ils étaient employés ordinairement dans des cas d'urgence, dans des cas où il y avait un état de fait à régler immédiatement. Or il faut bien remarquer qu'autre chose est avoir à régler un état de fait; autre chose décider la question d'après des éléments de fait seulement. Il est très-possible de régler immédiatement un état de fait en se fondant sur des éléments de droit. Et c'est ce qui avait lieu pour les interdits qui nous occupent; sans doute on devait toujours faire la preuve en droit; mais il est de toute probabilité que les interdits étaient employés lorsque c'était surtout un état de fait

(1) L. 2, § 2, De interdictis, D. 43, 1.

Digitized by Google

qu'il s'agissait de modifier avec plus ou moins de promptitude, et cela devait se présenter souvent, de sorte que les interdits étaient la sanction la plus efficace du droit de garde, qui porte avant tout sur un état de fait. La revendication au contraire devait s'employer dans les cas plus rares où les prétentions opposées n'amenaient pas directement des conflits de fait, mais où il s'agissait de déterminer en principe et en général à qui appartenait l'ensemble des droits dérivant de la puissance paternelle.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

COGNITIO PRÆTORIA.

Lorsque le débat sur la puissance paternelle s'agitait entre le père et le fils, on ne pouvait pas employer les interdits (1) ni la revendication qui supposent toujours un objet litigieux placé entre deux prétendants opposés; tandis qu'ici l'objet en litige était l'état même de l'une des parties. Lorsqu'il n'y avait pas d'action spéciale organisée, comme dans ce cas, le préteur statuait lui-même sans renvoyer devant un *judex*.

Il n'y a rien de spécial à observer sur cette *cognitio extraordinaria*, ou tout, se passant devant le préteur, était réglé quant au fond et quant à la forme par le pouvoir discrétionnaire du magistrat sans aucune procédure déterminée d'avance, du moins sans aucune que nous connaissions.

La seule question à résoudre, c'est de savoir à qui incombait le fardeau de la preuve. Dans la revendication et les interdits il n'y avait pas difficulté : c'était le demandeur qui devait faire la preuve, comme toujours. Ici, où l'on n'était pas lié par une formule, on avait décidé par respect pour l'autorité paternelle que c'était le fils qui devait faire la preuve : *Si filius in potestate patris se esse neget, prætor cognoscit, ut prior doceat filius, quia et pro pietate, quam patri debet præstare, hoc statuendum est; et quia se* LIBERUM ESSE *quodam modo*

(1) L. 3, § 3, De liberis exhibendis, D. 43, 30.

Digitized by Google

contendit. Ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur . Ce texte paraît supposer que la qualité de père n'est pas déniée, que le fils prétend seulement qu'il n'est plus en puissance. Dans cette hypothèse les deux motifs donnés par la loi sont très-bons : il doit le respect à son père, et il a la présomption contre lui, *se liberum esse contendit,* car il est naturel qu'un fils soit en puissance, si aucun événement spécial n'est survenu. Ces motifs s'appliquent moins bien, si la qualité même du père est déniée. On pourrait en induire que la *cognitio* ne s'employait que si le fils reconnaissait sa qualité de fils. Je n'oserais cependant pas tirer une aussi grave conséquence d'un texte au moins assez vague. On peut dire que le respect dû aux parents doit entraîner la présomption en faveur du père prétendu, même lorsque sa qualité n'est pas certaine. Quant au second motif que le fils se prétend libre, il n'a aucune force ; car, dans tout procès, le défendeur prétend aussi quelque chose. Du reste il devrait suffire au prétendu fils, s'il ne se connaissait aucun père de prouver qu'il n'avait jamais été traité comme fils par le prétendu père ; car il ne pouvait pas prouver plus ; c'était à ce dernier de prouver alors sa paternité.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

PRÆJUDICIUM.

Le *prœjudicium* différait beaucoup de la *cognitio extraordinaria*, d'abord quant à la forme, car la *cognitio extraordinaria* avait lieu devant le magistrat, tandis que le *prœjudicium* avait lieu par le renvoi devant un *judex* avec une formule qui se réduisait à une *intentio* sans *condemnatio : si paret illum in hujus potestate esse;* ou *si paret illum patremfamilias esse.* Aussi jusqu'à l'abolition de l'*ordo judiciorum* par Dioclétien, il y avait une très-grande différence entre la procédure de ces deux moyens d'action.

Il est beaucoup plus difficile de déterminer quand on devait employer l'une, et quand on devait employer l'autre. Je n'ai vu nulle part cette question examinée, pourtant elle est fort intéressante. Voici la solution que je proposerais : on sait que les *prœjudicia* sont des instances judiciaires ayant pour objet de déterminer certains points de droit fort intéressants pour les parties, mais sans que la décision entraîne directement des conséquences pratiques, au moins dans la même instance; cette décision sera invoquée plus tard quand le besoin se présentera. Peut-être servira-t-elle immédiatement dans un procès pendant, que l'on aura suspendu précisément pour obtenir la solution d'une question qui doit influer sur sa décision et mérite, vu son importance, d'être examinée à part. Mais en tout cas le juge du *prœjudicium* n'a aucune condamnation à prononcer. Voilà

Digitized by Google

donc les cas où l'on emploiera le *prœjudicium an quis filius sit ;* ce sera lorsqu'on voudra faire résoudre la question d'une manière purement théorique pour s'en servir plus tard, ou lorsque la question se présentera incidemment à un autre procès dont la solution dépendrait de celle de cette question. Au contraire la *cognitio* sera employée lorsqu'on agitera la question de puissance paternelle pour en tirer immédiatement dans le procès même une application pratique; par exemple lorsque le père voudra reprendre la garde de son enfant qui se prétend *sui juris* et n'a pas de *defensor*.

Ainsi pour résumer l'ensemble des applications des quatre moyens d'action qui compètent au père : *L'interdit* et la *revendication* se donnent contre des étrangers, la *cognitio* et le *prœjudicium* contre le fils même; *l'interdit* et la *cognitio* sont employés pour obtenir immédiatement un résultat pratique, ce sont les deux actions par lesquelles spécialement le père exerce son droit de garde proprement dit, la *revendication* et le *prœjudicium* ont pour but de réclamer l'ensemble des droits de la puissance paternelle pour s'en servir à l'occasion.

Quant à la preuve dans le *prœjudicium;* il faut dire qu'elle incombait tantôt au père, tantôt au fils suivant la rédaction de la formule, et que le préteur rédigeait, sans doute, la formule suivant ce qui lui semblait le plus probable, ou suivant la nature du fait qu'il s'agissait d'établir. Ainsi si la formule était : *si paret illum filium* ou *in potestate hujus esse*, c'était le père qui devait faire la preuve, et l'on donnait, sans doute, cette formule lorsque la prétention du père était moins probable, ou lorsque la question de paternité était elle-même con-

Digitized by Google

testée, sans que le prétendu fils pût désigner son véritable père, car dans ce dernier cas la preuve complète par le fils n'était pas possible. Au contraire, si la formule était : *si paret illum patremfamilias* ou *sui juris esse*, c'était au fils de prouver, et on donnait sans doute cette formule quand le père avait les présomptions pour lui, quand le fils ne niait pas la paternité, et prétendait seulement qu'il avait été émancipé. Cujas résume très-bien ces principes : *In præjudicio probat qui habet formulam secundum id quod intendit* (1).

(1) Comm. in Dig. l. 6, tit. 1 ; § 2. — Ed. Neap. t. 7, c. 230, E.

Digitized by Google

TITRE VI.

DEVOIR PERPÉTUEL DE RESPECT ET DE RECONNAISSANCE.

Nous sortons maintenant des applications de la puissance paternelle proprement dite; nous devons dire quelques mots des devoirs existant pour les enfants envers leurs parents, indépendamment de tout lien de puissance entre eux. Il y a même cela de remarquable qu'en droit romain ces devoirs ne produisent guère d'effet vraiment juridique qu'en dehors de la puissance paternelle; par la raison que, tant que dure cette puissance, il ne peut guère y avoir de rapports juridiques entre un enfant et les ascendants. De ce que ces devoirs sont indépendants de tout lien de puissance, il s'ensuit qu'ils existent à l'égard de tous les ascendants, aussi bien la mère que le père, aussi bien les ascendants les plus éloignés que les plus proches (1).

Ces devoirs sont les devoirs de respect et de reconnaissance perpétuelle dont le principe est posé dans la *L.* 9 *De obsequiis parentibus præstandis. D.* 37. 15 : *Filio semper honesta et sancta persona patris videri debet.* La L. 1 au même titre nous montre la sanction directe de ces devoirs dans les peines qu'elle ordonne d'infliger aux enfants qui manquent de respect envers

(1) *Pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur. L.* 4, De curat. fur. D. 27, 10.

Digitized by Google

leurs parents. Elle nous dit notamment que le fils *soldat* qui manque de respect à ses parents doit être jugé indigne du service militaire et en outre puni. Elle nous apprend aussi au § 1, que ce devoir est le même envers la mère qu'envers le père, et qu'on tient compte de la parenté même formée pendant l'esclavage, lorsque le père ou la mère et l'enfant sont tous deux affranchis. Ce sont là des conséquences de ce que l'on considère uniquement le lien naturel, indépendamment de toute idée de puissance.

Aux peines citées par la L. 1 *De obsequiis*, il faut ajouter la révocation de l'émancipation par l'*actio ingrati*, qui appartient au père, si le fils manque à ses devoirs : *L.* un. *De ingratis liberis*. C. 8. 50.

Ces devoirs de respect et de reconnaissance produisent, en outre, deux ordres d'effets juridiques : d'abord ils obligent à modifier la forme des actions du fils pour en écarter tout ce qui pourrait être irrespectueux; ensuite ils empêchent que le fils puisse jamais poursuivre trop rigoureusement l'exécution des obligations contractées par ses parents envers lui, et réduisent la condamnation qui sera prononcée contre eux à ce que leur fortune leur permet de faire ; cette dernière faveur accordée aux parents est appelée *bénéfice de compétence*.

Nous ferons donc deux chapitres :

1° Modifications dans la forme des actions du fils;

2° Bénéfice de compétence des parents actionnés par leurs enfants.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

MODIFICATIONS DANS LA FORME DES ACTIONS DU FILS.

La première condition pour que le fils puisse actionner ses parents, condition qui est la garantie de l'accomplissement de toutes les autres, c'est qu'il obtienne la permission du magistrat. *Prætor ait : Parentem. . . . . in jus sine permissu meo ne quis vocet* (1). La même règle existe pour les patrons et les ascendants et descendants du patron. Modestin nous donne également le principe général avec son motif : *Generaliter eas personas, quibus reverentia præstanda est, sine jussu prætoris in jus vocare non possumus* (2).

Ce principe s'applique à tous les ascendants sans aucune distinction de sexe (3), ni de degré. Ulpien (4) écarte l'interprétation, qui voudrait restreindre le mot *parentem* aux ascendants jusqu'au trisaïeul, en disant que c'est le mot *majores* qui désigne les parents plus éloignés (5).

La règle s'applique aussi sans aucune considération des liens civils qui existent ou n'existent pas entre les

(1) L. 4, § 1, De in jus vocando, D. 2, 4.

(2) L. 13, eod.— Vid. Inst. 4, 16, 3;—4, 6, 12. — Gaius, Comm. 4, 46.

(3) L. 4, § 3, in fine, De in jus voc., D. 2, 4;— L. 3, in fin. eod. tit., C. 2, 2.

(4) L. 4, § 2, De in jus voc., D. 2, 4.

(5) V. dans le sens d'Ulpien : L. 51, De verb. signif., D. 50, 16; — L. 1, § 1, De leg. præst., D. 37, 5.— Dans le sens contraire, mais pour une autre matière, la L. 10, § 7, De gradibus et aff., D. 38, 10, Paul.

Digitized by Google

parents et les enfants; ainsi on tient compte même de la parenté commencée dans l'esclavage; même de la parenté naturelle, à l'égard du père et de la mère s'il y a eu concubinat, à l'égard de la mère seule si l'enfant est *spurius;* car alors la mère seule est certaine, le père ne l'est pas et ne peut pas l'être (1). A l'égard de la parenté adoptive, elle ne produit d'effet que vis-à-vis de l'adoptant, mais non vis-à-vis des parents de l'adoptant avec qui l'adopté n'a aucun rapport, ni civil, ni naturel; mais d'autre part d'adoption n'empêche pas que la prohibition ne continue d'exister à l'égard de toute la famille naturelle de l'adopté (2).

Ulpien (3) nous fait d'ailleurs remarquer que cette prohibition n'a pas d'effet tant que l'enfant est en puissance, parce que le lien de puissance empêche toute action entre le père et le fils, si ce n'est à raison du pécule *castrense*. C'est donc surtout après la dissolution de la puissance que cet effet se produit.

La peine contre ceux qui ne se conforment pas à cette disposition de l'édit est de 50 sous d'or. Mais l'action à raison de cette violation de la loi ne dure pas plus d'un an; et elle ne passe pas aux héritiers du défendeur, ni du demandeur; car c'est une espèce d'action d'injure (4). C'était une action *in factum* (5).

Maintenant il faut voir quelles règles suivra le préteur pour accorder ou refuser la permission; ou en d'autres termes quelles sont les actions qui ne pourront pas être

(1) L. 4, § 3; L. 5, De in jus vocando, D. 2, 4.
(2) L. 7, L. 8, pr. eod.
(3) Ibid. — Cf. L. 3, De in jus vocando, C. 2, 2.
(4) L. 24, De in jus vocando, D. 2, 4; — Inst., 4, 16, 3.
(5) Inst. 4, 6, 12; — Voyez la formule dans Gaius, Comm., 4, 46.

Digitized by Google

données aux enfants contre leurs parents. Ulpien nous le dit encore : *Permissurus est, si famosa actio non sit, vel pudorem non sugillat* (1). Ainsi les enfants ne peuvent diriger contre leurs parents aucune action infamante; voilà le principe général. On l'entend même très-largement, car on leur refuse même les actions qui n'entraînent pas une infamie légale, et qui sont, seulement par le fait même et dans l'opinion, infamantes pour celui qui est condamné, c'est ce qu'indique Ulpien en disant *vel pudorem non sugillat. Licet enim verbis edicti non videantur infames ita condemnati, vi tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam* (2), nous dit Julien à propos d'un cas particulier. Ulpien nous dit aussi : *Sed nec famosæ actiones adversus eos dantur : nec hæ quidem quæ doli vel fraudis habent mentionem, licet famosæ non sint* (3).

L'énumération des actions infamantes est faite dans les Institutes (4) : ce sont les actions *furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo;* les actions directes *tutelæ, mandati, depositi;* l'action *pro socio* (5). Ces actions sont toutes infamantes pour le défendeur qui est condamné. De plus les quatre premières sont infamantes, même si le jugement a été prévenu par une transaction; car la transaction n'empêche pas que le fait coupable n'ait eu lieu, elle en est même la reconnaissance. Les actions *tutelæ, mandati, depositi,* ne sont

(1) L. 10 § 12, De in jus vocand., D. 2, 4.
(2) L. 2, De obseq. parent., D. 37, 15.
(3) L. 5, § 1; L. 7, cod.
(4) Inst. 4, 16, 2.
(5) Il y a quelques autres actions infamantes, comme l'action *servi corrupti* : L. 56, pro socio, D. 17, 2.

Digitized by Google

infamantes que comme actions directes, c'est-à-dire contre le tuteur, mandataire, dépositaire, défendeur, parce qu'il y a dol à se laisser poursuivre pour l'exécution de ces obligations qui sont toutes de confiance. L'action contraire n'est pas infamante, parce que le pupille, le mandant ou le déposant peut fort bien ignorer ce qu'il redoit et vouloir le faire régler en justice : *Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere judicio solet dirimi* (1). L'action *pro socio*, qui est la même pour tous les associés, est infamante à cause de la bonne foi qui doit régner entre associés. On voit que, dans ces actions, il n'y a mauvaise foi qu'à se laisser condamner; aussi l'acquiescement ou la transaction en évitant la condamnation font éviter l'infamie.

Le refus de ces actions infamantes aux enfants contre leurs ascendants n'avait pourtant pas pour effet de mettre ceux-ci à l'abri de toute poursuite ; une pareille conséquence eût été souverainement injuste ; d'autant plus injuste que les actes qui motivaient ces actions étaient plus graves, puisque d'ordinaire ils étaient punis par l'infamie. On modifiait seulement la forme des actions, on les rédigeait *in factum* (2) de manière à en faire disparaître toute allégation déshonorante pour la personne de l'ascendant, sans ôter néanmoins aux faits toute leur portée. Par exemple pour l'action de dol au lieu de dire : *Si paret N. Negidium in ea re dolo malo fecisse*, on disait : *si paret eam rem non ex bona fide gestam esse;* et ainsi des autres. Cicéron dit très-bien de ces formules : *Eadem est actio vi ipsa, sed tectior* (3).

(1) L. 6, § 7, qui notantur infamia, D. 3, 2.
(2) L. 11, De dolo malo, D. 4, 3.
(3) Ad Attic., 6, 1.

Digitized by Google

Nous trouvons, citées dans le titre *De obsequiis parentibus præstandis*, D. 37, 15, plusieurs actions ou exceptions, qui ne sont pas infamantes légalement, mais qui néanmoins ne seront pas données aux enfants contre leurs ascendants.

Ainsi les actions qui sont infamantes par leur nature, ne sont plus infamantes lorsque le défendeur agit par procureur : l'édit du préteur portait toujours *qui* SUO NOMINE *damnatus erit;* et pourtant, même lorsque les parents agiront par procureur, on ne donnera pas contre eux l'action de dol ou d'injure, parce que si dans ces circonstances ces actions ne sont pas infamantes légalement, elles le sont dans l'opinion (1).

Ainsi encore l'interdit *Unde vi* ou *quod vi* n'est pas infamant, et pourtant on ne le donnera pas contre les parents, parce que l'emploi de la violence a toujours quelque chose d'odieux et de peu honorable (2).

Il en est de même des exceptions correspondantes aux actions qui sont refusées aux enfants, quoique les exceptions n'entraînent pas d'infamie légale. Telles seront, par exemple, les exceptions de dol ou *quod metus causa* (3).

Enfin on nous dit qu'on ne donne pas contre les parents l'action *servi corrupti* (4), ni l'action *in factum* qui frappe ceux qui ont reçu de l'argent pour faire ou ne pas faire quelque chose (5), ni l'action *de calumnia* (6).

(1) L. 2, De obseq. par., D. 37, 15.
(2) L. 2, § 1 ; L. 7, § 2, eod.
(3) L. 7, § 2, eod.
(4) L. 6, eod. — Cette action était infamante : L. 56. pro socio D. 17, 2.
(5) L. 5, pr., eod.
6) L. 7, § 4, eod.

Digitized by Google

En outre lorsqu'ils défèrent le serment, ils ne sont pas tenus de jurer *de calumnia* (1).

En général dans tous ces cas on remplaçait, comme dans les actions réellement infamantes, l'action ou l'exception refusée par une action ou une exception rédigée *in factum* (2). Seulement nous ne savons pas comment on remplaçait l'action déjà rédigée *in factum* contre ceux qui s'étaient laissés corrompre par de l'argent ; peut-être la formulait-on d'une manière plus respectueuse ; peut-être aussi ne donnait-on aucune action pour ce fait.

Enfin la règle, qui proscrivait toute action infamante des enfants contre leurs parents souffrait exception, lorsque la faute commise par ceux-ci était très-grave : ainsi la violence à main armée, *vis armata*, donnait lieu à l'interdit *unde vi* même contre les parents (3). Aussi la L. 10, § 12, *De in jus vocando*, D. 2, 4, nous dit que le préteur ne prononce jamais sur la demande de permission que lui adressent les enfants qu'après un examen de l'affaire, *cognita causa*, parce que quelquefois il y a lieu à accorder l'action infamante, lorsque l'injure est très-grave.

(1) L. 7, § 3, eod.

(2) Voyez, par exemple, pour l'interdit unde vi, la L. 1, § 43, De vi et vi armata, D. 43, 16.

(3) L. 1, § 43, De vi et vi armata, D. 43, 16.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE.

Ce que les commentateurs ont appelé du nom plus ou moins barbare de *bénéfice de compétence* est l'avantage qu'ont certaines personnes, lorsqu'elles sont condamnées, de ne pouvoir être poursuivies pour plus que ce qu'elles peuvent actuellement payer. Les parents actionnés par leurs descendants sont du nombre des personnes qui jouissent de ce bénéfice : *Si quis cum parente suo agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest* (1).

L'exception résultant de ce bénéfice pouvait être opposée avant la sentence, pour que la condamnation fût limitée *in id quod facere potest*. Si elle n'avait pas été opposée avant la sentence, ce bénéfice n'était pas perdu et l'exception pouvait encore être invoquée dans l'*actio judicati* par laquelle le gagnant réclamait l'exécution de la sentence.

Ceux qui avaient ce bénéfice pouvaient du reste y renoncer ; et s'ils payaient sans l'invoquer, ils étaient censés y avoir renoncé, ils n'avaient pas la *condictio indebiti* (2).

Il faut même aller plus loin : le bénéfice, même invoqué, ne libérait pas absolument le défendeur. Sous Justinien du moins, s'il acquérait de nouveaux biens, il pouvait être encore poursuivi jusqu'à concurrence de

(1) Inst., 4, 6, 38.— L. 16, De re judicata, D, 42, 1.
(2) L. 8, 9, De cond. indeb., D. 12, 6.

Digitized by Google

ses nouvelles facultés (1). Avant Justinien la rigueur des principes empêchait de reproduire une action déjà introduite en justice; aussi le défendeur revenu à une meilleure fortune aurait pu opposer l'exception *rei in judicium deductæ*. Mais il paraît qu'avant d'accorder au défendeur le bénéfice de compétence, on lui faisait promettre qu'il payerait le surplus, s'il parvenait à une meilleure fortune; cela n'est dit expressément que pour l'action *pro socio* (2) et pour l'action *rei uxoriæ* (3); mais il est fort probable que cette règle était générale. Et la conservation au Digeste et au Code des textes relatifs à ces promesses semble montrer que l'usage s'en était conservé, même du temps de Justinien.

On peut dès lors se demander quel avantage le bénéfice de compétence pouvait produire pour celui qui en jouissait, notamment pour les parents, puisque c'est d'eux que nous nous occupons. L'avantage qui résultait pour les parents de ce bénéfice, c'est que les voies d'exécution sur les biens épuisaient complétement le droit des enfants; et que ceux-ci ne pouvaient pas avoir recours aux voies d'exécution contre la personne, c'est-à-dire à la contrainte personnelle. Ce bénéfice de compétence avait donc le même effet en droit romain que la prohibition qui existe dans nos lois de la contrainte par corps entre ascendants et descendants. C'est ce qui explique pourquoi nous en parlons à propos des rapports personnels entre les parents et les enfants.

Telle fut pendant longtemps la seule utilité du béné-

(1) L. 8, Soluto matrim., C. 5, 18.

(2) L 63, § 4, pro socio, D. 17, 2. — L. 47, § 2, De peculio, D. 15, 1.

(3) L. unic., § 7, De rei uxoriæ, C. 5, 13.

Digitized by Google

fice de compétence pour les parents actionnés par leurs enfants; car on ne leur appliquait pas les extensions que ce bénéfice avait reçues à l'égard du donateur, poursuivi par le donataire. Le donateur avait deux avantages, comme accessoires du bénéfice de compétence, tel que nous venons de le décrire : d'abord on ne devait même pas lui prendre tous les biens qu'il avait actuellement ; on devait lui laisser de quoi vivre : *Neq totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsi ratio habenda est ne egeat* (1) ; — en outre on devait aussi lui laisser de quoi payer ses créanciers : *et quidem is solus deducto ære alieno* (2).

Sous Justinien, le premier de ces deux avantages paraît avoir été généralisé à toutes les personnes qui jouissent du bénéfice de compétence ; la L. 173 *De regulis juris*, D. 50, 17, nous dit d'une manière générale : *In condemnatione personarum quæ in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.* Cette loi pourrait paraître une antinomie avec la L. 19 *De re judicata*, dont nous avons cité les termes plus haut, s'il n'était pas évident qu'elle a été mise au Digeste expressément pour modifier la législation sur ce point. En effet, elle est manifestement un abrégé de la L. 19 *De re judicata*, dont *l'inscriptio* est exactement la même : *Paulus*, L. 6 *ad Plautium ;* abrégé dont le sens a été changé dans le dessein clair de changer la législation. Il est donc bien établi que, sous Justinien, les parents jouissaient vis-à-vis de leurs enfants de l'avantage de ne

(1) L. 19, § 1 in fine, De re judicata, D. 42, 1.
(2) Ibid.

Digitized by Google

pouvoir pas être dépouillés complétement de ce qu'il leur fallait pour vivre. Cet avantage est alors devenu pour les commentateurs le trait principal du bénéfice de compétence, quoique ce ne fût pas là son caractère originaire.

Quant à l'autre avantage qu'avait le donateur de déduire ce qu'il devait à ses autres créanciers à titre onéreux, tous les textes sont unanimes pour le restreindre au donateur et le refuser aux autres personnes qui avaient le bénéfice de compétence. La L. 19 dit à son § 1er déjà cité : *Is solus deducto ære alieno ;* et dans son principium : *Sed et si cum patre patronove agetur, non est deducendum æs alienum ; maxime quod ejusdem conditionis personis debetur, ut liberis, libertis.* Ces textes sont formels, il est impossible de nier que ce deuxième avantage ne fût refusé au père ; aussi est-on maintenant unanimement d'accord sur ce point. Nous nous dispenserons donc de faire connaître toutes les tortures que Cujas fait subir à notre loi pour généraliser cet avantage de déduire les dettes. Suivant lui le père, comme le donateur, aurait le droit de déduire tout ce qu'il doit à titre onéreux ; la seule différence entre eux serait que le second peut déduire aussi ce qu'il doit à d'autres donataires, quoiqu'il eût pu aussi leur opposer le bénéfice de compétence, tandis que le premier ne peut pas déduire ce qu'il doit à d'autres enfants, attendu que son bénéfice de compétence le met complétement à l'abri des poursuites de leur part, du moment qu'il a payé tout ce qu'il pouvait payer sans se réduire à l'indigence. Dans ce système on comprend bien la position du père, l'avantage que lui procure le bénéfice de compétence est bien évident, puisqu'il le conserve à

Digitized by Google

l'encontre de toutes personnes par suite de la déduction qu'il fait de tout ce qu'il doit à ceux qui pourraient méconnaître ce bénéfice. Mais on comprend moins la position du donateur et pourquoi le premier donataire, qui le poursuit, doit lui laisser de quoi satisfaire les autres, à qui pourtant le donateur pourrait opposer son bénéfice de compétence; de sorte qu'en définitive l'avantage qui paraît fait au donateur ne lui profite pas, mais profite uniquement aux autres donataires. De plus nous avons montré que ce système est contraire au texte formel de la loi, qu'il est obligé de torturer de mille façons pour le plier à son sens.

Admettons donc avec l'universalité des commentateurs modernes que le père, poursuivi par son fils, ne peut pas déduire ce qu'il doit à d'autres, soit à des étrangers, soit à plus forte raison à d'autres enfants. S'il n'a que des enfants pour créanciers, le bénéfice opposé à l'un d'eux lui sera utile à l'égard des autres, qui ne pourront pas lui demander plus que le premier n'aura demandé; les autres enfants en souffriront, mais c'est leur faute de n'avoir pas été assez diligents : *Inter eos quibus ex eadem causa debetur*, nous dit Paul toujours dans la même loi, *occupantis melior conditio est.* Au contraire si le père a pour créanciers des étrangers à qui il ne puisse pas opposer le bénéfice de compétence, ceux-ci viendront lui prendre ce que son fils lui aura laissé. Et cela va rendre tout à fait illusoire l'avantage qui lui est fait de ne pas pouvoir être réduit à l'indigence par son fils. Pour que cet avantage fût sérieux, il faudrait que, comme le donateur, il pût déduire aussi ce qu'il doit à des étrangers, quoiqu'il ne déduise pas ce qu'il doit à ceux contre qui il a son bénéfice; de la

Digitized by Google

sorte il garderait ce *modicum quid ne egeat*, soit à l'encontre de ces derniers en vertu de son bénéfice même, soit à l'encontre des autres, parce qu'il aurait de quoi les payer sans entamer cette petite réserve alimentaire. Telle n'est cependant pas la décision des lois romaines; l'éminent professeur qui a le premier fait ressortir cette contradiction ne croit pas néanmoins qu'on doive pour cela abandonner le système formellement consacré par ces lois. Nous irons plus loin et nous chercherons quelle pouvait être, dans les idées romaines, la justification de cette contradiction apparente. Voici je crois, comment il faut considérer la chose : le fils, qui actionne son père, et qui voudrait le dépouiller pour se faire payer, doit d'autre part à son père des aliments, alors il est tout simple qu'il soit contraint à lui laisser de quoi vivre. Le père lui dirait : « Ne me causez pas un dommage que vous seriez immédiatement obligé de réparer; laissez-moi ce que vous devriez me rendre immédiatement après me l'avoir pris. » C'est quelque chose d'analogue à ce qui se passe dans l'exception de garantie. Après cela, que les autres créanciers viennent enlever au père ce que son fils lui a laissé; c'est une fâcheuse circonstance contre laquelle la loi n'a pas cru devoir garantir le père, parce qu'elle n'oblige jamais ses créanciers à lui laisser de quoi vivre : le père ne peut pas plus se plaindre que l'acheteur qui a opposé l'exception de garantie, et qui un moment après se voit exproprié du bien acheté par ses créanciers. J'ajoute qu'il n'aurait pas été juste de déduire aux enfants ce que le père doit à des étrangers; les plus diligents doivent être payés les premiers, la déduction que l'on ferait subir aux enfants serait de l'argent qu'on pren-

Digitized by Google

drait dans leur poche pour le mettre dans celle des autres créanciers. Les enfants ne peuvent pas consommer eux-mêmes la ruine de leur père, rien de plus équitable et de plus conforme à la morale ; mais après cela ils ne sont pas responsables si leur père s'est grevé de dettes outre mesure ; ils devront quand il sera dans le besoin lui payer les aliments, mais rien de plus.

La position du donateur est toute différente ; et je ne crois pas que ce soit surtout par faveur pour lui qu'on lui permet de déduire ses dettes, c'est surtout par égard pour ses créanciers ; c'est une conséquence des adages : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno ; — nemo liberalis nisi liberatus.* C'est une suite de la distinction entre ceux *qui certant de damno vitando*, et ceux *qui certant de lucro captando*. On conçoit qu'on permette au donateur de se réserver de quoi payer ses créanciers et de ne payer ses donataires qu'autant qu'il le peut sans faire de tort à ses créanciers envers, lesquels certainement son obligation est plus stricte. Il en résulte, sans doute, un avantage pour le donateur sur le père ; c'est que, par là, il peut mettre parfaitement à l'abri sa réserve alimentaire ; mais je ne crois pas que cette conséquence ait été voulue directement par la législation romaine. Paul (1) paraît bien entrer dans notre pensée, car il n'indique la réserve alimentaire qu'après avoir parlé de la déduction des dettes, et d'une manière beaucoup plus dubitative.

Concluons donc en disant que le bénéfice de compétence empêchait que les enfants n'exerçassent aucune

(1) Ead. L. 19, § 1, De re judicata, D. 42, 1.

Digitized by Google

contrainte personnelle sur leurs parents, et qu'ils ne fussent la cause directe de leur ruine totale et de leur indigence, eux qui étaient obligés au contraire de leur fournir des aliments dans leurs besoins.

Digitized by Google

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Le droit romain est en général regardé, à juste titre comme une des sources les plus importantes de notre droit français. En effet il a régné seul en Gaule pendant trois siècles et demi. Après l'invasion barbare, il est resté le droit positif de toute la moitié méridionale de la France; et, dans la partie septentrionale, il a eu au moins l'autorité de la raison écrite. Mais relativement à la matière qui nous occupe, c'est-à-dire à la famille, son influence est beaucoup moindre que dans les autres parties du droit; on peut presque dire qu'elle est nulle. En effet, nous avons déjà vu que pendant la durée même de la domination romaine, pendant toute la période de l'empire, la famille romaine, sous l'influence du progrès des idées, et surtout sous l'influence du christianisme, avait subi une désorganisation presque complète, de telle sorte que sous Justinien elle n'était plus que l'ombre d'elle-même. Le droit de vie et de mort aboli, la vente prohibée sauf dans un seul cas très-exceptionnel; l'intervention du magistrat dans le droit de correction, toutes les fois que son exercice dépassait certaines limites fort étroites; enfin l'introduction progressive et en dernier lieu complétement triomphante, de la considération des liens du sang dans les successions, avaient fait disparaître presque totalement la constitution antique de la famille romaine. Elle ne conservait plus d'autre effet

Digitized by Google

important que l'incapacité perpétuelle du fils de famille d'exercer aucune puissance, aucune propriété; et encore l'introduction des pécules avait battu en brèche ce dernier rempart de l'antique puissance paternelle.

Mais ce n'est pas tout: les nouveaux éléments, qui vinrent se mêler à l'élément romain pour constituer la civilisation moderne, apportèrent sur la famille des principes totalement différents des principes romains. De la sorte non-seulement il se produisit sur ce point, entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit, une opposition plus tranchée que partout ailleurs, mais encore le droit écrit fut lui-même modifié par l'influence de l'esprit nouveau.

L'ancien droit gallique, autant que nous pouvons le connaître, se présente à nous avec le caractère d'un sentiment très-énergique des rapports de famille; et les traits épars que nous pouvons en recueillir paraissent être les éléments d'une très-forte constitution de la famille, mais sur une base toute différente de celle du droit romain. Un trait commun entre les deux législations, c'est l'énergie de la puissance du père, caractérisée par le droit de vie et de mort sur les enfants. Ce fait nous est enseigné expressément par César : *In liberos vitæ necisque habent potestatem* (1); et Gaius nous dit aussi que les Galates, colonie gauloise, ont une puissance sur leurs enfants semblable à la puissance romaine : *Nec me præterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse* (2). Mais, tandis qu'à Rome cette puissance du père est dominante et exclusive, en Gaule un autre

(1) Comm., 6, 19.
(2) Comm., 1, 55.

Digitized by Google

principe se pose à côté d'elle et vient la limiter sur un grand nombre de points; c'est une affirmation très-forte du lien social entre les proches, des droits de tous les parents, même les plus éloignés. Nous avons deux vestiges très-importants de ce sentiment des droits de la famille à l'encontre du chef actuel. C'est d'abord l'émancipation par le mariage; ce principe, dont on trouve des traces dans le nord de la Gaule, en Belgique et en Celtique, pendant la durée même de la domination romaine, paraît remonter très-probablement à l'époque gauloise. Le fils forme ainsi en se mariant une nouvelle famille, dont il est le chef, et ne reste pas indéfiniment soumis à la puissance de son père. — D'autre part, dans l'ordre des biens, nous trouvons le sentiment d'une sorte de copropriété entre tous les membres d'une même famille, en prenant ce mot dans son sens le plus large. Ce sentiment se traduit par la prédominance de la succession *ab intestat* sur la succession testamentaire; principe directement contraire à celui du droit romain, où la volonté du chef passait avant tout. Ce principe, qu se perpétuera dans notre droit coutumier, nous est attesté par Symmaque dans cette phrase, où il fait évidemment allusion aux mœurs de son pays : *gignuntur heredes, et non scribuntur* (1). Du même principe découlait encore la nécessité du consentement des héritiers à l'aliénation des propres; le retrait lignager, lorsque ce consentement n'avait pas été donné; enfin le principe de la conservation des biens dans les familles, les réserves coutumières et le retour des propres dans la ligne d'où ils viennent. Toutes ces règles, si caractérisques

(1) Symmaque, Epist. 1, 15.

Digitized by Google

dans notre ancien droit coutumier, viennent, selon toutes les probabilités, des idées gauloises sur la constitution de la famille et les droits des parents entre eux. Ces idées ont un large fondement dans les principes rationnels; mais elles étaient exagérées. Il fallait qu'elles fussent bien tenaces dans l'esprit de nos ancêtres; car tandis que le droit de vie et de mort du père disparaissait par suite des progrès du droit romain avec lequel il s'était confondu, les principes de la famille gauloise ne faisaient que sommeiller au fond des esprits pour refleurir après avoir survécu au cataclysme de la conquête germanique.

Les mœurs et les idées germaniques apportaient encore sur le sol de la Gaule un nouvel élément opposé au droit romain. Les Germains avaient sur la puissance paternelle des idées diamétralement opposées aux anciennes idées romaines et gauloises: tandis que chez ces derniers l'intérêt du père était primitivement seul considéré, chez les Germains c'était l'intérêt des enfants qui passait avant tout. Le *mundium* était uniquement un pouvoir de protection sur la personne des enfants mineurs et de la femme; le père était tout simplement le tuteur légal de ses enfants; à peine avait-il quelques droits de plus qu'un tuteur ordinaire. C'était là certainement un élément excellent pourvu qu'il n'arrivât pas à dominer seul: il faut que le père sache que son autorité s'exerce surtout dans l'intérêt de ses enfants, c'est ce qui manquait au droit romain et peut-être au droit gallique; mais il ne faut pas pour cela méconnaître les droits qui naissent de la génération, et ne donner au père sur ses enfants que les pouvoirs que pourrait avoir un étranger pendant leur minorité. Malheureusement le principe germain sur la puissance paternelle se

Digitized by Google

développa seul, dans les pays coutumiers; l'autorité des pères se trouva presque anéantie, et la règle célèbre, « puissance paternelle n'a lieu », est le triste héritage que nous avons recueilli de nos ancêtres germains. Il est encore vrai aujourd'hui que le père n'a sur ses enfants qu'un pouvoir du même genre, quoiqu'un peu plus étendu, que celui d'un tuteur étranger; tout ce qu'il y a de spécial à l'autorité paternelle est laissé de côté. — Relativement aux biens, nous trouvons aussi le droit des enfants efficacement protégé: les Germains ne connaissaient pas le testament, mais ils pratiquaient l'institution contractuelle ou transmission entre-vifs de l'hérédité future; eh bien! cette institution contractuelle n'était possible que si l'on n'avait pas d'enfants ou de descendants. Il ne paraît pas qu'il y eût aucune espèce de réserve en faveur des ascendants ou des collatéraux; de sorte que le principe de la conservation des biens dans les familles et toutes ses applications ne sont pas d'origine germanique, mais d'origine purement celtique. Il y avait seulement en Germanie un principe, qui devait favoriser le développement des idées gauloises sur la famille quoique le principe lui-même disparut assez promptement (1); c'était le principe de la solidarité des parents entre eux pour la vengeance des crimes commis par l'un d'eux, solidarité qui emportait la nécessité du consentement des proches à l'aliénation des biens patrimoniaux, sur lesquels devaient être payées les compositions en cas de délit commis par un des membres de la famille. Seulement cette société dans la famille paraît avoir été moins étendue qu'en Gaule, et

(1) Décret de Childebert II.

Digitized by Google

chacun de ses membres pouvait en sortir en accomplissant certaines cérémonies.

Tels sont les divers éléments apportés par les différentes sources de notre ancienne législation dans la constitution de la famille au moyen âge, et dans les temps modernes avant la révolution française. Il n'entre pas dans notre plan actuel d'étudier le développement et les combinaisons diverses de ces éléments pendant toute la durée de notre histoire. Nous nous promettons bien de faire un jour ce travail, comme partie d'une histoire générale de la famille; nous y trouverons mille faits et mille aperçus intéressants. Pour le moment nous nous contenterons d'esquisser à grands traits l'état des lois et des mœurs sur ce point, à la fin de notre ancienne monarchie.

La division se fait tout naturellement entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

Dans les pays de droit écrit, le droit romain régnait encore à peu près dans l'état où nous l'avons vu à la fin de l'empire. Seulement la nature intrinsèque de la puissance paternelle s'était légèrement modifiée sous l'influence du *mundium* germanique; on la considérait plus comme un pouvoir de protection : le droit de correction avait été soumis à un contrôle très-efficace du juge, qui décidait souverainement sur les corrections un peu graves, si bien qu'il pouvait même prononcer une peine plus forte que celle demandée par le père, et en prononcer une, même malgré le désistement du père. Le droit de vente, longtemps encore toléré pour empêcher l'exposition des enfants nouveau-nés, avait totalement disparu. Enfin, en cas d'abus de la puissance paternelle, on permettait aux enfants de recourir devant

Digitized by Google

le juge. Néanmoins la législation romaine conservait encore plusieurs de ses caractères distinctifs : la perpétuité de la puissance paternelle, sauf dans le ressort du Parlement de Paris, où le mariage émancipait ; par suite l'impossibilité pour le fils d'exercer aucune puissance sur ses enfants tant que vivait son père ; la faculté pour le père en émancipant son fils seul ou ses petits-enfants seuls de priver pour toujours son fils de toute puissance sur ses enfants ; et enfin l'exclusion absolue de la mère de toute participation à la puissance paternelle. Dans l'ordre des biens, se conservait toujours l'incapacité perpétuelle du fils de famille, et l'attribution au père de l'usufruit, quelquefois même de la propriété de tout ce que le fils acquérait, sauf la législation des pécules, qui n'avait pas été modifiée depuis Justinien.

Dans les pays coutumiers, les principes du *mundium* germanique avaient complétement et exclusivement triomphé : la puissance paternelle n'était qu'un pouvoir de protection sur l'enfant mineur, un devoir et à peine un droit pour les parents. Aussi, contrairement aux principes romains, elle finissait, non-seulement par l'émancipation volontaire, mais encore par la majorité et par le mariage de l'enfant ; le fils de famille marié avait donc toujours la puissance sur ses enfants à lui ; enfin elle était commune au père et à la mère, quoique celle-ci ne l'exerçât qu'à défaut du premier. La puissance paternelle entraînait : 1° un droit de garde pendant toute la minorité, avec une seule exception pour l'engagement militaire ; 2° un droit de correction, en vertu duquel le père pouvait faire enfermer son enfant de sa seule autorité, s'il n'était pas remarié ; le père remarié et la mère dans tous les cas devaient obtenir une décision

Digitized by Google

du juge qui exerçait un droit de contrôle; 3° le droit de consentir au mariage, constituant un empêchement dirimant jusqu'à l'âge de 25 ans; un empêchement prohibitif absolu pour les garçons de 25 à 30 ans; et enfin un empêchement purement prohibitif et pouvant être levé par des actes respectueux, pour les garçons au-dessus de 30 ans et les filles au-dessus de 25. Enfin on rattachait encore à la puissance paternelle le droit perpétuel des parents à être nourris dans l'indigence par leurs enfants.

A l'égard des biens, la règle romaine paraît avoir prévalu bien plus longtemps: les enfants en puissance acquéraient pour leurs père et mère. Il paraît qu'au XV° siècle encore, malgré quelques attaques, cette règle existait encore. C'est au XVI° siècle seulement que la règle *puissance paternelle n'a lieu*, formulée pour la première fois dans la coutume de Senlis de 1539, se répandit et devint le droit commun de la France coutumière, si bien que Loysel en fit une des règles de ses *Institutes coutumières*. Dès lors les parents n'eurent plus que l'administration comptable des biens de leurs enfants mineurs (1), sauf l'application de la garde noble ou bourgeoise. Quant aux successions qui se lient si intimement à la constitution de la famille, il nous suffira de rappeler la prédominance de la succession *ab intestat* sur la succession testamentaire; les nombreuses applications du principe de la conservation des biens dans les familles: réserves coutumières, retrait lignager, retour des propres dans la ligne d'où ils viennent, etc.;

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. 1, tit. 5, chap. 1, sect. 1. — Pothier, *Cout. d'Orléans*, tit. 9, art. 178.

Digitized by Google

et enfin l'admission du droit d'aînesse et de masculinité, et des substitutions.

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Le droit français au XVIII^e^ siècle peut se caractériser de la manière suivante : d'une part la correction à peu près complète des anciens excès de la puissance paternelle, mais d'autre part l'affaiblissement de cette puissance (1), la négation de tous les caractères, de tous les droits qui la séparent des autres puissances (2), et enfin la méconnaissance totale de l'élément social de la famille, si ce n'est pour quelques conséquences lointaines et abusives dans le régime des biens. Les idées du XVIII^e^ siècle, ennemi de toute autorité ; l'esprit de la révolution, tendant à absorber tout dans l'État, n'étaient nullement aptes à remettre en vigueur l'autorité paternelle ou à reconstruire la société de la famille. Tout, au contraire, se tournait contre elles. Les faits ne tardèrent pas à le prouver.

(1) « La puissance paternelle n'est que superficiaire en France ; et par » nos coutumes en ont été seulement retenues quelques petites mar- » ques avec peu d'effet. » Guy-Coquille, *Inst. au droit français, de l'état des personnes*.

(2) Denizart et Pothier disent que les père et mère n'avaient pas plus de pouvoir sur leurs enfants que les tuteurs sur leurs pupilles. V. Denizart, tit. 6, v° *Puissance paternelle*, n° 1. — Pothier, Int. au tit. 9 de la coutume d'Orléans, n° 2.

Digitized by Google

Un an à peine après la fameuse nuit qui avait vu l'abolition des anciens abus féodaux, le 16 août 1790, un décret dépouillait la puissance paternelle du droit le plus important qui lui restait, du droit de *correction*. Ce droit ne pouvait plus être exercé que par un tribunal de famille, établi juge entre le père et son enfant. Par là l'autorité du père était détruite ; à peine lui restait-il le même pouvoir qu'à un simple tuteur, les droits de la paternité étaient totalement méconnus.

Peu de temps après, les décrets du 28 août 1792 et du 31 janvier 1793 sur l'âge de la majorité, supprimèrent presque tout ce qui restait du système romain. Cette suppression était juste et utile sans doute, puisque la perpétuité de la puissance sur l'enfant était certainement un abus ; mais elle eût demandé, pour être sagement faite, que l'on remplaçât par une autorité sainement entendue le droit abusif de puissance que l'on supprimait. Mais les esprits étaient bien loin de concevoir alors une semblable innovation.

Telle était la situation de la puissance paternelle, lorsque l'on s'occupa de la rédaction du Code Napoléon.

Les lois révolutionnaires sur les successions sont trop connues pour qu'il soit besoin d'y insister ; et d'ailleurs elles ne rentrent pas dans notre sujet actuel.

Digitized by Google

SECONDE PARTIE.

DROIT FRANÇAIS

Nous ferons ici les mêmes divisions générales qu'en droit romain, c'est-à-dire que nous aurons ici aussi deux livres :

1° Organisation générale de la famille ;

2° Rapports personnels dans la famille.

LIVRE PREMIER

Organisation générale de la famille.

Si l'on rapproche l'organisation de la famille dans le droit romain, et l'organisation de la famille dans notre droit français moderne, on est frappé de la puissante énergie qui caractérise la première, et au contraire de ce qu'il y a de faible, de timide, presque d'incohérent dans la seconde. Nous sommes loin de regretter l'organisation romaine en elle-même, car nous avons montré que sur bien des points elle violentait la nature humaine et contredisait directement l'essence même de l'esprit de famille. Mais nous ne pouvons nous empêcher de souhaiter que notre législateur eût apporté une attention

Digitized by Google

plus sérieuse, des vues plus profondes et plus philosophiques, enfin une conception d'ensemble mieux coordonnée et mieux digérée dans le règlement des rapports de famille parmi nous. Sans doute il respecte plus la nature humaine, il ne la contredit pas, il lui laisse son libre cours; mais ce rôle purement négatif n'est pas le terme des efforts du législateur; autrement il lui suffirait de se taire et de laisser faire l'esprit et les mœurs de son époque. S'il ne doit pas en général s'occuper des rapports qui sont de pure morale, il ne doit pas non plus négliger aucun rapport vraiment juridique partout où il se trouve; il doit sanctionner tous les droits comme il doit faire respecter toutes les libertés; il doit concilier les uns avec les autres ou plutôt marquer avec soin les limites naturelles qui doivent les séparer, sans sacrifier ni les uns ni les autres. Esquiver le problème, ou supprimer un des termes, ce n'est pas le résoudre. Or je ne saurais disculper notre législateur du reproche d'avoir traité un peu légèrement cette matière. Il ne paraît pas s'être posé le problème dans toute sa grandeur, en avoir senti toute la difficulté, et avoir apporté à le résoudre tout le soin qu'il demandait. Préoccupé avant tout des idées de liberté et d'indépendance, et de la crainte des abus d'autorité, il a posé comme un principe absolu l'indépendance des enfants pendant la majeure partie de leur vie en réduisant le rôle du père à celui d'un tuteur pendant leur minorité; tout ce qu'il a accordé de plus à la dignité du nom de père, paraît lui être arraché comme des concessions faites à un sentiment instinctif dont il ne se rend pas bien compte, dont il ne voit pas clairement le fondement rationnel, et auquel, pour un peu, il se reprocherait de céder.

Digitized by Google

Il est facile d'assigner les causes de cette imperfection au moins relative de notre législation sur ce point. D'abord cette matière est en elle-même très-difficile, elle demande pour être traitée à fond une délicatesse d'analyse et une sûreté de principes, auxquelles on n'arrive pas sans des études longues et profondes.

Ensuite tout était à renouveler, ou plutôt même à créer sur ce sujet. Le premier soin des législateurs de 1804 fut et devait être de se débarrasser de toutes les traditions soit romaines, soit coutumières ; tous les orateurs qui ont exposé les motifs de ce titre insistent à la fois sur l'injustice et l'arbitraire du droit romain, et sur le chaos que présentait la législation coutumière. Des deux côtés étaient des principes faux ou exagérés, entraînant des conséquences manifestement contraires et à la nature humaine et à la bonne police d'un État libéral et progressiste. Or c'est un fait incontestable qu'une bonne législation ne peut pas se créer en un jour ; il faut l'expérience et l'épreuve de longues années, peut-être de longs siècles pour arriver à formuler, sur une matière quelconque, un ensemble de règles qui soient à la fois profondément justes et savamment coordonnées. Il est facile de constater cette vérité dans notre Code civil lui-même : il est incontestable que toutes les matières sur lesquelles la législation antérieure présentait un ensemble rationnel et conforme aux principes des societés modernes, tel enfin qu'on pût l'admettre sans modifications essentielles, toutes ces matières, dis-je, sont beaucoup mieux et beaucoup plus complétement traitées que d'autres : telle est, par exemple, toute la théorie des contrats sur lesquels les jurisconsultes romains avaient fait des travaux si vastes et si profonds, ou la théorie de la com-

Digitized by Google

munauté entre époux si savamment élucidée par les auteurs de droit coutumier.

Enfin, si tout était à créer, il faut bien le dire, on était dans les circonstances les moins favorables à un pareil travail : d'abord l'immensité du projet d'un Code embrassant, dans un petit nombre d'articles, tout l'ensemble du droit civil ne permettait pas de donner à chaque matière spéciale toute l'attention et tout le soin qu'elle exigeait peut-être. Il fallait aller en avant, le Code était attendu avec impatience; le retard mis à sa promulgation laissait en souffrance de nombreux intérêts; cette nécessité dominait toute la situation, et l'on doit s'étonner non pas des imperfections qui sont restées dans notre Code, mais bien de la haute sagesse avec laquelle plusieurs matières sont traitées. En ce qui concerne spécialement la théorie générale de la famille, l'état des esprits ne se prêtait nullement à fournir une heureuse solution au problème. L'œuvre de la révolution avait été avant tout une œuvre de destruction, et cette œuvre de destruction avait porté pour une grande partie sur la famille ; on avait, sans doute, voulu seulement corriger les abus, mais l'esprit entier de la famille avait été emporté avec eux. Les précurseurs et les auteurs de la révolution avaient dirigé une bonne partie de leurs attaques contre la famille, et faute de distinguer ce qu'il y avait d'essentiel et ce qu'il y avait d'accidentel dans l'institution qu'ils attaquaient, en voulant saper les abus, ils en avaient sapé les fondements eux-mêmes. Plusieurs même, Rousseau en tête, avaient dirigé sciemment et expressément leurs attaques contre le fond même de la famille, et avaient professé l'intention de l'extirper comme le principe de tous les maux de

Digitized by Google

l'humanité. Les lois de la république n'avaient que trop bien suivi les inspirations de leurs oracles habituels. Sans doute, en 1804, la réaction s'opérait : on sentait le besoin de la reconstruction, mais les éléments de cette reconstruction manquaient. Le désir de rétablir la famille avait eu le temps de germer au fond de tous les cœurs; mais les travaux préliminaires de ce rétablissement n'avaient pas eu le temps de se faire. Les rédacteurs du Code en étaient donc réduits à se laisser guider par les lumières toujours un peu faibles et incertaines, et surtout trop vagues et trop générales de la conscience morale; ils n'avaient pas où puiser des inspirations vraiment scientifiques.

Si, en ayant la pensée de ces circonstances présente à l'esprit, on lit avec attention les travaux préparatoires du titre « de la puissance paternelle, » on est vraiment étonné de la profondeur et de la sagacité avec laquelle les orateurs qui ont parlé sur ce sujet, surtout M. Réal, ont saisi les rapports si délicats qui forment par leur ensemble la société de la famille, et l'importance de ces rapports. Et l'on ne peut pas s'étonner de ce qu'ils n'en ont pas suffisamment aperçu le caractère vraiment juridique ; car c'est là la seule lacune qu'il y ait eu sur ce sujet dans leur esprit. Malheureusement cette unique lacune a été la cause de la faiblesse avec laquelle cette matière se trouve traitée dans notre Code. Si en effet ces rapports de famille ne sont nullement juridiques et purement moraux, ils ne rentrent pas dans la sphère propre du législateur civil, qui ne doit s'occuper des rapports de pure morale que lorsqu'il y a dans l'accomplissement de ces devoirs un intérêt social évident et pressant. Dès lors donc qu'ils

Digitized by Google

considérèrent les rapports de famille comme purement moraux, nos législateurs ne durent plus s'en occuper qu'à leur corps défendant; ils durent laisser aux mœurs le soin de les régler, et ne prendre de ces rapports que les traits les plus généraux qu'un certain instinct leur disait ne pouvoir absolument rester en dehors d'une bonne législation. C'est en effet comme cela que les choses se sont passées en fait.

Étudions les travaux préparatoires à ce point de vue : nous serons heureux de rencontrer, dans le discours de M. Réal, l'exposé de la plupart des principes vraiment philosophiques de la matière. Mais nous devons d'abord faire toucher au doigt l'erreur fondamentale qui a ôté à ces belles idées toutes leur fécondité et leur application pratique, je veux dire la croyance que les rapports de famille sont purement moraux et nullement juridiques. Cette pensée, qui est impliquée à chaque page de la discussion et des discours sur notre titre, est formellement exprimée dans le discours de M. Albisson. Après avoir dit et développé que « c'est la nature elle-même qui a posé les fonde-
» ments de ce que nous appelons le pouvoir des pères
» et mères sur leurs enfants, » il se reprend et ajoute :
« J'ai dit, ce que nous appelons le pouvoir ; car il faut
» remarquer que l'autorité des pères et mères sur leurs
» enfants, n'ayant directement d'autre cause ni d'autre
» but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement
» parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir
» dans toute son étendue et sans obstacle un devoir
» indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce
» devoir une fois rempli, donne aux pères et mères un
» véritable droit, le droit légal d'exiger de leurs enfants,
» pendant tout le temps de leur vie, du respect et des

Digitized by Google

» secours. » Ainsi les pères et mères n'ont qu'un seul droit vis-à-vis de leurs enfants, c'est le droit à leur respect et à leurs secours; et encore ils n'ont ce droit que comme conséquence de l'accomplissement de leurs devoirs envers eux, de sorte qu'un père qui se trouverait, par suite d'un concours de circonstances et sans qu'il y eût faute de sa part, n'avoir encore donné aucun soin à son enfant n'aurait pas droit à son respect et à ses secours! Cette opinion se réfute d'elle-même. Mais de plus dans une pareille opinion le rôle du législateur est réduit presque à rien. Le problème posé entre le droit des parents et la protection de la liberté des enfants, est supprimé par l'anéantissement d'un de ses termes. S'il est vrai que les pères et mères n'ont aucun droit au respect duquel ils puissent contraindre leurs enfants même en dehors de l'état de société civile, le législateur civil ne peut pas créer ces droits. Il peut tout au plus en vue d'un intérêt social sanctionner quelques devoirs de part et d'autre; mais la famille dans son ensemble reste en dehors de sa sphère; il n'a plus qu'à l'abandonner aux mœurs et à l'esprit de l'époque. Le système du tribun Albisson est donc en cette matière l'abdication du législateur; cela explique pourquoi notre loi est si laconique sur ce point si important, et pourquoi tant de belles idées formulées dans les travaux préparatoires sont demeurées stériles.

Le caractère social de la famille n'avait pas échappé à nos législateurs; ils reconnaissent formellement que la famille est une société et que la société civile n'est pas une agrégation d'individus, mais une agrégation de familles. M. Réal dit: « Toutes ces petites sociétés natu-» relles dont l'agrégation forme la grande famille. »

Digitized by Google

M. Albisson ajoute : « L'homme est par nature un être » sociable. Il n'a jamais existé qu'en société mieux ou » moins bien organisée et toute société se compose né- » cessairement d'une agrégation de familles. » Il ne peut rien y avoir de plus formel. La famille est une société de droit naturel, la société civile est composée de la réunion de ces sociétés naturelles. On pourrait croire dès lors que ce caractère social de la famille va être sanctionné et développé; que la société civile va placer en face et au-dessous d'elle non pas des individus, mais ces sociétés dont on reconnaît le titre antérieur à toute loi civile, et qu'on s'empressera de donner par là à la constitution de l'État une solidité qu'elle ne saurait avoir autrement. Point du tout; ces paroles profondément sensées s'envolent dans l'air, et il ne reste pas dans nos lois soit civiles, soit politiques, la plus petite trace de la famille considérée comme société, et comme élément de l'État. Les enfants, dès qu'ils n'ont plus un besoin immédiat de leurs parents, dès qu'ils sont considérés comme capables de faire par eux-mêmes les actes de la vie civile, n'ont plus aucun lien réel avec leurs parents ni entre eux; la loi se borne à leur rappeler un vague devoir de respect et à leur imposer l'obligation de se fournir des aliments dans le besoin. Et dans l'ordre politique un jeune homme de 21 ans, sans état, sans famille propre, sans responsabilité d'aucune sorte, va déposer un bulletin de vote à côté de son père, mûri par le travail et l'expérience, représentant de grands et sérieux intérêts; et si le père a seulement deux fils, la voix de la jeunesse, de l'inexpérience, de l'utopie, triomphera nécessairement sur celle de la maturité, de la sagesse et de la réflexion.

Voyons maintenant les idées philosophiques de

Digitized by Google

M. Réal sur les rapports entre le père et ses enfants, dans les diverses périodes de la vie de l'enfant :

« Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et « les besoins ; la nature veut que dans ce premier âge, « celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs « enfants une puissance entière qui est toute de dé- « fense et de protection. » Ces paroles sont parfaitement justes ; elles fondent, comme nous l'avons fait, le pouvoir souverain du père sur son jeune enfant ; elles le fondent, dis-je, sur l'impossibilité où est l'enfant d'exercer encore sa propre personnalité. Ne nous étonnons pas de ne pas voir apparaître dès cette période l'élément spécial de l'autorité paternelle ; cet élément encore bien faible disparaît presque devant le droit plus général résultant de l'incapacité naturelle de l'enfant et de la protection et de l'éducation que le père lui donne.

M. Réal continue : « Dans le second âge, vers l'é- » poque de la puberté, l'enfant a déjà observé, réflé- » chi. Mais à ce moment même où l'esprit commence » à exercer ses forces, où l'imagination commence à » déployer ses ailes, où nulle expérience n'a formé le » jugement ; c'est à ce moment, où, faisant les premiers » pas dans la vie, livré sans défense à toutes les pas- » sions qui s'emparent de son cœur, vivant de désirs, » exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obsta- » cles, qu'il a surtout besoin qu'une main ferme le » protége contre ses nouveaux ennemis, le dirige à » travers ces écueils, dompte ou modère à leur nais- » sance ces passions, tourment ou bonheur de la vie » selon qu'une main adroite ou maladroite leur aura » donné une bonne ou une mauvaise direction. C'est à

Digitized by Google

» cette époque qu'il a besoin d'un conseil, d'un ami » qui puisse défendre sa raison naissante contre les » séductions de toute espèce qui l'environneront, qui » puisse seconder la nature dans ses opérations, » hâter, féconder, agrandir ses heureux développe- » ments. La *puissance paternelle*, qui est alors toute » d'administration domestique et de direction, pourra » seule procurer tous ces avantages, ajouter la vie » morale à l'existence physique, et, dans l'homme » naissant, préparer le citoyen. » Ces paroles sont fort belles ; les pères de famille ne sauraient trop les méditer, la grandeur et l'importance de leurs devoirs y sont fort bien exposées. Mais je remarque, avec peine, que le devoir pour les enfants de se soumettre à une autorité si bienfaisante n'est pas une seule fois indiqué. On parle à l'enfant des avantages qu'il retire de l'autorité paternelle, des devoirs de son père envers lui, et on ne lui parle pas de ses devoirs envers son père ! Qu'on n'ait pas aperçu le caractère juridique de ces devoirs, c'est une grave erreur, dont je gémis et dont je déplore les conséquences, mais que j'excuse à cause de la délicatesse de la question. Mais qu'on n'ose même pas parler aux enfants de leurs devoirs envers leurs parents et porter haut le drapeau de l'autorité paternelle, c'est ce qui n'est pas pardonnable. Et c'est malheureusement un des signes du temps ; tout ce qui est autorité, même établie sur les fondements les plus légitimes et les plus universellement reconnus, devient suspect ; on ne peut le faire accepter qu'en le cachant, en le diminuant. Aussi à quoi se réduit l'autorité paternelle, dans cette période de minorité à laquelle on l'a déjà restreinte ? A une sorte de tutelle, à peine in-

Digitized by Google

diquée dans notre Code, bien moins soigneusement établie que la tutelle ordinaire. Pas un mot sur son organisation, sur les pouvoirs du père vis-à-vis de la personne de l'enfant; uniquement l'établissement de deux sanctions : le droit de garde, qui est donné aussi à toute personne chargée du soin d'un enfant mineur, et le droit de correction un peu plus étendu seulement chez le père que chez des étrangers. Si l'on veut réellement trouver quelques décisions sur l'autorité paternelle en elle-même, il faut aller feuilleter toutes nos lois, pour saisir, par-ci, par-là, dans la matière du mariage, de l'adoption, de la tutelle, de la prise de la qualité de commerçant, etc., quelques applications de détail qui paraissent arrachées par la force des choses au bon sens du législateur.

Plus nous avançons, plus les paroles de M. Réal s'élèvent, mais aussi moins elles deviennent pratiques et fécondes. Je demande la permission de citer en entier le passage qui suit, malgré sa longueur : il perdrait trop à être écourté ou morcelé : « Enfin arrive l'âge » où l'homme est déclaré par la loi, ou reconnu par » son père en état de marcher seul dans la route de la » vie. A cet âge, ordinairement il entre dans la grande » famille, devient lui-même le chef d'une famille nou- » velle, et va rendre à d'autres les soins qui lui ont été » prodigués : mais c'est au moment même où la na- » ture et la loi relâchent pour lui les liens de la *puis-* » *sance paternelle*, que la raison vient en resserrer les » nœuds. C'est à ce moment que, jetant les regards en » arrière, il retrouve, dans des souvenirs qui ne s'ef- » facent jamais, dans l'éducation dont il recueille les » fruits, dans cette existence dont seulement alors il

Digitized by Google

» apprécie bien la valeur, de nouveaux liens formés » par la reconnaissance ; c'est surtout dans les soins » qu'exigent de lui ses propres enfants, dans les dan- » gers qui assiégent leur berceau, dans les inquiétudes » qui déchirent son cœur, dans cet amour ineffable, » quelquefois aveugle, toujours sacré, toujours invin- » cible, qui attache pour la vie le père à l'enfant qui » vient de naître ; que, retrouvant les soins, les inquié- » tudes dont il a été l'objet, il puise les motifs de ce » respect sacré qui le saisit à la vue des auteurs de ses » jours. En vain la loi civile l'affranchirait alors de » toute espèce *d'autorité paternelle*, la nature, plus forte » que la loi, le maintiendrait éternellement sous cette » autorité. Désormais, libre possesseur de ses biens, » libre dans la disposition qu'il peut en faire, libre dans » toute sa conduite et dans les soins qu'il donne à ses » propres enfants, il sent qu'il n'est pas libre de se » soustraire à la bienfaisante autorité qui ne se fait plus » maintenant sentir que par des conseils, des vœux, » des bénédictions. La nature et la reconnaissance lui » présentent alors les auteurs de ses jours sous l'aspect » d'une divinité domestique et tutélaire. Ce n'est plus » un devoir dont il s'acquitte envers eux, c'est un culte » qu'il leur rend toute sa vie, et le sentiment qui l'at- » tache à eux ne peut plus être exprimé par les mots de » respect, de reconnaissance ou d'amour : c'est désor- » mais la *piété filiale* adorant la *piété paternelle*. » Ces paroles sont magnifiques, bien dignes en tout de la grandeur du sujet. Malheureusement je crains bien qu'on ne traite un peu l'autorité paternelle comme on traitait jadis les empereurs romains : on les divinisait, mais après leur avoir porté le coup mortel. « Ce n'est

Digitized by Google

plus un devoir, c'est un culte » ; le mot est fort beau pour peindre les sentiments d'un fils, et notre cœur y souscrit de toutes ses forces. Mais pour un moraliste, j'aimerais mieux dire : « C'est plus qu'un devoir, c'est un culte ; mais c'est toujours et avant tout un devoir. Cherchons donc à assurer l'accomplissement de ce devoir. Malheureusement les hommes pour qui nous faisons de lois ne sont pas parfaits ; sans cela les lois seraient inutiles. Donc, après avoir si bien montré ce qui doit être, ce que ferait et sentirait l'homme parfait, tâchons que ce qui doit être soit, et que les hommes imparfaits soient portés par nos lois vers cet idéal de perfection. » Hélas ! il n'en a rien été, et s'il existe, Dieu merci, en grand nombre encore, des fils qui rendent à leurs pères tout le culte qu'ils leur doivent, et qui leur donnent sur eux cette autorité sacrée et suprême, qui fait leur bonheur en payant leur dette de reconnaissance, notre Code peut se vanter de n'avoir pas ôté la plus petite perle à la couronne de leurs mérites et de n'avoir mêlé aucun élément d'intérêt grossier au feu si pur de leur piété filiale. Mais aussi quelles désunions souvent et quels désordres, faute d'un remède modéré qui, employé à temps, aurait conjuré le mal ! Quel affaiblissement, même chez les bons, du sentiment de la solidarité et de la communauté d'action dans la famille, faute de trouver ce principe au moins formulé dans nos lois, quand même il n'aurait eu aucune application légale ! Certes, je l'avoue, sur ce point il y avait un juste milieu à trouver, un moyen terme à prendre de manière à ne pas entraver l'initiative individuelle, telle que la peint si bien M. Réal, mais pourtant à rendre efficace cette autorité paternelle, que M. Réal laisse à

Digitized by Google

la nature le soin de maintenir à défaut des lois. On devait ainsi donner à la famille et à la société civile le bénéfice d'une action, puissante par l'union des parents entre eux, et féconde par la sagesse qu'y ferait régner un père expérimenté et rendu encore plus prudent par la conscience de la charge qui pèserait sur lui.

Si l'on n'a pas cru pouvoir aborder cette difficile question, du moins pouvait-on conserver toujours au père une arme puissante pour agir sur ses enfants, en lui donnant plus de latitude pour la disposition de ses biens par testament. Prévenez les abus, rien de plus juste. Mais dans la crainte des abus, ne supprimez pas un droit dont l'exercice sera souvent très-légitime et très-bienfaisant. C'est malheureusement la tendance qui a entraîné trop souvent notre législateur; mais ces moyens radicaux, qui tranchent le nœud sans le délier, ne sont pas un signe de force, mais bien plutôt un signe de faiblesse. On pouvait conserver l'exhérédation avec une sorte de plainte d'inofficiosité : on eût été bien sûr que les pères n'auraient pas abusé de cette arme terrible, et que la seule connaissance de l'usage qu'ils pouvaient en faire leur aurait le plus souvent épargné la douleur d'avoir à s'en servir. On a craint les procès faits à la mémoire d'un père par le fils exhérédé; mais n'est-il pas infiniment plus pénible de voir l'autorité paternelle méprisée et rendue illusoire pendant toute la vie du père, que d'entendre, dans des cas qui eussent été bien plus rares, les plaintes d'un fils contre son père injuste?

Non, je ne puis assez m'élever soit en général, soit en particulier, contre la déplorable idée, trop souvent appliquée par nos législateurs, d'éviter les procès en sacri-

Digitized by Google

fiant de gaieté de cœur des droits sacrés et incontestables. Qu'on n'invoque pas un prétendu intérêt de sécurité ou de morale publique. La sécurité publique n'a de prix qu'autant qu'elle résulte de la protection égale accordée à tous les droits; et en quoi serait-elle troublée par quelques procès de plus dans des cas très-exceptionnels ? Quant à la morale publique, n'est-elle pas bien autrement choquée en voyant l'autorité paternelle bravée par des enfants rebelles, qu'en voyant quelquefois un testament injuste cassé par les tribunaux, ou un fils ingrat flétri par leur sentence? La plainte d'inofficiosité serait un mal, mais un mal nécessaire pour produire un plus grand bien, et par conséquent un mal devant lequel une bonne législation ne devrait pas reculer, pourvu seulement qu'elle prît toutes les précautions pour l'atténuer autant que possible, ce qui ne serait pas difficile.

En résumant cette étude que nous venons de faire sur les travaux préparatoires, nous dirons que les principaux orateurs qui ont parlé sur le titre de la puissance paternelle ont émis des idées fort justes et fort élevées sur la nature et l'essence de la famille, mais que malheureusement ces belles idées n'ont pas produit tous les fruits qu'elles devaient produire, faute par nos législateurs d'avoir aperçu leur caractère juridique. Par la comparaison de ces discours avec le texte de notre titre, le Code nous paraît avoir péché en trois points surtout par trop de timidité et de faiblesse: 1° en négligeant tout à fait le caractère social de la famille; 2° en réduisant l'autorité paternelle à n'être qu'un pouvoir tutélaire un peu étendu pendant la minorité des enfants; et 3° en enlevant par la suppression de l'exhérédation totale ou du moins assez large, une arme puissante et salutaire entre les mains des parents.

Digitized by Google

LIVRE II.

Rapports personnels dans la famille.

Nous suivrons encore ici la même division qu'en droit romain ; division indiquée du reste par l'économie du Code lui-même. Nous changerons seulement l'ordre des divisions pour suivre celui des articles du Code. Nous aurons donc quatre titres :

1° Devoir perpétuel de respect ;
2° Droit d'autorité ;
3° Droit de garde ;
4° Droit de correction.

TITRE PREMIER.

DEVOIR PERPÉTUEL DE RESPECT.

ART. 371. — *L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère.*

Il n'est pas facile de déterminer quels étaient, dans la pensée des rédacteurs du Code, le sens et la portée de cet article, car nous trouvons sur ce point, dans les travaux préparatoires, les assertions les plus contraires : les uns, comme MM. Béranger, Boulay, Vésin, Albisson,

Digitized by Google

le considèrent comme renfermant une disposition de pure morale ; les autres, comme M. Bigot-Préameneu, y voient le principe de toutes les autres dispositions du titre ; d'autres enfin, comme M. Réal, en font le fondement de ce qui reste de l'autorité paternelle après la majorité de l'enfant. Les mêmes incertitudes et les mêmes divergences existent parmi les commentateurs : on s'est plu à faire rentrer dans cet article tout ce qu'on a voulu, et dans le désir de voir notre titre moins incomplet, on a tâché de trouver dans son premier article ce qu'on cherchait en vain dans les autres.

Pour nous, persuadés qu'il ne faut pas voir dans un article du Code, de même qu'en aucune chose, plus que ce qui y est réellement, nous ne regardons cet article que comme renfermant une règle de pure morale, pouvant donner naissance à des droits purement négatifs, c'est-à-dire pouvant limiter en plusieurs points la sphère d'action juridique des enfants, mais ne pouvant pas faire naître de véritables droits positifs chez les parents. Nous voulons dire par là que cet article ne peut être regardé comme fondant aucun des droits des père et mère que nous avons rangés sous le nom de droits d'autorité. Sans doute nous serions fort heureux de trouver au moins une disposition dans le Code qui posât les bases de la perpétuité de l'autorité des parents sur leurs enfants ; ce serait du moins une déclaration de principe et une pierre d'attente pour l'avenir. Nous nous résignerions alors plus facilement à attendre la réalisation de cette promesse, confirmée par les paroles de M. Réal, qui nous dit : « Après la majorité, la puissance paternelle donne aux parents le pouvoir de récompenser la » piété filiale et de punir l'ingratitude. » Et nous au-

Digitized by Google

rions moins de peine à nous contenter du conseil que l'enfant majeur doit demander pour se marier, et qui est presque la seule trace existante de l'autorité paternelle pendant cette période. Mais, malgré tout notre désir, il faut bien donner aux mots le sens qu'ils ont, et quand on nous parle d'un devoir d'honneur et de respect, nous ne pouvons comprendre un droit positif chez les parents d'exercer l'autorité sur leurs enfants.

Quelle est la portée de ce devoir d'honneur et de respect? Surtout quels seront ses effets juridiques? Il oblige les enfants à donner à leurs parents des témoignages perpétuels de leur respect et à s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte à ce sentiment. Comme tout devoir de morale, il n'a pas d'effets juridiques directs et positifs, c'est-à-dire qu'il ne fonde pas chez les parents un véritable droit à exiger de leurs enfants des actes positifs conformes aux sentiments qu'ils doivent avoir. Mais aussi, comme tout devoir de morale, il donne naissance à des droits que j'appellerai négatifs, au droit pour les parents d'empêcher les actes de leurs enfants qui seraient contraires au respect qui leur est dû. Et notre article fonde l'obligation et le droit pour les tribunaux de réprimer les manquements des enfants à ce devoir.

La difficulté est de déterminer exactement l'étendue de ce pouvoir répressif des tribunaux, sur quels actes coupables il peut porter, et quel est le genre et la gravité de la répression qu'ils peuvent infliger. Nous devons d'abord chercher s'il n'y a pas déjà dans nos textes de lois des applications de ce principe, sauf à voir ensuite s'il ne faut pas l'étendre au delà de ces quelques applications assez restreintes.

Digitized by Google

Nous trouvons d'abord dans le Code pénal une aggravation de peine pour les crimes et délits commis envers les ascendants, non pas pour tous les crimes et délits commis contre eux, mais seulement pour certains crimes et délits, ceux qui portent directement contre la personne. Et en effet l'infraction au respect pour les ascendants est infiniment plus grave lorsque le délit s'attaque directement à leur personne que lorsqu'il s'attaque à leurs biens. Dans ce dernier cas la considération, que la victime est un ascendant, est plutôt une cause d'atténuation qu'une cause d'aggravation de la faute; car bien souvent l'idée d'une certaine copropriété dans la famille, l'attente de la succession diminue la criminalité.

Nous trouvons ces aggravations de peine à raison de la qualité de la victime, d'abord dans les dispositions relatives au parricide, défini par l'art. 299 C. pén. « le meurtre des père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime. » L'aggravation de peine consiste uniquement maintenant dans les cérémonies qui entourent l'exécution de la sentence capitale, dans le voile noir qui couvre la tête du condamné, exposé en chemise et nu pieds pendant qu'un huissier fait la lecture au peuple de l'arrêt de condamnation (art. 14 C. pén.). L'amputation du poing, qui ajoutait aussi à la souffrance matérielle, a été supprimée en 1832, lors de la révision du Code pénal.

Il reste encore une autre aggravation à la peine du parricide, c'est qu'il n'est jamais excusable (C. pén., art. 323). Et cela est profondément pensé : rien ne peut atténuer le crime d'un fils qui ose frapper l'auteur de ses jours, ni les coups, ni les menaces du père (quand même elles seraient autre chose que l'excès d'une

Digitized by Google

juste sévérité, ce qui arrivera bien souvent), ni l'escalade ou l'effraction. En effet ces dernières tentatives perdent beaucoup de leur gravité entre parents. Mais de plus il y a toujours le motif général, dominant toute la matière. Quelle que soit la perversité du père, quelque mal qu'il ait causé à son enfant, jamais, au grand jamais, l'enfant ne sera autorisé à lui faire aucun mal. Tout le droit de l'enfant se borne à repousser le mal dont il est menacé ; jamais il ne pourrait reprendre l'offensive, jamais il ne pourrait demander autre chose que la réparation du mal dont il a été victime. Car il doit toujours reconnaître qu'il tient l'être, la vie, tous les biens de son père, et s'il a le droit de faire respecter, même à l'encontre de son père, sa dignité de personne humaine inviolable, il ne peut jamais le faire en atteignant, même le plus légèrement, la personne de son père, armée vis-à-vis de lui d'une inviolabilité encore plus sainte et plus sacrée.

Une question pourrait s'élever dans le cas où le parricide aurait été commis en repoussant une escalade ou une effraction nocturne ou un pillage fait avec violence. Sans doute le Code ne range pas ces cas parmi les cas d'excuse, il les assimile au cas de légitime défense pour lequel il dit qu'il n'y a ni crime ni délit. Pourtant on pourrait dire que, au fond, ce sont des cas d'excuse, que la perversité du parricide est toujours dans ces cas infiniment plus grande que celle d'un meurtrier ordinaire ; et l'on pourrait argumenter du texte de l'art. 322 qui, parlant des excuses, dit : « si le fait est arrivé la nuit, ce cas est réglé par l'art. 329. » On pourrait dire que cet article montre qu'il y a véritablement là une excuse, et qu'en renvoyant à l'art. 329, il veut seulement indiquer que c'est une excuse totale et pas seulement une excuse

Digitized by Google

atténuante, comme celles dont s'occupe le § 2 sous lequel est placé l'art. 322. On ajouterait enfin que l'art. 323, venant immédiatement après la disposition que nous venons de citer et disant que le parricide n'est jamais excusable, a bien voulu se référer à ce cas.

Mais je crois qu'il ne faudrait pas se laisser séduire par cette argumentation : il faut bien savoir au juste la portée de l'art. 329 dans la pensée du législateur ; la place où cet article a été mis montre clairement que l'on a considéré le cas d'effraction nocturne ou de pillage à main armée comme un cas de légitime défense, parce que la surprise, l'ignorance de la nature exacte du danger qu'on s'exagère facilement, la confusion résultant d'une attaque nocturne ou d'une invasion violente de malfaiteurs, tout cela peut enlever à celui qui se défend une présence d'esprit suffisante pour mesurer la portée de ses coups et la légitimité des moyens qu'il emploie. Or les mêmes motifs existent pour le fils, qui en pareil cas aurait donné la mort à son père. On peut ajouter qu'il n'est pas sûr que dans une pareille bagarre il ait reconnu l'auteur de ses jours. L'argument tiré de l'art. 322 *in fine* n'est pas concluant, parce que c'est arbitrairement qu'on en restreint l'application à l'atténuation de la peine ; il n'est pas sûr du tout qu'il n'ait pas voulu changer aussi la qualification même de l'hypothèse. Enfin dans le doute il faut toujours décider pour l'accusé en matière pénale. Je pense donc qu'il faudrait appliquer même au parricide la suppression de toute peine, lorsque le fait incriminé a été commis en se défendant contre une attaque nocturne ou un vol ou pillage à main armée.

L'aggravation de peine existe encore pour les coups

Digitized by Google

et blessures commis contre des ascendants. D'après l'art. 312 C. pén., la peine s'élève d'un degré, de l'emprisonnement on passe à la réclusion, de la réclusion aux travaux forcés à temps, des travaux forcés à temps aux travaux forcés à perpétuité. Quant à l'excusabilité, il n'y a aucune disposition spéciale dans le Code, quoique les motifs de l'écarter fussent les mêmes ici que pour le parricide lui-même. Il serait assez permis de croire que le rédacteur de l'art. 323 en disant parricide a pensé aux coups et blessures, quoiqu'il n'ait parlé que du crime le plus grave, et a entendu assimiler les coups et blessures au meurtre dans l'exception aussi bien que dans la règle de l'art. 321, où il dit: « Le meurtre, ainsi que les blessures et coups. » Mais comme il faut toujours entendre les dispositions pénales en faveur de l'accusé, il nous paraît impossible d'étendre aux coups et blessures le refus d'excusabilité prononcé pour le parricide, qui est certainement infiniment plus grave.

Il est encore une autre disposition du Code pénal qui pourrait sembler une application du respect dû au nom paternel, c'est celle qui prohibe toute action de vol des enfants envers leurs parents (art. 380). On pourrait être tenté d'y voir une conséquence spéciale du système général dont nous examinerons bientôt la valeur et qui consisterait à interdire aux enfants toute action déshonorante envers leurs parents. Mais quelle que soit la valeur de ce système en lui-même, au moins faut-il dire que l'art. 380 n'en est pas une application : d'abord il permet des actions en réparations civiles qui sont certainement aussi déshonorantes que l'action pénale, du moment que le vol est constaté officiellement par un jugement rendu public; en outre la prohibition de l'art. 380 s'étend

Digitized by Google

bien au delà des motifs qu'on essayerait de lui assigner. La prohibition s'applique même aux ascendants vis-à-vis de leurs enfants, et aussi entre époux et entre un époux et les héritiers de l'autre. Le motif du respect des ascendants ne peut donc pas expliquer par lui-même l'art. 380. Il faut en chercher l'explication dans une certaine idée de copropriété dans la famille, dans les expectatives mutuelles que les parents et alliés ont sur les biens les uns des autres, expectatives qui rendent moins tranchée entre eux la distinction du mien et du tien, et aussi sur les tolérances réciproques qui existent souvent entre eux, et qui, même lorsque les bornes naturelles de ces tolérances sont manifestement excédées, expliquent pourtant d'une manière assez naturelle une certaine erreur dans le coupable. En un mot la culpabilité n'a pas paru assez grande, ni le danger social assez réel pour provoquer une répression dans ce cas. Voilà le sens de l'art. 380 C. pén.; il ne faut pas y voir une application de notre art. 371 du Code Napoléon.

La loi du 17 avril 1832, art. 19, 2°, interdit aux descendants l'exercice de la contrainte par corps contre leurs ascendants. Certainement cette disposition peut fort bien être rapportée, au moins dans une certaine mesure, au respect, dû aux ascendants. Avant 1832 on discutait si notre art. 371 était suffisant pour faire interdire la contrainte par corps des descendants sur leurs ascendants, et je pense que l'on pouvait admettre cette interdiction comme parfaitement conforme à l'esprit de notre article. Maintenant la question est indubitablement résolue. Mais il faut aussi rapporter la disposition de la loi de 1832 à un autre motif; car la contrainte par corps est également prohibée des ascen-

Digitized by Google

dants aux descendants, et entre frères et sœurs, et entre époux. Le législateur a voulu d'une manière générale adoucir les rapports de famille, conserver dans les familles l'esprit d'union et éviter tout ce qui pourrait envenimer les haines. Pourtant il n'est pas non plus inexact de dire que le respect dû aux ascendants a été pour quelque chose dans sa décision.

Après avoir vu les applications certaines et formelles faites par nos lois elles-mêmes des principes de notre art. 371, nous devons examiner maintenant si ce principe n'a pas une portée plus grande, et s'il ne pourrait pas servir par lui seul de base à certaines mesures prises par les tribunaux pour faire respecter la sainteté du nom paternel. Ce que nous avons dit a dû faire pressentir que nous admettons cette doctrine en principe: la règle de l'art. 371, quoique étant de pure morale, entraîne naturellement des conséquences juridiques au moins négatives; le législateur qui ne fait pas un code de morale, mais un code de droit, a dû, en plaçant ici notre article, vouloir lui faire produire les conséquences juridiques qu'il est de nature à produire. Il a été dit formellement aux travaux préparatoires que cette règle serait bien souvent un point d'appui pour les juges pour ramener les enfants dans les limites du respect qu'ils doivent à leurs parents.

Une première application du principe, qui nous semble absolument incontestable en présence des travaux préparatoires, c'est que, du moins quant aux formes du langage des enfants agissant contre leurs parents, les tribunaux exerceront un contrôle souverain et efficace. Voici quelles sont les paroles de M. Albisson, appuyant cet article au nom du Tribunat devant le Corps législa-

Digitized by Google

tif : « On a d'ailleurs sagement remarqué que cet article » placé en tête de la loi deviendra pour les juges un » point d'appui en beaucoup d'occasions, telles par » exemple que des contestations d'intérêt entre des en- » fants et leurs parents, où ceux-ci passant, dans leurs » moyens d'attaque et de défense, les bornes que le » respect doit leur prescrire, se mettraient dans le cas » d'y être ramenés par des admonitions ou des actes » d'animadversion plus ou moins sévères, selon la » nature de leur offense. » Cette doctrine est formelle, elle est la reproduction d'une pensée exprimée plusieurs fois et au conseil d'Etat et au Tribunat, et elle me semble parfaitement admissible, car elle n'enlève réellement aucun droit aux enfants. Le fond de leurs droits, de leurs moyens d'attaque et de défense restera le même ; ils devront seulement en régler et en modérer la forme, et il est bien évident que nul n'a un droit véritable à employer dans son langage des formes acerbes ou violentes. Ils n'y perdront rien, et le sanctuaire de la justice ne sera pas souillé par la violation flagrante d'une autorité plus sainte encore. Quant aux moyens que les juges pourront employer, ce seraient, comme le dit M. Albisson, des admonitions, des actes d'animadversion plus ou moins sévères, tels que le refus d'entendre un discours irrespectueux ou de recevoir un acte rédigé dans de mauvais termes ; tels encore que les divers moyens qu'on range sous le nom de police de l'audience ; enfin ce seront même, si la violation est grave et si les parties le requièrent, des dommages et intérêts, car il faut que la loi s'applique, et pour cela il faut qu'elle ait une sanction efficace.

Faut-il aller plus loin et *au fond même* refuser aux en-

Digitized by Google

fants toute action déshonorante contre leurs parents ? Faut-il, comme garantie contre ces actions déshonorantes, les obliger avant d'agir à obtenir l'autorisation du président du tribunal, par analogie de ce qui se passait en droit romain? D'abord, quant à cette dernière précaution, cette restriction à la liberté d'action des enfants, je ne la crois pas admissible. Un moyen préventif est toujours quelque chose d'exorbitant, c'est toujours un moyen arbitrairement choisi par le législateur pour arriver à un certain but; or, précisément à cause de ce caractère d'arbitraire dans le choix du moyen à employer, je ne crois pas qu'on puisse suppléer ce moyen, en se fondant seulement sur ce que le législateur a formellement annoncé le but auquel il voulait arriver. De ce que le législateur a voulu la fin, on ne peut pas légitimement conclure qu'il ait voulu tel moyen particulier.

Mais faudra-t-il refuser à un enfant toute action contre ses parents, si cette action devait avoir quelque chose de déshonorant pour ceux-ci ? Je ne le pense pas non plus : il n'y a sur ce point rien d'explicite ni dans l'art. 371, ni dans les paroles de M. Albisson ; et pourtant ce refus d'action est une chose fort grave pour laquelle il faudrait une disposition formelle. En effet il n'y a pas analogie en cette matière entre le droit romain et le droit français : en droit romain, c'était surtout la forme des actions qui était infamante; soit que l'infamie fût légale, soit qu'elle existât seulement dans l'opinion et dans les mœurs, elle résultait uniquement des formules d'action employées; mais rien n'empêchait d'éviter ces formules pour éviter l'infamie, et d'arriver tout de même à faire droit aux enfants par l'emploi d'autres formules. Chez nous au contraire l'infamie n'est plus jamais légale, elle

Digitized by Google

n'existe plus que dans les mœurs et dans l'opinion, et elle ne résulte plus des formes des actions, mais du fond même des choses, de la nature seule des faits incriminés qui provoquent la réprobation du sentiment moral dans le public. Dans cet état de choses, on ne pourrait éviter cette espèce d'infamie ou de déshonneur pour les parents qu'en refusant aux enfants toute action, en réduisant leurs droits à néant. Or c'est, suivant moi, ce qui dépasse les pouvoirs du législateur, parce que d'une part cela n'appartient plus à la modalité des droits, mais à leur essence même; et d'autre part on ne peut pas établir que rationnellement les droits des enfants doivent s'éteindre dans le respect qu'ils doivent à leurs parents. La personne des parents doit toujours être sainte et inviolable pour les enfants; mais aussi les parents doivent respecter la personnalité de leurs enfants, et la puissance paternelle, même dans sa plus grande extension, pendant la minorité de l'enfant, ne peut jamais aller jusqu'à violer sa personne, jusqu'à lui causer un mal injuste; au contraire le titre même du père l'oblige à un soin encore plus particulier pour ne léser aucun des droits de son enfant. Si le père manque à ces devoirs, s'il viole les droits de son enfant, il n'y a dans la nature de son autorité rien qui doive le dispenser des réparations dues à celui qui a souffert de son usurpation; il doit au contraire être plus empressé qu'un autre à fournir ces réparations. En résumé nous disons que l'inviolabilité de la personne du fils existant au moins aussi fortement à l'encontre de ses ascendants qu'à l'encontre d'étrangers, il doit pouvoir obtenir aussi bien réparation des torts qui peuvent lui être faits, et que le déshonneur pouvant résulter pour les ascendants de la violation de

Digitized by Google

son droit ne peut pas les mettre à l'abri de cette action.

Divers textes de détail paraissent confirmer cette doctrine : ainsi l'art. 380 du Code pénal permet expressément aux enfants d'agir en réparations civiles contre leurs ascendants en cas de vol commis à leur préjudice par ceux-ci, et pourtant cette action est certainement déshonorante. Les art. 334 et 335 du même Code, dans l'hypothèse d'attentat à la pudeur commis ou favorisé par des ascendants, édicte contre eux des peines très-sévères, et les prive de tous les droits accordés par le titre de la puissance paternelle au Code civil. Dans le silence de la loi, qui est-ce qui aura en première ligne le droit de porter plainte? Ne sera-ce pas l'enfant victime de l'attentat? Qui est-ce qui réclamera l'extinction de la puissance paternelle? Evidemment l'enfant lui-même, ou quelqu'un en son nom. Nos codes admettent donc des actions déshonorantes des enfants contre leurs ascendants.

Est-ce à dire que l'art. 371 n'aura jamais d'application, et ne pourra pas quelquefois forcer à limiter les actions des enfants? Il ne faut pas être aussi absolu. Les raisons que nous venons de donner s'appliquent parfaitement aux cas où le fils a un droit certain et incontestable, et aussi lorsqu'il est le seul ou le principal intéressé dans le droit qu'il exerce. Mais si le droit de l'enfant n'est pas complétement certain, ou s'il n'est pas le principal intéressé dans son action ; si au contraire il y a d'ailleurs des raisons de douter de la légalité de l'action, ou si ses parents ont un intérêt contraire au sien, vraiment principal et plus important, et qui serait sacrifié si l'on donnait à l'enfant toute liberté d'agir, la solution doit être tout autre. Plutôt que de causer à ses parents un dommage sans être bien sûr qu'il ait le

Digitized by Google

droit pour lui, plutôt que de leur causer un dommage considérable pour un avantage relativement minime et accessoire qu'il en retirerait, l'enfant est moralement obligé, par le respect et la reconnaissance qu'il doit à ses parents, de s'abstenir d'agir; et comme on ne peut avoir droit qu'à une chose dont on n'est pas moralement obligé de s'abstenir, il n'a plus réellement le droit d'exercer cette action, et cette action doit lui être refusée.

Ces conditions se réalisent dans plusieurs cas, qui font l'objet de questions controversées dans le Code, et nous fournissent des éléments de la solution de ces questions.

Ainsi l'art. 187 dit : « Dans tous les cas où, conformément à l'art. 184 l'action en nullité peut être intentée » par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être » par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un » autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. » Or sans doute les parents collatéraux ou les enfants d'un autre mariage n'auront le plus souvent un intérêt né et actuel qu'après la mort des époux ou de l'un d'eux, pour régler leur succession et en exclure les enfants nés du mariage annulable. Mais on peut trouver des cas où ils auront un intérêt né et actuel du vivant même des deux époux. Or on s'accorde généralement à dire qu'un intérêt né et actuel suffit pour les collatéraux, quand même les deux époux existeraient encore; que le Code n'a voulu insister que sur cette condition, que c'est seulement par inadvertance qu'il a exigé d'une manière générale le prédécès de l'un des époux. En effet ces parents collatéraux ont un droit, ils ont un intérêt pré-

Digitized by Google

sent à l'exercer, ils doivent donc pouvoir l'exercer. Sans doute l'époux, tant qu'il survit, a un intérêt d'un ordre bien autrement élevé à la validité ou à la nullité de son mariage; mais ses parents collatéraux ne lui doivent rien, et ne sont pas tenus d'avoir égard à son intérêt, quelque grand qu'il soit; ils peuvent ne tenir compte absolument que de leur propre intérêt. — Maintenant en est-il de même des enfants d'un autre lit? Nous sommes de ceux qui ne le pensent pas : quel que soit l'intérêt qu'ils puissent avoir à faire prononcer la nullité du second mariage de leur père ou de leur mère, par exemple, pour écarter de la succession d'un de leurs frères les enfants de ce second mariage, l'intérêt de leur père ou de leur mère dans la validité de ce mariage est d'un ordre plus élevé; cette question touche leur ascendant par mille et mille côtés, de sa solution peut dépendre le bonheur de sa vie entière. L'importance de cette question est telle pour lui, que l'intérêt des enfants n'est rien à coté. Et les enfants, obligés de vouloir avant tout le bonheur de leur ascendant, ne peuvent pas lui causer ce mal immense pour un intérêt de leur part relativement minime, puisqu'ils seront toujours à même d'exercer plus tard leur action pour écarter leur prétendu frère, et que cette action, n'étant pas née du vivant de leur père ou de leur mère, n'aura pas pu être prescrite contre eux.

Les mêmes principes nous paraissent aussi devoir entraîner la solution, au moins d'un cas spécial de la question si importante, si les héritiers d'un des époux peuvent continuer l'action en séparation de corps commencée par lui. En supposant qu'on l'accorde pour les héritiers autres que les enfants que cet époux a eus en

Digitized by Google

commun avec le défendeur, il faudrait certainement la refuser à ces derniers. En effet leur intérêt est tellement minime relativement à celui de leur auteur survivant, la légitimité de cet intérêt purement pécuniaire (la reprise des avantages faits à l'époux défendeur) est tellement incertaine, l'absence du pardon de l'époux prédécédé est si difficile à établir, qu'il est vrai de dire que les enfants plutôt que de causer un mal immense à leur auteur, au milieu de pareilles incertitudes, sont tenus en conscience de s'abstenir de toute action. Nous n'examinons pas la question à fond, nous ajoutons seulement une nouvelle raison de décider dans un cas spécial.

On pourrait être tenté d'argumenter de la même manière pour l'action en désaveu que les enfants et héritiers du mari voudraient intenter en vertu de l'art. 317, si le mari est mort dans le délai pour l'intenter. On ferait ressortir tout le déshonneur qui en rejaillirait sur leur mère, et l'on dirait: Si l'art. 371 doit avoir jamais pour effet de faire refuser une action aux enfants, c'est ici le cas ou jamais de l'appliquer. Cette argumentation ne nous paraît pas juste, lorsque nous approfondissons la nature de l'action en désaveu. L'action en désaveu, et quant à la forme et quant au fond, est dirigée contre l'enfant désavoué et non contre la mère: quant à la forme, l'art. 318 dit que l'action est dirigée contre un curateur *ad hoc* donné à l'enfant, et seulement *en présence* de sa mère. Quant au fond, l'intérêt principal et pratique de l'action est la question de la succession au mari de la mère, et cette question s'agite tout entière entre l'enfant désavoué et ses frères. Ce n'est pas comme dans le cas de nullité de mariage ou de séparation de corps, où l'intérêt principal est pour l'ascendant; ici la

Digitized by Google

mère n'est atteinte qu'indirectement; et non juridiquement, dans son honorabilité, dans l'estime que l'opinion publique fera d'elle; c'est donc l'intérêt des enfants qui domine toute la question. Quant au dommage qu'ils causeront à leur mère, il est sans doute regrettable; mais en réalité c'est la faute de la mère qui est la cause de son déshonneur; les enfants ne font que rétablir leur droit violé par la violation de la foi conjugale et l'introduction dans la famille d'un enfant étranger. Tout le droit est de leur côté, tous les torts du côté de leur mère. Si la voix de leur cœur peut leur conseiller de se sacrifier pour épargner leur mère, la plus stricte morale ne peut pas leur en faire un devoir; l'action intentée par eux n'est pas illicite, elle reste donc un droit pour eux, et ce droit ne peut leur être enlevé.

Enfin il est une dernière conséquence que l'on pourrait être tenté de tirer de notre art. 371, par analogie du droit romain. On a voulu, en effet, accorder aux parents, actionnés par leurs enfants, le *bénéfice de compétence*. Mais il ne nous semble pas que l'art. 371 suffise pour fonder ce bénéfice. En effets l'organisation de ce bénéfice, son étendue, ses effets divers, étaient quelque chose de purement arbitraire dans la législation romaine; ce bénéfice ne découle pas, armé de toutes pièces, du principe de respect une fois posé, ce principe peut être mis en œuvre de mille autres manières différentes. Il ne suffit donc pas que notre législateur ait posé le principe pour qu'on soit autorisé à en conclure qu'il a voulu cette conséquence déterminée, ce bénéfice avec cette même organisation. Il y a, en un mot, ici trop d'éléments vagues et arbitraires, qui auraient besoin d'une détermination spéciale du législateur. Aussi nous ne

Digitized by Google

croyons pas qu'on doive admettre dans nos lois le bénéfice de compétence du droit romain.

Mais au fond on arrivera à peu près au même résultat, et l'on trouvera que notre législation, loin de rester en arrière sur la législation romaine, est au contraire en progrès sensible sur elle dans cette matière. Le bénéfice de compétence à Rome se réduisait en définitive à deux effets principaux : 1° il empêchait la contrainte par corps en réduisant toutes les poursuites à des voies d'exécution sur les biens ; 2° il obligeait les enfants à laisser quelque chose à leurs parents : *aliquid ne egeant*. — Or, d'une part, la contrainte par corps est prohibée actuellement entre ascendants et descendants ; et d'autre part les enfants, étant tenus de fournir des aliments à leurs ascendants, ne devront pas être admis à les réduire à la misère complète ; ils devront leur laisser quelque chose à titre d'aliments. Pourtant sur ce dernier point, en l'absence d'aucun texte explicite, les choses ne se passeront pas toujours comme en droit romain, et notre législation se trouvera à la fois plus favorable au fils et plus favorable au père. En effet, d'une part, le fils doit des aliments, mais ils ne les doit pas d'une manière particulière ; il appartient aux tribunaux d'apprécier le mode le plus opportun dont ils seront fournis. Les tribunaux pourraient donc, suivant les cas, permettre au fils de saisir tous les biens saisissables de son père en lui imposant l'obligation de lui fournir une pension alimentaire ou peut-être de le nourrir chez lui. Ce mode de prestation pourra être beaucoup moins onéreux pour le fils, parce que les biens de son père qu'il prendra pourront lui produire une valeur bien supérieure à celle pour laquelle il

Digitized by Google

aurait pu les compter à son père à titre d'aliments. Le père souffrira sans doute dans la liberté de disposition qu'il avait sur les biens qui lui auraient été laissés d'après le système romain. Mais d'abord notre loi, quand elle accorde des aliments, ne tient pas compte, et à bon droit, de ce genre d'avantage ; d'ailleurs le père a l'avantage de se trouver plus complétement déchargé si ses biens vendus ont plus de valeur. Enfin, et cela est le plus important, sa pension alimentaire est garantie même contre ses autres créanciers, car elle est insaisissable. On n'arrive donc pas à cette conséquence déplorable qui a été signalée dans la législation romaine, que le père pouvait se voir enlever par ses autres créanciers ce que son fils venait de lui laisser pour l'empêcher de tomber dans la misère. On ne pouvait, dans le système romain, sauvegarder l'intérêt du père que par une injustice criante contre le fils ; on devait obliger celui-ci à fournir des aliments quoiqu'il eût déjà acquitté sa dette alimentaire en laissant quelque chose à son père pour vivre. On se trouvait donc entre deux écueils, dont on ne pouvait éviter l'un que pour se briser sur l'autre. Notre législation, telle qu'elle est actuellement, est donc bien supérieure à la législation romaine sur les mêmes matières.

Digitized by Google

TITRE II.

DROIT D'AUTORITÉ.

Nous avons déjà remarqué que le Code limitait le droit d'autorité des père et mère à la minorité de l'enfant, Il en fait un droit de puissance, de tutelle, un pouvoir de direction sur celui qui ne peut pas encore pleinement diriger ses actes, plutôt qu'un véritable droit d'autorité, consistant à commander à une personne pleinement capable, à agir sur elle avec l'acquiescement complet et libre de sa volonté. Ce qui fait que les mots « puissance paternelle » employés par la rubrique du titre sont plus exacts que le mot « autorité » employé par l'art. 372. Nous devons donc en général nous borner à étudier ce droit d'autorité tel que l'entend le Code dans notre titre; cependant nous ajouterons aussi quelques considérations sur les droits d'autorité qui se conservent même après la majorité et qui sont indiqués dans d'autres parties de nos lois.

Nous diviserons donc ce titre en trois chapitres :

1° Principe et règles générales du droit d'autorité sur l'enfant mineur;

2° Fonctions diverses du droit d'autorité sur l'enfant mineur;

3° Droit d'autorité sur l'enfant majeur.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPES ET RÈGLES GÉNÉRALES DU DROIT D'AUTORITÉ SUR L'ENFANT MINEUR.

Art. 372. — *Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.*

Art. 373. — *Le père seul exerce cette autorité pendant le mariage.*

Le Code, qui ne s'occupe du droit d'autorité qu'à l'égard de l'enfant mineur, comme cela résulte de l'art. 372 et de l'ensemble des travaux préparatoires, n'est même pas fort explicite sur ce sujet, du moins dans le titre spécialement consacré à la puissance paternelle. Après avoir posé deux principes généraux, comme nous venons de le voir, il passe immédiatement à deux applications tout à fait spéciales et en quelque sorte extrinsèques de l'autorité paternelle, qui sont plutôt les conditions de son exercice et la sanction de ce droit, je veux dire les droits de garde et de correction. Mais quant aux droits divers, qui forment l'essence même de l'autorité paternelle, qui sont comme les fonctions variées de cette puissance, notre titre est complétement muet. Cela a bien été fait un peu à dessein, car on a expressément dans les travaux préparatoires renvoyé les applications diverses du principe aux titres qui s'occuperaient spécialement des matières, à l'occasion desquelles ces applications se manifestent. Sans doute il eût été assez difficile de présenter dans notre titre même une théorie d'ensemble sur ce point ; cela aurait

Digitized by Google

demandé beaucoup de travail, attendu surtout qu'aucune des législations antérieures ne présentait quelque chose de satisfaisant. Mais il n'en est pas moins regrettable qu'on n'ait pas abordé de front la difficulté; car la méthode que l'on a suivie a laissé dans toute cette matière une certaine incohérence et des lacunes regrettables. Pour nous, notre travail ne serait pas complet si nous ne donnions pas une vue d'ensemble des divers droits d'autorité des parents, puisque c'est là ce qui forme le fond, l'essence, la vie même de la puissance paternelle. Aussi, après avoir dans ce chapitre tiré de nos lois tout ce qu'il est possible de tirer sur l'ensemble de la matière au point de vue général, et après avoir résolu les questions auxquelles leur laconisme donne lieu, nous verrons dans un chapitre second les diverses applications spéciales qu'il est possible de trouver à l'autorité des père et mère.

En étudiant donc d'abord cette autorité au point de vue général, nous pourrions nous poser trois questions : d'abord de quelle manière naît la puissance paternelle; ensuite par qui elle est exercée, et enfin comment elle finit. Mais la première question a une réponse trop simple pour qu'il soit besoin d'y insister : la puissance paternelle naît chez nous de la génération ; que la génération ait eu lieu dans le mariage ou hors mariage, cela n'a pas une importance majeure, cela n'influe que sur quelques applications de détail, dont il n'entre pas dans notre plan de nous occuper. C'est assez dire que la légitimation ne peut pas être, comme en droit romain, comptée pour une source de la puissance paternelle. Quant à l'adoption, ne pouvant avoir lieu que pour une personne majeure, elle ne saurait donner

Digitized by Google

la puissance dont nous nous occupons maintenant et qui ne s'exerce que sur l'enfant mineur. La tutelle officieuse, qui précède l'adoption, ne donne tout au plus que les pouvoirs d'un tuteur, et nous verrons plus loin en quoi ils diffèrent de ceux du père. Donc l'unique source de la puissance paternelle est chez nous la génération.

Restent donc seulement deux questions à examiner :

1° Par qui est exercée la puissance paternelle;

2° Comment elle finit;

Cela fera l'objet de deux sections.

SECTION PREMIÈRE,

Par qui est exercée la puissance paternelle.

Le Code nous dit dans l'art. 372 que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère « (sous *leur* autorité) » jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; et dans l'art. 373, que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. Il s'agit de bien déterminer la doctrine renfermée dans ces deux articles. C'est exactement la doctrine philosophique rationnelle établie plus haut. La puissance paternelle est par elle-même commune au père et à la mère ; le titre de la mère est par lui-même égal à celui du père, et dans l'art. 372, la vocation de la mère a lieu sur le même pied et dans les mêmes termes que celle du père. Mais si la jouissance de la puissance paternelle est égale chez le père et chez la mère,

Digitized by Google

l'exercice de cette puissance, pour les points du moins qui ne peuvent pas souffrir un partage, appartient exclusivement ou plutôt souverainement au père. Le Code, en disant « pendant le mariage, » indique bien que le motif de cette attribution spéciale faite au père est dans les rapports que le mariage établit entre les époux, dans la subordination de la femme au mari qui existe naturellement dans la société conjugale. Mais, de même que dans la société conjugale la subordination de la femme ne veut pas dire passiveté complète, mais indique seulement que son activité doit se soumettre à celle du mari, et qu'à ce dernier appartient la décision souveraine dans les questions qui pourraient les diviser; de même aussi dans la société de la famille, en disant que l'exercice suprême de la puissance paternelle appartient au père, on ne veut pas dire que la mère soit exclue de tout exercice de cette puissance, on veut dire seulement que la décision suprême, que l'exercice des droits les plus saillants et les plus étendus appartiendront au père seul, et que la mère ne devra agir que sous le contrôle du mari et dans une sphère plus modeste. Le Code, en disant sans distinction : le père exerce seul cette autorité pendant le mariage, s'est référé uniquement aux droits les plus importants de cette autorité, à ceux dont il devait s'occuper plus spécialement, et n'a pas entendu exclure la mère de l'exercice de tous ces pouvoirs qui lui appartiennent plutôt dans les mœurs et dans la pratique journalière de la vie que dans les règles plus ou moins théoriques du droit. Il faut donc reconnaître que la mère, comme la femme, exerce dans la famille une foule de pouvoirs, secondaires sans doute, mais très-réels pourtant, et que pendant le mariage même elle participe, non

Digitized by Google

pas seulement en théorie, mais en pratique même, à la puissance paternelle. C'est, si l'on veut, par une sorte de mandat tacite du père. Mais j'aimerais mieux présenter la chose autrement; j'aimerais mieux dire que c'est un droit conservé à la mère, parce que le père ne peut et ne doit pas prendre en main tout l'exercice de la puissance paternelle dans ses moindres détails. En somme je dirais que la mère exerce ces pouvoirs bien plutôt *jure non decrescendi*, que *jure accrescendi*, si l'on peut employer ici ces expressions en les détournant un peu de leur sens usuel.

Quant aux fonctions importantes et saillantes de la puissance paternelle, le Code procède ordinairement en conformité avec le texte de l'art. 373, c'est-à-dire que tout exercice de ces droits est refusé à la mère pendant le mariage, c'est le père seul qui est admis à faire les actes juridiques qui s'y rapportent, et la mère ne peut y participer que par son influence sur le père pour le provoquer à agir. Il est pourtant certains actes spéciaux pour lesquels une autre système est appliqué, ou plutôt même deux autres systèmes plus extensifs du droit de la mère. Pour le consentement au mariage et aux autres actes qui y sont assimilés, comme la prononciation de vœux dans une communauté religieuse et l'engagement dans les ordres sacrés, la mère se trouve véritablement associée au pouvoir du père, il faut qu'on lui demande à elle aussi son consentement, et la prééminence maritale a seulement pour effet de faire que la volonté du père l'emporte en cas de dissentiment entre les époux. Pour le consentement à l'adoption, le Code va même plus loin, du moins dans l'opinion de la majorité des auteurs; il ne suffit pas que la mère soit consultée, il faut

Digitized by Google

qu'elle consente elle-même à l'adoption et la volonté du père ne pourrait pas prévaloir sur la sienne. Il y a là une dérogation pleine et entière au principe de l'article 373, qui se justifie facilement par l'importance qu'a pour les deux parents un acte comme l'adoption; et peut-être aussi parce que chez nous l'adoption produit ses effets moins dans l'ordre juridique que dans les mœurs et dans les rapports intimes de la famille, et que le rôle de la mère est beaucoup plus important dans le deuxième ordre d'idées que dans le premier.

Telle est dans son ensemble la répartition faite par le Code de la puissance paternelle entre le père et la mère tant qu'ils sont tous deux vivants et capables d'exercer ces pouvoirs. C'est un point incontestable que la volonté des parties intéressées ne pourrait rien changer à cet ordre de choses: l'art. 1388 est formel sur ce point; il dit que les époux ne peuvent, par contrat de mariage, déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants; or, d'une part, le contrat de mariage est l'acte dans lequel une pareille convention trouverait le plus naturellement sa place, d'autre part en général, le législateur permet plutôt dans ce contrat des conventions interdites ailleurs; donc il faut certainement conclure de l'art. 1388 que dans aucun contrat on ne pourrait faire de dérogation aux principes que nous avons exposés.

Cette démonstration paraîtra peut-être bien longue et l'on me dira que je n'avais qu'une chose à dire, c'est que toute dérogation aux règles de la loi serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et par conséquent prohibée par l'art. 6 du Code Napoléon. J'avoue que je suis un peu effrayé de ces mots « l'ordre public et les

Digitized by Google

bonnes mœurs. » On les emploie presque toujours pour rendre une idée tout à fait différente de leur sens naturel ; et l'on a pris tellement l'habitude de leur donner un sens vague et indéterminé, dont on ne se rend pas bien compte, que je crains toujours qu'ils n'aient plus de sens raisonnable dans tel ou tel cas particulier. Cherchons donc ce que signifient ces mots employés dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire dans la question de savoir si l'autorité paternelle pourrait être confiée à la mère aussi bien qu'au père pendant le mariage. Or si l'on prend les mots dans leur sens naturel, je vois que l'ordre public et les bonnes mœurs n'ont rien à faire là dedans. Que les bonnes mœurs, c'est-à-dire la morale, soient désintéressées en cette matière, c'est ce qui me paraît évident. Quant à l'ordre public, si l'on entend par là la tranquillité matérielle de l'Etat, évidemment encore il n'a rien à faire ici ; si l'on entend par là l'organisation de l'Etat, des différents pouvoirs et des différents éléments qui le composent, on tombe dans un critérium éminemment vague et incertain. A quoi reconnait-on que telle ou telle institution tient à l'organisation de l'Etat et que telle autre n'y tient pas? Toutes nos lois y tiennent plus ou moins, et, si l'on met de côté les lois publiques et politiques, ce n'est plus entre les autres qu'une question de degré. Dès lors jusqu'où devra-t-on aller, où faudra-t-il s'arrêter ? La seule solution un peu sûre serait de s'en rapporter aux textes pour cette détermination : mais alors l'art. 6 devient inutile puisqu'il faudra toujours un texte spécial dans chaque matière où il devrait s'appliquer. Non ; si l'on cherche à se rendre compte sérieusement de l'idée, qui est dans tous les esprits, lorsque l'on emploie ces mots, « l'ordre

Digitized by Google

public et les bonnes mœurs », dans le cas qui nous occupe; on voit que l'on veut dire que l'institution en question, c'est-à-dire la prééminence du mari dans le mariage, est de l'essence même du contrat de mariage, que c'est une conséquence nécessaire de la nature des choses, et que par conséquent aucune convention ne pourrait y rien changer. Fort bien; j'admets volontiers cette idée; mais au moins faudrait-il l'exprimer formellement et clairement, pour que nous puissions la contrôler et en mesurer la valeur. Autrement nous nous exposons à raisonner dans le vide ou à admettre légèrement, au moyen d'une formule trompeuse, des motifs vains et illusoires. Du reste, la confusion vient de l'art. 6 lui-même qui, en parlant des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, a certainement voulu comprendre non-seulement celles qui sont naturellement comprises dans ces mots, mais encore toutes les dispositions qui tiennent à l'essence même des choses, et par conséquent ne peuvent être modifiées par des conventions particulières; et même certaines dispositions qui, dans leurs détails, sont plus ou moins arbitraires de la part du législateur, mais qui ont pour caractère essentiel de devoir être uniformes pour tous les membres de la nation, comme les dispositions concernant la capacité des personnes.

L'application de l'art. 373 ne souffre aucune difficulté tant que, le mariage durant, le père reste complétement capable d'exercer l'autorité paternelle. Mais, s'il se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, alors se pose la question si la mère peut et doit l'exercer à sa place. Pour bien étudier cette question, il faut la diviser en deux autres questions, parce que la solution de l'une est

Digitized by Google

beaucoup moins simple et moins facile que celle de l'autre. Il faut d'abord examiner le cas ou l'impossibilité où se trouve le père d'exercer l'autorité paternelle, existe légalement et est légalement constatée, et le cas où elle n'a pas ce caractère.

L'impossibilité pour le père d'exercer la puissance paternelle existe légalement dans trois cas : 1° lorsque le père est déchu de la puissance paternelle en vertu de l'art. 335 du Code pénal ; 2° lorsqu'il est absent déclaré ou même seulement présumé ; enfin 3° lorsqu'il est interdit, soit judiciairement, soit légalement, et nous ajouterons aussi lorsqu'il aura été placé dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838. Dans tous ces cas s'il n'y a pas toujours incapacité légale pour le père d'exercer la puissance paternelle, il y a du moins constatation légale de l'impossibilité où il est de l'exercer; et cela suffit pour que l'argumentation suivante s'y applique dans toute sa force.

Le droit d'exercer dans ces cas la puissance paternelle n'a été refusé à la mère que par un auteur et il ne s'est fondé que sur un argument de texte tiré des art. 373 et 381, dont l'un dit « le père seul exerce cette » autorité *durant le mariage*, » et l'autre la mère *survivante*. » Donc, dit-il, la mère ne peut jamais exercer la puissance paternelle pendant le mariage, du vivant de son mari. Mais n'est-il pas évident que dans ces deux articles le Code raisonne du cas le plus ordinaire, où le mari reste capable toute sa vie, et où il ne perd la puissance paternelle que par sa mort ? L'ensemble des dispositions du Code réfute l'argument tiré des art. 373 et 381. En effet l'art. 372 pose sans restriction la vocation de la mère à la puissance paternelle sur le

Digitized by Google

même pied que le père, n'est-ce pas dire clairement que toutes les fois que le droit du père n'y mettra pas obstacle le droit de la mère reparaîtra dans toute sa force? Les travaux préparatoires sont entièrement conformes à cette saine interprétation. M. Vésin ne fonde l'exclusion de la mère, faite par l'art. 373, que sur la nécessité de l'unité de pouvoir; et il ajoute que le projet n'entend pas par là ne pas associer la mère à cette magistrature; elle l'exerce à son tour et prend la place du père, « *s'il vient à manquer.* » On voit que ces derniers mots sont tout à faits généraux et n'exigent nullement que se soit la mort qui rende vacante la place du père sur le trône domestique. Nous avons vu enfin que les principes mêmes sont parfaitement d'accord avec le Code et les travaux préparatoires sur ce point et nous pouvons invoquer en dernier lieu l'autorité des précédents (1). De plus plusieurs textes spéciaux appliquent à des cas particuliers les principes que nous établissons ici d'une manière générale : ainsi pour le consentement au mariage, l'art. 149 dit formellement que le consentement de l'un des époux suffit lorsque l'autre est mort ou s'il est *dans l'impossibilité de manifester sa volonté ;* ces mots sont tout à fait généraux. L'art. 2 du Code de commerce admet, pour permettre au mineur de faire le commerce, l'autorisation de la mère seule, « en cas de décès, *interdiction ou absence* du père. » Il ne parle pas du cas de déchéance, mais il faut argumenter *a fortiori* pour ce cas; car alors on n'a pas comme dans l'interdiction ou l'absence à ménager les droits d'un père, qui peut reparaître ou revenir à une meilleure santé. Enfin pour le

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. 3; tit. 6; sect. 2.

Digitized by Google

cas spécial de l'absence, nous avons l'art. 141, qui donne à la mère « la surveillance des enfants » et » tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. » Tout s'accorde donc pour reconnaître à la mère le droit d'exercer la puissance paternelle lorsque le père est dans l'impossibilité légalement constatée de l'exercer lui-même.

Lorsque cette impossibilité n'a pas une existence légale, la question est plus délicate et beaucoup plus controversée. Cette hypothèse peut se rencontrer dans trois cas surtout : 1° si le père est dans un lieu éloigné, sans être proprement absent, c'est-à-dire sans que son existence soit incertaine ; 2° si le père est détenu en prison pour une cause ou pour autre, sans être frappé d'interdiction légale ; enfin 3° s'il est d'un esprit faible, incapable de manifester sa volonté, sans pourtant être interdit ou placé dans une maison d'aliénés ; ce qui pourrait arriver, soit à cause des égards que sa famille a pour lui en présence d'une infirmité qui ne le porte à aucun acte funeste et qui n'est peut-être due qu'à son grand âge ; soit parce que cette infirmité n'est pas de nature à motiver son interdiction, notamment si elle n'est pas habituelle, si elle résulte d'une maladie. J'admettrai encore dans tous ces cas que tous les droits, dont l'exercice par le père sera réellement impossible, ou même seulement très-nuisible, et contraire au but du législateur ; que tous ces droits, dis-je, seront exercés par la mère. Seulement, l'impossibilité n'étant pas ici générale et absolue, il faudra distinguer en fait les différents droits dont l'ensemble forme la puissance paternelle et prouver à part l'impossibilité pour chacun d'entre eux. Quant au principe, qu'il faut faire passer

Digitized by Google

à la mère tous les droits qu'en fait le père ne peut pas exercer; je l'établis sur les mêmes bases que dans le cas où l'impossibilité est légale : la mère est associée à la puissance du père, elle l'exerce dès que celui-ci vient à manquer d'une manière quelconque; la raison, les travaux préparatoires, et le texte de l'art. 372 s'accordent à le démontrer aussi bien pour notre hypothèse que pour la précédente; — l'art. 149 n'exige aussi que l'impossibilité de manifester la volonté, sans distinguer d'où provient l'impossibilité; il s'applique d'après son texte au consentement au mariage, et il faut l'appliquer à presque tous les autres consentements qui doivent être demandés au père, car presque tous ces divers consentements sont assimilés au consentement au mariage. — On peut encore considérer dans ces cas la mère, comme mandataire du père pour exercer les droits dévolus à celui-ci d'après la loi; car ce mandat tacite est bien impliqué par le mariage, où les époux mettent en commun tous leurs droits et spécialement ceux qu'ils auront sur la nouvelle famille qu'ils forment. On m'objectera, peut-être, que le père ne peut par aucune convention aliéner ses pouvoirs, parce qu'une pareille convention est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est ici que je suis plus heureux que jamais d'avoir approfondi l'idée qui se cachait sous cette formule vague et indéterminée; nous avons vu qu'elle revient à demander si cet acte est contraire à l'essence du mariage. Or il est contraire à l'essence du mariage, que le père se lie les mains d'avance, aliène irrévocablement une part de ses pouvoirs et les transmette à un autre. Mais il n'est nullement contraire à l'essence du mariage, que le père empêché communique ses droits à un autre

Digitized by Google

par un mandat essentiellement révocable; qu'il donne à la mère le pouvoir d'exercer sa puissance paternelle en se réservant la faculté de la reprendre, à chaque instant, dans toute sa plénitude. De pareilles transactions ont lieu journellement dans tous les actes par lesquels le père charge un tiers de l'éducation de ses enfants, et leur communique pour cela une partie de ses droits de garde et de correction. Donc la mère exercera tous les droits que le père se trouvera dans l'impossibilité d'exercer.

Mais nous avons dit qu'il faudra prouver cette impossibilité pour les divers droits spéciaux qui seront en question, attendu que cette impossibilité n'est pas, dans notre hypothèse, absolue et générale. Donnons sommairement un aperçu des principales solutions qui se présenteront en cette matière.

D'abord, quant aux pouvoirs domestiques, à ces pouvoirs intimes, plutôt réglés par les mœurs que par les lois; il est clair que le moindre empêchement du père les fera passer pour la plupart dans les mains de la mère, qui en exerçait déjà une certaine portion; cela ne souffre pas la moindre difficulté.

Pour le droit de garde qui est la condition d'exercice de ces pouvoirs et leur plus manifeste expression, il passera aussi assez facilement à la mère. Quand le père quitte le domicile conjugal, pour un motif ou pour un autre, et sans la volonté d'emmener avec lui ses enfants, il est d'abord certain que la *maison paternelle*, dont parle l'art. 374, est alors la maison de résidence de la mère et non celle du père. Quant à savoir si la mère aurait qualité pour réclamer l'appui de la force publique pour réintégrer l'enfant au domicile paternel, il nous semble qu'il faudra assez facilement admettre l'affirma-

Digitized by Google

tive ; en effet cette mesure présente presque toujours un caractère d'urgence très-prononcé, et il suffira d'un éloignement du père peu considérable, d'un emprisonnement même de peu de durée, si les communications avec le prisonnier ne sont pas faciles, pour autoriser le tribunal à déférer à la demande qui lui serait faite par la mère. De même, si le père est d'un esprit faible, on devra être peu exigeant quant aux motifs qui justifient sa non-interdiction ; et on ne pourra presque jamais renvoyer les parties à attendre que l'interdiction soit prononcée; le tribunal s'éclairera seulement sur l'état mental du père par tous les moyens en son pouvoir, surtout par la comparution personnelle, si elle n'a pas d'inconvénient. Au contraire s'il s'agissait de permettre à l'enfant de quitter la maison paternelle, la maison où l'a laissé son père en partant, où il a toujours voulu le garder, tant qu'il était sain d'esprit ; il faudrait être beaucoup plus circonspect. Cet acte est beaucoup plus grave; il est très-possible qu'il soit contraire à la volonté du père qui est toujours pourtant le souverain juge en cette matière ; de plus il sera en général moins urgent. Aussi on devra, en général, s'en référer au père, et attendre sa réponse. Cependant je n'interdirais pas cet acte absolument: il peut présenter un certain caractère d'urgence, être fort important pour l'avenir de l'enfant, et en outre être, dans les circonstances présentes, tellement convenable que tout ferait présumer que le père, s'il pouvait être consulté, consentirait certainement à cette séparation. Il est possible aussi que dans certains cas il soit tout à fait impossible d'obtenir la manifestation de volonté du père. J'admettrais donc que la mère pourrait alors prendre cette mesure, mais qu'elle devrait se faire auto-

Digitized by Google

riser par le tribunal, qui apprécierait toutes les circonstances de fait sur les bases que nous venons d'indiquer.

A l'égard du droit de correction, il peut y avoir moins d'urgence que pour les mesures de garde; le président du tribunal pourra donc plus souvent exiger, avant de délivrer l'ordre d'arrestation, une demande du père lui-même, si son éloignement n'est pas trop considérable, ou l'on pourra attendre son retour ou sa mise en liberté, ou exiger que son interdiction soit provoquée, si les motifs que l'on a de l'éviter paraissent trop futiles ou frustratoires. Pourtant encore ici il y aura bien des cas où une prompte répression sera nécessaire, où un délai serait fatal aussi bien pour l'enfant que pour ses parents; et comme en définitive la mère qui est placée sur les lieux est bien mieux à même que le père éloigné de connaître la véritable situation; j'admettrais que le président du tribunal pourrait, en connaissance de cause et en prenant toutes les précautions nécessaires pour empêcher des fraudes à la loi et à l'autorité du père, délivrer l'ordre d'arrestation sur la demande seulement de la mère; avec le concours des deux plus proches parents maternels, bien entendu, car elle n'est jamais dispensée de ce concours.

Restent enfin les consentements que l'on doit demander au père et qui forment le fond même de l'autorité paternelle. Ici les cas d'urgence seront infiniment plus rares que pour les droits précédents: pour le mariage de l'enfant, on peut encore concevoir certaines circonstances qui ne permettent pas d'attendre; mais pour l'adoption, par exemple, ou l'engagement dans les ordres religieux, on ne conçoit presque pas qu'un délai puisse devenir fatal. En outre il faut être d'autant plus circon-

Digitized by Google

spect que l'acte qu'il s'agit de faire est plus en dehors des habitudes et du cours ordinaire des choses. Nous poserions donc en principe qu'on devrait ici subir tous les délais pour attendre le consentement du père, ou sa sortie de prison, ou un intervalle lucide, ou la fin de sa maladie, ou son interdiction s'il y a lieu. Mais pourtant nous admettrions très-exceptionnellement des dérogations à ce principe, fondées sur une urgence bien constatée par la sagesse du tribunal; ou sur ce que l'état mental du père, également bien constaté, ne laisse pas d'espoir prochain de guérison, sans pourtant qu'il y ait lieu de forcer la famille à provoquer l'interdiction. Nous indiquons par là que nous exigerions toujours pour que le consentement de la mère suffit, une autorisation expresse du tribunal; car c'est le seul moyen d'établir légalement l'impossibilité d'avoir le consentement du père, et d'offrir ainsi une garantie sérieuse à sa puissance paternelle.

La faculté d'émanciper l'enfant est encore un acte de la puissance paternelle; mais un acte d'une gravité toute spéciale qui mérite que nous reprenions à son égard toute notre discussion. C'est, en effet, un acte de disposition, un véritable *abusus* du droit, et l'on comprendrait qu'on admît facilement la transmission du père à la mère de l'exercice de la puissance paternelle, sans admettre également la transmission du droit de l'éteindre. De plus cet acte a aussi un retentissement dans l'ordre des biens, puisqu'il éteint l'usufruit légal, et le père interdit ou absent conserve la capacité de jouir de l'usufruit légal quoiqu'il ne puisse pas exercer la puissance paternelle. Toutefois ces raisons ne me paraissent pas décisives, il ne faut pas considérer l'émancipation seulement du côté des parents, il faut aussi la re-

Digitized by Google

garder du côté des enfants ; à leur égard elle est un exercice pur et simple de la puissance paternelle ; et comme c'est l'intérêt des enfants qui doit inspirer tous les actes de la puissance paternelle, il est vrai de dire que l'émancipation sainement comprise ne doit pas se présenter aux yeux des père et mère, comme une perte de leur droit, mais comme une des fonctions les plus importantes et les plus précieuses de ce droit d'autorité, puisque par cet acte ils donnent à l'activité de leur enfant une impulsion et une liberté qu'ils jugent utiles à la fois à l'enfant et à la famille. Quant à l'usufruit légal, malgré toute la réserve que l'on doit observer à l'égard du père, je ne crois pas que ce puisse être une raison déterminante ; puisque les travaux préparatoires nous montrent clairement que, dans la pensée des auteurs du Code, l'intérêt de l'émancipation devait passer avant celui de l'usufruit des père et mère ; en effet c'est pour ne pas donner aux père et mère un intérêt contraire au mariage et à l'émancipation de leur enfant qu'on a arrêté l'usufruit légal à dix-huit ans. On peut trouver la mesure un peu trop radicale, mais elle n'en indique que mieux la pensée du législateur. Cette considération peut seulement faire dans la question qui nous occupe qu'on sera moins coulant avant dix-huit ans, d'autant que l'intérêt de l'enfant sera alors en général moins pressant.

Nous admettrons donc que si le père est déchu, interdit ou absent même présumé, la mère aura le droit d'émanciper son enfant, même dès l'âge de 15 ans. Nous nous appuyons pour cela et sur le principe de l'art. 372, applicable ici comme aux cas précédents, et plus particulièrement sur l'art. 477 qui donne le droit d'émanciper dès l'âge de 15 ans à la mère *à défaut de père*,

Digitized by Google

sans limiter les causes qui empêchent le père d'intervenir.

Si le père est seulement éloigné, ou en prison, ou d'un esprit faible; vu la gravité de l'acte dont il s'agit, nous nous entourerons avec le plus grand soin de toutes les precautions indiquées plus haut, et nous agirons avec la plus grande réserve : nous exigerons que la mère obtienne l'autorisation du tribunal qui devra sérieusement apprécier et l'urgence de l'émancipation, et la gravité des raisons qui empêchent de rapporter une déclaration du père lui-même. Ces circonstances ne se présenteront, sans doute, avec tous ces caractères que très-exceptionnellement, mais quand elles se présenteront, nous admettrons la mère à émanciper son enfant sous le contrôle du tribunal.

Lorsque le père ou la mère est mort, la puissance paternelle appartient en entier au survivant, comme père ou comme mère, indépendamment de la tutelle, c'est-à-dire quand même il ne serait pas tuteur.

A défaut des deux parents, la plupart des droits de puissance passent au conseil de famille et au tuteur, notamment les droits d'éducation, de garde, de correction, d'émancipation. Les ascendants comme tels, et indépendamment de la qualité de tuteur ou de membres du conseil de famille qu'ils peuvent avoir, ne conservent que le droit de consentir au mariage et autres actes qui y sont assimilés, sauf à l'adoption, et le droit établi par l'art. 935 d'accepter les donations entre-vifs, faites au mineur, en cas de négligence du tuteur ou du curateur.

Digitized by Google

SECTION II.

Comment finit la puissance paternelle?

Nous énoncerons d'abord pour simple mémoire, la cause qui met fin à tout, la mort; la mort de l'enfant qui fait cesser toute puissance; la mort du père qui y met fin dans la personne du père seulement et la fait passer à la mère, si elle existe encore; enfin la mort du dernier survivant des père et mère, qui fait aussi cesser la puissance paternelle proprement dite, et donne naissance à la puissance tutélaire pure, en conservant seulement aux autres ascendants quelques parcelles de l'autorité paternelle, comme nous venons de le voir.

Dans les causes spéciales d'extinction de la puissance paternelle, nous devons distinguer les causes ordinaires et normales, et celles qui sont accidentelles et exceptionnelles. Les premières sont la majorité et l'émancipation de l'enfant; les secondes, frappant sur la personne des parents sont, suivant certaines distinctions, l'interdiction et la déchéance du père et de la mère. L'absence des parents n'est pas une cause particulière de cessation de la puissance paternelle, car elle n'agit que comme présomption de mort.

C'est l'art. 372 qui pose comme terme normal à la puissance paternelle la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

Quant à la *majorité*, le Code a agi avec une très-grande sagesse. Il a d'abord posé un principe général,

Digitized by Google

une époque déterminée où l'enfant est réputé capable de tous les actes de la vie civile et affranchi des liens de puissance. Il donne ainsi une base fixe sur laquelle on peut toujours se régler, et il ne s'expose pas à laisser planer l'incertitude sur certaines capacités de détail qu'il aurait pu négliger par hasard. Mais aussi il fait de nombreuses exceptions à ce principe, de façon à adoucir ce qu'il aurait de trop inflexible, et à se rapprocher autant que possible des données de la nature en tenant compte du développement plus ou moins rapide des diverses facultés ou aptitudes dans la masse générale de la population. C'est ainsi que, pour divers motifs, le droit de garde n'est complétement absolu que jusqu'à vingt ans, et qu'après cet âge l'enfant peut s'engager au service militaire, même malgré son père; c'est ainsi que l'usufruit légal ne dure que jusqu'à l'âge de dix-huit ans de l'enfant. D'autre part aussi la majorité est retardée jusqu'à vingt-cinq ans pour le mariage des fils, et pour les autres actes qui y sont assimilés, et en outre pour l'adoption des enfants des deux sexes. On pourrait peut-être critiquer en détail les différents âges adoptés par la loi, mais on ne peut qu'approuver sa restriction l'ensemble du système. Même pour les critiques de détails, je crois qu'il faut une grande réserve; car cette question qui porte sur l'appréciation d'un ensemble de faits, des mœurs, de l'état général de la nation, me paraît une de celles pour lesquelles les représentants de la nation, réunis en assemblée, doivent être regardés comme les meilleurs juges sans appel possible. Ce n'est pas, comme dans les questions de principe, fondées sur des déductions rationnelles et logiques, ou sur la constatation de faits palpables et clairs; dans ces questions,

Digitized by Google

je revendique hautement pour toutes les intelligences un droit de critique éclairée et toute modérée dans la forme sur les décisions du législateur. Mais pour les questions d'ensemble, d'une appréciation délicate, et qui demande plutôt un certain sens pratique qu'un effort de raisonnement, j'admtes que la majorité des représentants d'une nation est la voix la plus autorisée, et donne le jugement le meilleur et le plus juste qu'il soit possible d'avoir. Tout ce qu'on pourrait soutenir sur ces points, c'est que les circonstances ne sont plus les mêmes que lors de la rédaction du Code; et encore faudrait-il le faire avec beaucoup de réserve.

L'*émancipation* n'offre pas de difficulté; elle a pour but de remédier à ce que les présomptions légales de capacité établies par le Code, pourraient avoir de trop absolu, en devançant dans un cas particulier l'âge de la majorité. Elle peut être faite par celui des père et mère, qui exerce la puissance paternelle, pour l'enfant âgé de 15 ans au moins, par une simple déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier (art. 477). Nous avons vu quelle latitude de pouvoir on pouvait accorder à la mère sur ce point, lorsque le père était dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle.

L'émancipation résulte aussi du mariage de l'enfant, et n'exige pas alors d'autres formalités que celles habituellement requises pour le mariage d'un mineur, et que nous étudierons plus loin.

L'*interdiction*, en général, n'enlève pas la jouissance, mais seulement l'exercice des droits. Quelle sera son influence sur la puissance paternelle qu'avait l'interdit avant son interdiction? Il semble tout simple de dire que l'interdit perdra l'exercice de cette puissance, mais

Digitized by Google

en conservera la jouissance, et cela ne paraît pas devoir faire la moindre difficulté. Pourtant cela n'est pas exact. Il faut dire que c'est, en général, la jouissance même de la puissance paternelle qui est perdue. Et pourquoi cela? Parce que la jouissance de ce droit ne peut pas exister sans son exercice. En effet, revenons aux éléments essentiels de la puissance paternelle; l'autorité paternelle existe surtout dans l'intérêt de l'enfant, pour la direction plus ou moins large de celui-ci, et si le père peut très-bien user de sa puissance dans son propre intérêt, cet usage doit être subordonné à la direction donnée à l'enfant dans l'intérêt de l'enfant. Or, comprend-on d'une part que le pouvoir directeur puisse exister chez une personne qui ne l'exerce pas, et à la place de qui une autre personne l'exercerait? Cette autorité est essentiellement personnelle, c'est la volonté du père qui peut diriger l'enfant; mais le tuteur du père interdit ne saurait exercer pour lui ce droit. Cette dernière solution est d'ailleurs généralement admise, soit qu'on se rende ou non un compte exact de ses motifs : lorsque le père ou la mère est interdit, on fait passer l'exercice du droit d'autorité, non pas au tuteur du père ou de la mère, mais à ceux à qui il serait dévolu si l'interdit n'existait plus ou avait perdu complétement la jouissance même de la puissance paternelle.

Pour les pouvoirs que le père peut exercer dans son propre intérêt, par exemple pour le droit aux services de l'enfant, et pour les droits que le père a sur ses biens la question est plus délicate. Je poserais pourtant encore en principe que la perte de l'exercice du droit entraîne la perte de la jouissance, et cela à cause de la subordina-

Digitized by Google

tion dans laquelle est cette seconde classe de droits par rapport à la première. Le père peut user de son autorité dans son propre intérêt, mais seulement en tant que cela ne nuit pas à l'intérêt de l'enfant, à la direction qu'il croit bon et utile de lui donner. Il y a donc là une appréciation morale à faire quant à l'étendue de ce que le père peut demander à l'enfant. Or, cette appréciation morale dépend essentiellement du pouvoir de direction sur l'enfant, c'est une partie de l'exercice de ce pouvoir, elle est donc aussi incommunicable que lui. Nous dirons donc aussi en principe qu'en cas d'interdiction de celui qui a la puissance paternelle, l'exercice des droits aux services de l'enfant et sur ses biens passeront, non pas au tuteur de l'interdit, mais à ceux à qui la puissance paternelle serait dévolue à défaut de ce dernier. Mais il peut y avoir lieu de faire des exceptions au principe pour certaines raisons spéciales. Ainsi dans une législation qui ferait dépendre le droit aux aliments du lien de génération, il faudrait, sans aucun doute, admettre le tuteur de l'interdit à exercer ce droit pour lui, par la raison qu'il n'y a pas alors d'appréciation morale à faire, puisque la quotité des aliments et le cas où ils sont dus sont complétement déterminés d'avance. Ainsi encore dans une législation qui, comme la nôtre, par une vue de simplicité et de précaution, ne donne au père sur les biens de ses enfants qu'un droit d'usufruit rigoureusement défini, et lui donne ce droit absolument sans tenir compte des diverses circonstances qui rationnellement pourraient le modifier; on pourra facilement admettre que ce droit d'usufruit sera exercé par le tuteur de l'interdit, au profit de celui-ci ; car dans ces conditions-là, il n'y a plus aucune appréciation morale à

Digitized by Google

faire. Du reste nous examinerons cette question à fond, lorsque nous parlerons de l'usufruit paternel.

Ces règles peuvent se démontrer facilement pour l'interdiction judiciaire, qui est fondée sur une incapacité naturelle, et sur laquelle on peut raisonner scientifiquement. Il y a plus de difficulté pour l'interdiction légale, établie arbitrairement par la loi pénale. Toute la question est de savoir, si la loi a voulu ou non assimiler complètement l'interdiction légale à l'interdiction judiciaire. Sans vouloir examiner à fond cette importante question, nous dirons que nous nous rangeons à l'avis de ceux qui pensent que la loi a voulu cette assimilation au moins en général, parce que, en parlant d'interdiction sans plus, l'art. 29 du Code pénal n'a pu que vouloir se référer à la seule interdiction organisée par nos lois, c'est-à-dire à l'interdiction judiciaire, autrement ce mot n'aurait aucun sens précis. Nous n'admettons pas que l'art. 29 du Code pénal, ait été conçu uniquement dans une pensée de protection pour le condamné; les travaux préparatoires et l'économie de la loi montrent plutôt, qu'on a voulu par cette interdiction empêcher que le condamné n'atténue sa peine, et augmenter aussi sa punition. C'est bien ce qu'indique le texte de l'art. 29, qui dit que les condamnés à telle et telle peine, seront *de plus* en état d'interdiction légale, ce qui implique que c'est là une nouvelle peine. — La fin de ce même art. 29, ne s'oppose pas à notre décision. Elle ne parle sans doute que de la gestion des biens par le tuteur de l'interdit légalement : *il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens*. Mais c'est tout simplement parce que ces droits sur les biens sont en général les seuls dont l'exer-

Digitized by Google

cice puisse être séparé de la jouissance. Dans le cas spécial dont nous nous occupons, cette disposition nous est d'autant moins opposable, que nous avons soutenu précisément que l'autorité, exercée jadis par l'interdit, est exercée maintenant, non pas par son tuteur en son nom, mais par celui à qui la puissance paternelle serait dévolue à son défaut.

La déchéance de la puissance paternelle n'est prononcée dans nos lois que par un seul article, l'art. 335 du Code pénal, qui s'occupe du délit d'attentat aux mœurs. Voici quels sont les termes de son second paragraphe : « Si le délit a été commis par le père ou la » mère, le coupable sera de plus privé des droits et » avantages à lui accordés sur la personne et les biens » de l'enfant par le Code civil, livre 1er titre IX, de la » *puissance paternelle*. »

J'appellerai immédiatement l'attention sur ces mots, *de l'enfant;* il en résulte bien clairement que le délit commis sur un des enfants n'enlève la puissance paternelle que sur cet enfant; et comme un texte pénal, fût-il obscur, doit toujours être entendu restrictivement, il en résulte bien évidemment qu'il faut écarter, sans hésitation, l'opinion de ceux qui voudraient que le père ou la mère, coupable de ce délit, fussent déchus de toute puissance paternelle. Cette solution était possible législativement, un délit aussi odieux pouvait ravir aux parents toute la confiance de la loi, mais il est indubitable que le législateur n'a pas jugé à propos d'aller jusque-là.

D'autre part on a cherché à restreindre la déchéance prononcée par l'art. 335 en entendant strictement les termes employés par lui; on a dit que les père et mère

Digitized by Google

ne perdraient que les droits dont s'occupe spécialement le titre 9 du livre 1er du Code civil, et non ceux dont il est question à d'autres endroits de nos lois, comme le droit d'émancipation, le droit de consentir au mariage ou à l'adoption. Et l'on a vu des auteurs, tout en regrettant ce qu'il y a de judaïque dans cette interprétation et ce qu'elle a de contraire à la raison, à l'intérêt public et à l'intention très-probable du législateur, plier pourtant devant le texte qu'ils jugeaient irréfutable. Pourtant il me semble qu'il y a une réponse bien simple à faire : c'est que, si par une raison de méthode et de clarté on a écarté de notre titre l'examen détaillé des divers droits dont il s'agit, du moins les rédacteurs ont déposé dans ce même titre le principe générateur de ces droits en disant que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Dès lors ne peut-on pas satisfaire complétement ceux qui s'en tiennent rigoureusement au texte de l'art 335? Les droits d'émancipation, de consentement à l'adoption et au mariage, sont bien en réalité accordés par le titre de la *puissance paternelle*, et tombent certainement sous le coup de la déchéance prononcée par l'art. 335.

Quoiqu'il en soit de l'étendue de cette déchéance, c'est un point incontestable, qu'elle résulte du seul fait de la condamnation des père et mère pour le délit mentionné par l'art. 334, et qu'elle n'a pas besoin d'être prononcée par le jugement. Elle est la conséquence légale et tacite de la peine principale.

L'art. 335 du Code pénal est le seul texte qui prononce directement la déchéance de la puissance paternelle. Nous avons admis cependant que l'art. 29 de ce

Digitized by Google

Code peut faire enlever à l'interdit légalement l'exercice de la puissance paternelle ainsi que ses autres droits. Quant à la dégradation civique ou à l'interdiction à temps de certains droits, elles n'entraînent pas ou ne peuvent pas entraîner la perte de la jouissance ou de l'exercice de la puissance paternelle ; car celle-ci n'est énumérée ni dans l'art. 34, ni dans l'art. 42 du Code pénal, qui sont limitatifs. On ne peut pas conclure de la déchéance de la tutelle à la déchéance de la puissance paternelle, car le premier droit est bien moins important que le second, et d'ailleurs les art. 34 et 42 réservent au condamné le droit d'être tuteur de ses propres enfants, en demandant seulement un avis conforme de la famille. Tout ce qu'on pourrait conclure serait donc que pour conserver la puissance paternelle le condamné devrait obtenir le consentement du conseil de famille. Mais nous avons dit qu'il n'y a pas analogie ; de plus le père n'est pas habituellement, comme le tuteur, soumis au contrôle de la famille dans l'exercice de son autorité.

Faut-il, malgré le silence des textes, ajouter une autre cause de déchéance de la puissance paternelle, l'*abus* de cette puissance ? Pour résoudre cette question fort délicate, il faut commencer par bien nous rappeler les principes.

Nul n'a droit aux actes abusifs de son droit; en effet une acte illicite ne peut pas faire la matière d'un droit, nous l'avons montré ; or ces actes abusifs sont précisément des actes illicites ; donc ils ne peuvent constituer la matière d'un droit. Cela n'offre pas de difficulté.

Un ou quelques actes abusifs dans l'exercice d'un droit ne sont pas une cause suffisante pour enlever ce droit à son titulaire. En effet l'illicéité de ces actes

Digitized by Google

isolés ne prouve pas que l'activité même, qui forme la matière du droit, soit tout entière viciée et immorale; on ne peut donc pas dire que le droit dans son ensemble soit anéanti par l'absence d'un de ses éléments constitutifs, la *licéité*.

L'abus habituel d'un droit est une cause suffisante pour enlever ce droit à son propriétaire. En effet l'abus habituel montre que l'activité qui forme la matière du droit est profondément viciée dans celui qui l'exerce, qu'en lui elle est quelque chose d'illicite et d'immoral qui ne peut servir de base à un véritable droit. Donc celui qui abuse habituellement de son droit, le perd par cela même, et n'a plus le droit de l'invoquer. Seulement, dans ce cas, il faut bien faire attention à l'étendue qu'a en fait l'abus habituel du droit; car on ne peut enlever au titulaire que rigoureusement ce dont il abuse habituellement. Il faut donc bien se garder d'un sophisme trop fréquent qui consiste à prendre un ensemble de droits pour un droit unique, et de déclarer que tout l'ensemble de ces droits est perdu parce qu'il y a abus d'un des droits qui le composent. Ce serait souverainement injuste.

Appliquant ces principes à la législation positive, je dis d'une manière générale que les tribunaux ne sont chargés de faire respecter les droits qu'autant qu'ils restent véritablement des droits, et qu'ils ont le pouvoir de déclarer, à quel point ils cessent d'être des droits, en interprétant soit les dispositions législatives formelles, soit la pensée implicite, mais bien certaine du législateur.

Dans le cas particulier qui nous occupe, il est bien certain que le législateur n'a pas voulu établir l'autorité

Digitized by Google

paternelle, comme un pouvoir absolu et tyrannique pouvant méconnaître tous les droits des enfants. Au contraire il est dit presque à chaque page des travaux préparatoires que les père et mère exercent leur pouvoir sous le contrôle des tribunaux. Ou bien ces mots sont vides de sens, ou bien ils fondent pour les tribunaux le droit de réprimer les abus de la puissance paternelle, par divers moyens proportionnés à la gravité de ces abus.

Ainsi si le père ou la mère commet des actes illicites dans l'exercice de son autorité, on pourra déférer ces actes au tribunal, qui d'abord y remédiera autant que possible, en les annulant, s'il y a lieu, ou en les corrigeant, ou en imposant aux père et mère telle réparation qu'il jugera convenable, et ensuite pourra prendre des mesures préventives pour empêcher le retour des abus. Mais jamais pour quelques actes abusifs isolés, on ne pourra enlever au père ou à la mère tout ou partie de sa puissance paternelle.

S'il y a abus habituel d'une certaine partie de la puissance paternelle, alors le tribunal, en usant sans doute de ce moyen avec beaucoup de ménagements, pourra enlever aux parents la portion dont ils abusent habituellement; mais seulement cette portion là et rien de plus, sous peine de violer réellement le droit des parents. Surtout il devra se garder du sophisme dont nous parlions tout à l'heure : ils ont abusé de la puissance paternelle, donc ils doivent être privés de la puissance paternelle. Il devra dire : ils abusaient habituellement du droit de garde, ou même de telle fonction du droit de garde, il faut leur enlever ce droit de garde ou même seulement cette fonction spéciale, mais rien de plus; et

Digitized by Google

ainsi de suite. Par exemple, le père frappe habituellement son enfant ou le laisse dans le dénuement, ou bien sa maison est dangereuse pour sa moralité et pleine de mauvais exemples, on lui enlèvera la garde; mais s'il donne malgré cela une bonne éducation à son enfant (l'on voit trop souvent des parents qui ne pouvant se contenir eux-mêmes, savent néanmoins ce qu'il faut faire enseigner à leurs enfants et les font bien élever) on devra lui conserver le droit d'éducation. Si l'éducation est mauvaise aussi, on l'enlèvera aux parents, mais on leur laissera le droit de consentir aux divers actes de la vie civile de leur enfant; car il est possible qu'ils l'aiment toujours et aient encore assez d'expérience et de droiture pour ne pas compromettre son avenir.

Nous nous bornons ici à cette démonstration du principe et à ces indications sommaires sur ses applications. Nous pourrons voir, à propos des divers droits dont nous nous occuperons, quels sont les abus à craindre, et les moyens d'y remédier.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

FONCTIONS DIVERSES DU DROIT D'AUTORITÉ SUR L'ENFANT MINEUR.

Les fonctions diverses de l'autorité paternelle sur l'enfant mineur, ou si l'on veut les droits divers qui composent ce droit complexe, peuvent se ranger sous trois chefs principaux.

Il y a d'abord les droits relatifs à la direction de la personne de l'enfant, à l'influence du père sur les actes et sur la moralité de l'enfant.

Ensuite nous avons l'habilitation du mineur aux différents actes de la vie civile.

Enfin, comme nous avons vu que l'autorité paternelle n'existe pas seulement dans l'intérêt de l'enfant, mais encore dans l'intérêt du père, nous devrons dire quelques mots du droit du père aux services du fils.

Ces divisions feront l'objet d'autant de sections.

SECTION PREMIÈRE.

Direction de la personne de l'enfant.

A ce chef se rapportent deux ordres de droits, auxquels correspondent deux ordres de devoirs pour le père:

1° Droit et devoir d'éducation;

2° Droit et devoir de surveillance.

Digitized by Google

§ 1er. — *Droit et devoir d'éducation.*

L'éducation des enfants est à la foi chez les père et mère un droit et un devoir.

Considérée comme un droit, l'éducation ne présente aucun caractère important à ajouter à ce que nous avons dit du droit d'autorité en général. Le Code n'en parle nulle part spécialement. D'ailleurs les observations que nous avons faites dans notre première partie suffisent pour compléter ce qu'il peut y avoir à dire sur cette matière. C'est au père, ou à son défaut, à la mère qu'il appartient de décider du genre d'éducation et d'instruction que l'enfant recevra, des maîtres qui lui seront donnés, de la profession à laquelle il sera préparé. Une seule difficulté peut se présenter, c'est de déterminer au juste quelle est la latitude d'appréciation que l'on doit laisser au père sur ce point, ou, en d'autres termes, comment on doit concilier son droit avec son devoir. Nous examinerons cette question, quand nous aurons étudié ce dernier.

Sur le devoir d'éducation nous avons deux articles dans le Code Napoléon, l'art. 203 et l'art. 204. Citons-les immédiatement :

Art. 203. *Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.*

Art. 204. *L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement.*

Nous devons sur cette matière examiner trois points :

1° Fondement de cette obligation et à qui elle est imposée;

Digitized by Google

2° Chefs de cette obligation;
3° Sanction de cette obligation.

I. — *Fondement de cette obligation et à qui elle est imposée.*

Nous avons vu, dans notre première partie, que cette obligation, comme toutes celles que les père et mère peuvent avoir envers leurs enfants, est purement morale en elle-même. Mais elle peut devenir juridique pour deux motifs :

1° Lorsque la société civile a intérêt à l'exécution d'une obligation purement morale, elle peut lui ajouter une sanction extérieure, la rendre juridique à son égard. Cela rentre en effet dans la sphère des attributions que nous lui avons reconnues; car cela n'intéresse que la modalité des droits. En effet, nul n'ayant un véritable droit à des actes illicites; supprimer ces actes illicites de la masse des droits des citoyens, ce n'est nullement toucher au fond même de ses droits, mais en modifier seulement l'exercice. Ce droit de la société est donc incontestable.

2° L'exécution de cette obligation, qui n'est pas un droit pour les enfants qui en font l'objet, peut être fort bien considérée comme un droit pour les époux entre eux. En effet, l'un des buts du mariage étant la procréation et l'éducation des enfants, les époux en contractant le mariage se promettent implicitement de remplir cette fonction dans toute son étendue. C'est bien ainsi que le Code paraît avoir considéré le fondement de cette obligation, en disant que « les époux contractent *ensemble* par le *fait seul* du mariage... » Le mot ensemble peut sans doute signifier simplement, contractent *tous deux;*

Digitized by Google

mais la phrase tout entière paraît lui donner le sens de *réciproquement*. De plus, en disant que cette obligation naît par le fait *seul* du mariage, indépendamment du fait de la génération, le Code paraît fonder ce devoir sur le contrat de mariage, ce qui est très-exact quand on veut donner un caractère juridique à ce devoir.

L'art. 203 impose cette obligation aux père et mère conjointement, puisqu'il dit sans distinction : *les époux contractent ensemble* l'obligation.

Il s'ensuit qu'il n'y a aucune distinction à faire entre celui des époux qui exerce la puissance paternelle et l'autre époux. Tous deux sont également tenus. En effet il n'y a aucune raison pour faire une différence entre eux. En principe l'autorité paternelle avec ses droits et ses devoirs est commune au père et à la mère. Sans doute pour l'exercice des droits dépendant de l'autorité paternelle, il faut une unité de direction, et cette direction unique est ordinairement confiée au père par préférence à la mère à cause des rapports spéciaux établis entre eux par le fait de la société conjugale. Mais cette unité de personne établie par cette société ne fait pas que le chef de la société soit tenu seul des obligations sur ses biens propres ; au contraire, en mettant entre ses mains, dans l'état normal, tous les biens de sa femme, elle implique que les biens des deux époux contribuent à l'exécution des obligations résultant du mariage. Il n'y a donc rien dans la nature de la société conjugale qui s'oppose à ce que la femme soit tenue aussi sur ses biens de l'obligation d'éducation ; cette dette est donc en principe commune aux deux époux, qui sont débiteurs conjoints.

Quant à la question de savoir par qui, en dernière

Digitized by Google

analyse, elle devra être acquittée dans la pratique, il faut pour la résoudre consulter le régime matrimonial des époux, en partant seulement de ce principe que cette dette, commune entre eux, est à la fois mobilière et charge des fruits, car il n'est pas dans sa nature d'être payée sur le capital. En appliquant simplement ces principes, on voit que sous le régime de communauté, elle incombe au mari, comme chef de la communauté (art. 1409, 5°); que dans le cas d'exclusion de communauté ou de régime dotal, elle incombe encore au mari, comme ayant l'usufruit des biens de sa femme ainsi que des siens (art. 1530, 1540, 1549); que dans le régime de séparation de biens totale ou partielle, elle grève conjointement le mari et la femme, eu égard aux revenus que touche chacun d'eux (art. 1448, 1537).

Seulement il y a cette différence entre la séparation de biens judiciaire (art. 1448), et la séparation de biens contractuelle (art. 1537), que, dans le premier cas, la contribution des époux est proportionnelle à leurs revenus respectifs; tandis que, dans le second, elle peut être réglée différemment par la convention, et à défaut de convention, la dette est supportée par la femme seulement jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus et par le mari pour le reste.

Dans tout cela, sauf dans le dernier cas, qui est réglé par une disposition arbitraire de la loi, nous trouvons les époux traités comme simples débiteurs conjoints d'une dette mobilière, qui grève les fruits. Mais leur obligation a un caractère spécial qui modifie, dans certains cas, les règles ordinaires en matière de débiteurs conjoints. En effet, quant à ses effets pécuniaires, cette

Digitized by Google

dette est, comme les dettes alimentaires, proportionnée et aux besoins du créancier et aux facultés du débiteur. De là résulte immédiatement que, si l'un des époux se trouve dans l'impossibilité de fournir aux frais d'entretien et d'éducation des enfants, l'autre devient immédiatement, par ce seul fait, *débiteur unique* de la totalité : le besoin des enfants restant le même, puisqu'on ne peut plus en déduire ce que payait l'autre époux, celui qui a conservé des biens doit, en vertu du titre même de son obligation, supporter la dette entière, par une sorte de *jus non decrescendi*.

Cet effet ne provient pas, comme on l'a soutenu, de ce que cette obligation serait solidaire ou indivisible. Il n'y a pas indivisibilité, car cette obligation peut très-bien être acquittée par parties; elle est susceptible de plus et de moins, et surtout quand on ne s'occupe, comme ici, que de ses effets pécuniaires, elle est parfaitement divisible. Il n'y a pas non plus solidarité, car la solidarité ne peut résulter que de la convention ou de la loi; or, évidemment, il n'y a pas de convention sur ce point, et aucun texte de loi ne prononce la solidarité. Tout au contraire, les art. 1448 et 1537 montrent que l'obligation est divisée entre les époux tant que tous deux ont des biens à eux.

Nous devons en conclure que le créancier de cette dette ne pourrait pas en demander à son gré le paiement intégral à l'un des débiteurs, tant que tous deux sont capables de payer; ce qui aurait lieu, si l'obligation était réellement solidaire ou indivisible.

La règle que nous avons énoncée, que, si l'un est incapable de payer, l'autre doit payer le tout, est appliquée par les art. 1448 et 1537, qui, dans le cas de sé-

Digitized by Google

paration de biens, supposant le mari hors d'état de supporter les charges du ménage, parmi lesquelles sont évidemment les frais d'entretien et d'éducation des enfants (art. 1409, 5°), les mettent tous à la charge de la femme. Bien entendu, si le mari pouvait en supporter quelque portion, moindre que celle qui lui revient, la femme ne devrait supporter que le surplus. Ce qui est dit de la femme doit s'entendre aussi du mari en cas d'insuffisance des revenus de la femme, il supporterait tout le surplus. La loi n'en a pas parlé, parce que, comme c'est lui qui, en général, fait les dépenses, il n'y avait pas lieu de lui donner le droit d'agir en contribution contre lui-même.

Enfin, ce qui est dit de la séparation de biens totale, doit s'appliquer aussi à la séparation de biens partielle. Dans les autres régimes, la question ne se posera pas, car tous les revenus étant entre les mains du mari, les dépenses seront faites par la masse, sans distinction entre les biens des deux époux.

Il y a encore une question qui se résoudra par les mêmes principes : si l'un des époux, qui exerçait la puissance paternelle, le père, supposons, a contracté des obligations pour l'entretien et l'éducation de ses enfants, et qu'il soit insolvable, les tiers créanciers pourront-ils poursuivre la femme? La question n'aura d'intérêt pendant le mariage que si les époux sont séparés de biens; elle aura encore de l'intérêt, si les tiers n'agissent qu'après la dissolution du mariage. Nous admettons sans hésiter l'affirmative : la femme est tenue de toute l'obligation d'éducation, lorsque le mari ne peut pas payer; peu importe qu'elle l'acquitte au moment où les dépenses se font ou plus tard. On peut con-

Digitized by Google

sidérer le mari, comme mandataire ou gérant d'affaires de la femme, lorsqu'il a contracté ces obligations. On peut même considérer les tiers, comme gérants d'affaires de la femme, puisqu'ils ont acquitté une obligation dont elle était tenue. Les tiers auront donc une action directe contre la femme pour le recouvrement de leurs créances.

Cette obligation résulte, soit philosophiquement, soit législativement d'après l'art. 203, de la qualité de père et mère ; elle est tout à fait indépendante de l'exercice des droits que donne cette même qualité. Ainsi non-seulement, comme nous l'avons déjà dit, la mère devra y contribuer, quoique la puissance paternelle soit exercée par son mari seul ; mais encore le mari, empêché ou déchu, devra aussi y contribuer, quand la puissance paternelle sera exercée par sa femme ; et aussi les deux époux ou le survivant devront faire les frais d'éducation, quand même la puissance paternelle leur serait enlevée pour un des motifs que nous avons vus.

On peut poser la question, si cette obligation est imposée aux autres ascendants comme aux père et mère. La négative me paraît certaine, tant à cause du texte de l'art. 203, qu'à raison du système général de la loi relativement aux ascendants. On peut poser en principe qu'il n'a pas été dans la pensée des rédacteurs du Code de donner aux ascendants la plénitude de la puissance paternelle. Le titre de la puissance paternelle ne renferme pour eux aucune vocation à cet égard. Après la mort des parents, c'est la tutelle qui est organisée ; ce qui reste de la puissance paternelle passe au tuteur et au conseil de famille, sauf quelques droits spéciaux, comme le consentement au mariage et à l'adoption qui

Digitized by Google

passent aux ascendants. Les ascendants n'ayant donc pas la puissance paternelle au même titre que les père et mère, il est naturel de penser que la loi n'a pas dû vouloir leur imposer les mêmes obligations. L'art. 203 confirme pleinement cette pensée, puisqu'il ne parle que des « enfants » et non des autres descendants. Et ici on ne peut pas dire que le mot *enfants* comprend les descendants, parce que dans cette matière et dans les matières analogues, le Code spécifie toujours quand il entend parler de tous les descendants ou de tous les ascendants, et pas seulement du premier degré. En outre, si le mot enfants comprenait les descendants, la formule de l'art. 203 serait trop large, car elle imposerait le devoir de l'éducation aux ascendants, lors même que les père et mère pourraient le remplir ; il manquerait à l'art. 203, le principe de la dévolution de degré en degré. Il faut donc dire que les descendants, comme tels, ne sont pas tenus spécialement du devoir de pourvoir à l'éducation de leurs descendants. Seulement, comme tuteurs ou membres du conseil de famille, ils peuvent être tenus de veiller à ce que l'enfant reçoive une éducation convenable, mais à ses frais, sans que les ascendants aient rien à débourser. De plus, l'obligation d'aliments qui leur est imposée par l'art. 207 devant être interprétée proportionnellement à la fortune du débiteur et aux besoins des créanciers, il appartiendrait aux tribunaux de déclarer, dans certains cas, qu'elle comprendra quelques dépenses d'éducation, justifiées ou réclamées par la position réciproque des deux parties.—Ce système, que nous croyons être celui du Code, nous paraît aussi très-rationnel : il ne s'agit pas de savoir si les ascendants ont une obligation morale d'élever

Digitized by Google

leurs descendants; ceci ne fait aucun doute. La question est de savoir si l'on devait donner à cette obligation des ascendants le caractère juridique. Or, il est certain que la solution donnée quant aux père et mère n'entraînait nullement une décision identique quant aux ascendants; pour ceux-ci, l'obligation morale est certainement moins étroite; l'intérêt social est beaucoup moins grand, puisque le décès du père et de la mère pendant la minorité des enfants est fort heureusement une exception assez rare; enfin l'engagement implicite réciproque entre les époux au moment du mariage à nourrir et élever leurs enfants, s'entend très-bien du premier degré, mais il est bien plus douteux pour les autres descendants; lorsque les parents ont mis leurs enfants en état de gagner leur vie, leur engagement est rempli, tout ce qu'ils peuvent faire de plus n'a plus aucun caractère juridique. Et c'est bien ainsi que les rédacteurs du Code ont compris le principe qu'ils posaient dans l'art. 203, puisque précisément, ils ont séparé l'obligation d'éducation (art. 203) de l'obligation d'aliments (art. 207), pour montrer que si l'obligation d'aliments est perpétuelle, celle d'éducation est limitée à la minorité des enfants, ne s'étend pas sur les enfants majeurs et *a fortiori* ne s'étend pas sur les enfants de ces enfants. L'obligation morale qui reste aux ascendants est suffisamment sanctionnée par la faculté qui appartient aux tribunaux de comprendre certains frais d'éducation dans la dette alimentaire des ascendants, si les circonstances l'exigent.

II. — *Chefs de cette obligation.*

Cette obligation s'exécute par deux moyens, qui doi-

Digitized by Google

vent être employés suivant les cas, soit séparément, soit concurremment : les soins personnels, et les dépenses pour l'entretien et l'éducation. Le Code exclut expressément de cette obligation un troisième chef, l'établissement de l'enfant par mariage ou autrement, pour lequel il refuse toute action.

Nous suivrons cette division :

1° Soins personnels ;

2° Dépenses d'entretien et d'éducation ;

3° Pas d'obligation d'établissement par mariage ou autrement.

1° *Soins personnels.*

L'art. 203 impose aux parents l'obligation de *nourrir, entretenir et élever leurs enfants.* Cette obligation, qui dans l'esprit des rédacteurs du Code est limitée à la minorité de l'enfant, est bien plus étendue que l'obligation d'aliments qui dure toute la vie des parents et des enfants (art. 207). Elle comprend non-seulement la nourriture et le vêtement, mais encore l'entretien c'est-à-dire tous les soins matériels que peuvent réclamer les enfants dans leurs différents âges. Elle comprend aussi et surtout l'*éducation ;* éducation du corps et de l'âme. L'éducation du corps, trop souvent négligée, renferme tous les exercices et toutes les mesures propres à développer le corps d'une manière normale, à lui assurer la santé et la force. Nous ne voudrions pas que l'on fît de l'éducation du corps la chose la plus importante, l'âme doit toujours passer avant ; mais nous voudrions voir consacrer à des exercices salutaires bien des instants perdus pour les enfants, et dût-on prendre quelque chose sur le temps consacré aux études, celles-ci n'en iraient que mieux après cela et plus rapide-

Digitized by Google

ment. Enfin il y a, avant tout et surtout l'éducation de l'âme, éducation religieuse, morale et intellectuelle, c'est là que l'action personnelle des parents à un rôle immense. Nous avons étudié dans notre première partie la gravité et l'étendue de cette obligation. Nous n'avons qu'à renvoyer le lecteur à cette première partie.

Mais relativement à l'éducation intellectuelle, il s'élève une question que nous devons examiner, il s'agit de la combinaison du droit d'éducation avec le devoir d'éducation. Le père est-il maître absolu et arbitraire de l'éducation qu'il veut donner à ses enfants, ou est-il tenu de leur donner un certain degré d'instruction proportionné à sa position et à sa fortune? Un homme riche pourrait-il élever ses enfants comme ceux d'un simple artisan, pourrait-il se contenter de leur faire apprendre un métier ? La question ne peut se poser que dans les cas où le père est tenu de faire les dépenses sur ses propres biens ; car, si l'enfant a des biens, il est indubitable que ses revenus doivent être employés à lui donner une éducation en rapport avec sa fortune (art. 385, 2°).

Une première opinion enseigne que le père est sur ce point le maître absolu et qu'il doit décider sans appel. Cette opinion se fonde surtout sur le principe de l'art. 372, qui donne au père l'*autorité* sur ses enfants, sans aucune distinction, sans aucune restriction; le droit d'éducation est une partie du droit d'autorité, donc, dit-on, le père doit l'exercer souverainement. On invoque aussi l'analogie de l'art. 208, d'après lequel les aliments ne sont accordés que dans la proportion du *besoin* de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit; or le besoin de l'enfant ne s'étend pas au delà d'un moyen quelconque de gagner sa vie ; si donc

Digitized by Google

le père lui fait apprendre un métier il a satisfait à son obligation.

La seconde opinion, à laquelle nous nous rangeons sans hésiter, soutient que le père peut être obligé à donner à ses enfants une éducation proportionnée à sa position et à sa fortune. Sans doute le père a une autorité souveraine sur ses enfants; mais cette autorité n'est pas absolue et arbitraire. Maintes fois il a été dit dans les travaux préparatoires qu'il l'exerce sous le contrôle des tribunaux. Son autorité est souveraine en ce sens qu'il a le droit de décider sans appel de toutes les questions, moralement indifférentes, qui portent sur l'utilité, sur l'opportunité d'un parti à prendre, sur la mesure dans laquelle l'intérêt général de sa famille lui permet de satisfaire à tel besoin particulier. Mais son autorité n'est pas absolue et arbitraire, parce qu'elle doit céder devant les injonctions de la morale; il n'est libre dans l'exercice de son droit qu'autant qu'il ne sort pas des limites de son devoir; dès que son action devient illicite, elle ne constitue pas un droit pour lui, comme nous l'avons déjà démontré plus d'une fois. Et c'est aux tribunaux qu'il appartient de prononcer sur cette limite imposée au droit par le devoir. Qu'ils doivent le faire avec une grande prudence c'est ce que nous admettrons volontiers; car il faut que l'illicéité de l'acte soit parfaitement démontrée pour qu'ils puissent entraver l'exercice d'un droit, mais s'il y a certitude complète, ils le pourront. L'art. 372 se trouve ainsi mis complétement hors de cause, et nous pouvons donner à l'art. 203 toute sa portée. Il impose aux parents le devoir d'*élever* leurs enfants; or suffit-il pour élever un enfant de lui donner un métier, de le mettre en état de gagner sa vie? Nous

Digitized by Google

ne saurions trop fortement protester contre une pareille prétention. Non, élever un enfant, c'est en faire un homme ; pour faire un homme, il faut une éducation religieuse et morale complète, pour le mettre à même de connaître et de remplir tous ses devoirs, et il faut de plus une certaine instruction au moins égale à l'instruction moyenne des personnes avec qui l'enfant doit vivre, pour porter son âme vers les grandes idées et les choses élevées et le tirer un peu de cette vie presque purement animale, où la perversité de notre nature ne tend que trop à nous ensevelir. Voilà ce que les parents doivent à leurs enfants, voilà les besoins réels de ces derniers. Et c'est ainsi que je réponds à l'art. 208, quoiqu'il fût facile de l'écarter encore plus péremptoirement puisqu'il est écrit pour les aliments et non pour le droit d'éducation, comme le prouvent sans le moindre doute les travaux préparatoires : il a été ajouté sur l'observation de M. Tronchet pour limiter expressément les droits de l'enfant *majeur*. Mais je laisse cet argument de côté, et je dis que le besoin des enfants a toute l'extension que je lui ai donnée plus haut, que ce sont seulement les dures nécessités de la vie qui peuvent dispenser le père de satisfaire à tous ces besoins, parce que cela lui devient impossible. Si trop souvent l'instruction de l'enfant peut se borner presque exclusivement à l'enseignement d'un métier, ce n'est pas que le besoin ne soit pas plus grand, c'est que la fortune de celui qui la doit ne comporte pas plus de dépenses ; c'est à cause du second et non pas du premier maximum de l'art. 208. On pourrait ajouter encore que les besoins d'une personne s'estiment non seulement d'après les nécessités physiques, mais encore d'après sa

Digitized by Google

position et la fortune qu'elle a eue ou à laquelle elle est appelée; et de même qu'on accordera souvent à titre d'aliments plus que ne demande le strict besoin de la subsistance, de même aussi dans certains cas les tribunaux ne devront pas permettre au père de borner l'éducation de l'enfant au simple moyen de gagner sa vie. Enfin cette solution était aussi celle de l'ancien droit français. (Pot. Tr. du contrat de mariage, n° 384).

Nous verrons plus loin comment les tribunaux pourraient être saisis de la réclamation de l'enfant.

2° Dépenses d'entretien et d'éducation.

Les dépenses de l'entretien et de l'éducation sont imposées aux père et mère par l'art. 203. Mais cette règle n'est pas absolue, il faut y faire quelques distinctions. Et d'abord il faut distinguer si l'enfant a ou n'a pas de biens personnels.

A. Si l'enfant n'a pas de biens personnels, la règle de l'art. 203 s'applique purement et simplement: les parents sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; c'est bien dire qu'ils doivent faire les dépenses nécessaires pour cela.

B. Si l'enfant a des biens personnels, il faut alors faire une sous-distinction entre le cas où les père et mère en ont l'usufruit, et celui où ils ne l'ont pas.

Si les père et mère ont l'usufruit des biens de l'enfant, alors ils sont encore tenus des frais d'entretien et d'éducation, mais alors *propter rem*, en tant qu'usufruitiers (art. 385, 2°). De là s'ensuit que la mesure des dépenses à faire n'est plus la fortune des parents, mais bien celle de l'enfant, comme l'indique l'art. 385, 2°; et en outre que cette obligation est à la charge exclusive

Digitized by Google

de l'époux qui a l'usufruit à l'exclusion de l'autre époux, séparé de biens.

Si au contraire les père et mère n'ont pas l'usufruit des biens personnels de l'enfant, c'est une question controversée que de savoir si les parents doivent faire les dépenses d'entretien et d'éducation ou si ces dépenses doivent être faites avec les revenus des enfants.

Une première opinion soutient que les parents doivent toujours faire les dépenses avec leurs propres biens : on argumente du texte de l'art. 203, qui dit sans distinction que les parents sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, et l'on repousse l'analogie que l'autre opinion tire des art. 208 et 209, en disant que les travaux préparatoires indiquent bien l'idée de séparer ces deux ordres d'obligations, l'obligation d'entretien et d'éducation, et l'obligation d'aliments. Enfin on argumente de l'art. 389 d'après lequel le père, qui n'a pas l'usufruit des biens de l'enfant, leur doit compte de la propriété et *des revenus*.

Mais la seconde opinion, que nous adoptons, soutient que les père et mère ne doivent plus *de suo*, mais peuvent payer ces dépenses avec les revenus de l'enfant. Quoi en effet de plus naturel que de voir chacun se suffire à lui-même? Lorsque cela n'est pas possible, c'est bien : les parents doivent venir au secours des enfants. Mais en dehors de cela on ne voit aucun motif pour que la loi les oblige juridiquement à entamer leur fortune pour épargner celle de l'enfant. L'esprit général du chapitre, où se trouve l'art. 203, paraît être d'exiger le besoin chez le créancier des obligations qu'il établit. Nous argumenterons sans scrupule par analogie des art. 208 et 209, parce que la distinction faite dans les travaux

Digitized by Google

préparatoires et que nous avons nous-même invoquée plus d'une fois, porte sur la nature de l'objet dû, et nullement sur le maximum ou sur l'exigibilité de la dette. Quant à l'argument tiré de l'art. 389, on y répond bien facilement: le père rendra compte des revenus de l'enfant, en justifiant de l'emploi qu'il en aura fait dans l'intérêt de l'enfant; être comptable d'une somme, ce n'est pas être débiteur nécessaire et absolu de la totalité de cette somme; bien au contraire cela suppose qu'il peut y avoir un compte, une balance à établir.

Si les parents n'ont l'usufruit que d'une partie des biens de l'enfant, tandis qu'ils sont privés de l'usufruit de l'autre partie; conformément à la doctine que nous avons soutenue, nous admettons que les dépenses d'éducation et d'entretien seront faites sur tous les revenus de l'enfant; d'abord sur ceux qui appartiennent aux parents à titre d'usufruit, ensuite sur ceux qui restent propres à l'enfant. Les parents ne devraient mettre du leur qu'en cas d'insuffisance. Je sais qu'on pourrait m'opposer le texte de l'art. 385, 2°, qui ne distingue pas et paraît imposer aux parents toutes les dépenses d'entretien et d'éducation, dès qu'ils ont l'usufruit de certains biens de l'enfant. Mais je réponds que l'art. 385, 2° dit la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, sans dire que *toutes* ces charges incombent exclusivement à l'usufruitier légal, et qu'il s'est seulement placé dans l'hypothèse la plus simple où les parents ont l'usufruit de tous les biens de leurs enfants, d'autant plus que les exceptions à cette dernière règle ne viennent que dans les articles suivants. Seulement je donnerai à l'art. 385, 2° cette portée du moins, que les dépenses dont il s'agit devront être prises d'abord sur les revenus qui appar-

Digitized by Google

tiennent aux parents, car ils n'arrivent à ceux-ci qu'avec cette charge, laquelle doit par conséquent être acquittée sur eux avant qu'on n'entame les revenus propres de l'enfant. — Cette question sera du reste examinée mieux à propos et plus à fond sous l'art. 385 à propos de l'usufruit légal.

Enfin on pourrait se poser une dernière question; c'est si les parents, dans le cas où l'enfant a des biens dont ils n'ont pas l'usufruit, pourraient en cas d'insuffisance des revenus de l'enfant entamer même son capital. Je pense que les dépenses d'entretien et d'éducation sont en principe charge des fruits seulement et que l'on ne doit pas en général aliéner du capital pour y suffire. Si donc les parents sont dans l'aisance et que les revenus de l'enfant soient insuffisants pour lui donner une éducation convenable, ils devront prendre sur leurs propres revenus pour compléter la somme; nous retombons alors en effet dans l'art. 203, l'enfant se trouve être dans le besoin pour toutes les nécessités que ses propres revenus ne peuvent pas couvrir. — Cependant comme on peut trouver certains cas où il ne serait pas déraisonnable d'entamer le capital pour des dépenses qui d'ordinaire sont charge des fruits, par exemple, si l'on avait en réserve un très-fort capital non actuellement productif de revenus, mais qui plus tard apporterait certainement au moins l'aisance; eu égard à cette considération, j'admettrais qu'on devrait laisser sur ce point une grande latitude aux tribunaux. Du reste, il est bien entendu que la question du besoin du créancier d'aliments s'estime en général plus ou moins largement eu égard à la fortune du débiteur.

Digitized by Google

3° *Pas d'obligation d'établissement par mariage ou autrement.*

La disposition, purement négative de l'art. 204 sur ce point, ne demande pas d'autre explication que l'indication des motifs qui ont déterminé les rédacteurs du Code à faire une différence entre l'obligation d'entretien et d'éducation, et l'obligation purement morale d'établissement par mariage ou autrement. On trouve dans les travaux préparatoires deux idées principales fort justes qui ont empêché nos législateurs de rendre cette obligation juridique comme les autres. D'une part, l'intérêt social leur a paru moins pressant, parce qu'ils ont constaté qu'en fait cette obligation était ordinairement remplie, et que les cas rares où elle était méconnue ne présentaient pas de danger pour l'ordre public. D'autre part, ils ont vu avec beaucoup de pénétration que la décision sur ce point, était un des modes d'exercice les plus importants de la puissance paternelle, que toucher à cette faculté, c'était toucher au pouvoir même du chef de famille; et ils ont eu la sagesse de respecter ici ce pouvoir, qu'ils ont un peu méconnu en d'autres points. En effet, le parti à prendre, relativement à l'établissement des enfants, dépend d'une foule d'éléments complexes, et surtout de la volonté du père sur la direction générale à donner à la famille. Cette volonté doit être respectée, parce qu'elle est un droit chez le père, et en outre, à cause des difficultés sans nombre que soulèveraient un contrôle exercé sur elle, eu égard à tous les éléments dont l'appréciation entre dans la solution. Tant qu'on n'aura pas trouvé dans les principes rationnels, ou dans les mœurs, quelque base fixe pour déterminer rigoureusement, au moins dans certains cas, le

Digitized by Google

devoir du père, le père devra rester seul juge compétent en cette matière et sa décision sera sans appel ; sauf la condamnation prononcée contre lui par sa conscience et par le souverain juge, s'il n'use pas de son droit conformément à son devoir.

On a écarté avec beaucoup de raison les analogies qu'on voulait tirer de la législation romaine, en faisant voir la différence profonde qui existe entre la puissance paternelle à Rome et chez nous. A Rome l'autorité paternelle avait plutôt besoin d'être atténuée ; chez nous, elle n'a que trop besoin d'être fortifiée et étendue.

III. — *Sanction de cette obligation.*

Nous distinguerons encore ici les deux chefs de cette obligation :

1° Quant aux soins personnels ;

2° Quant aux dépenses d'entretien et d'éducation.

1° *Quant aux soins personnels.*

Nous avons ici deux ordres de sanctions :

A. Sanctions pénales.

B. Sanctions civiles.

A. *Sanctions pénales.*

Nous trouvons dans le Code pénal, art. 348-352, plusieurs actes dont la punition viendra, en effet, sanctionner jusqu'à un certain point l'obligation des père et mère en cas de défaut total ou à près total de soins personnels. Mais nous ne trouvons rien de particulier proprement aux père et mère. Les actes qui sont punis dans notre Code pénal, sont le dépôt dans un hospice d'un enfant au-dessous de sept ans, et l'exposition et dé-

Digitized by Google

laissement d'un enfant également au-dessous de sept ans, avec une distinction suivant que l'exposition a eu lieu ou non dans un lieu solitaire.

Le dépôt dans un hospice est prévu par l'art. 348; la peine est un emprisonnement de six semaines à six mois et une amende de 16 fr. à 50 fr. Pour qu'elle soit encourue, il faut que l'enfant soit âgé de moins de sept ans; et il faut que le dépôt ait été fait par ceux « à qui il aurait été confié afin qu'ils en prissent soin » ou pour toute autre cause. » Et même d'après le second alinéa de l'article, aucune peine ne doit être prononcée « s'ils n'étaient pas tenus ou ne s'étaient pas » obligés de pourvoir gratuitement à la nourriture et à » l'entretien de l'enfant, et si personne n'y avait » pourvu. »

On pourrait peut être hésiter à appliquer cet article aux père et mère, en remarquant que la loi dit « ceux à qui il aurait été confié, » et en soutenant que ces mots ne comprennent pas les parents; que la loi a voulu punir moins l'abandon que l'abus de confiance. Néanmoins je crois qu'il faut appliquer cet article aux père et mère. D'abord il est très-vrai de dire que l'enfant leur est confié par la loi pour qu'ils en prennent soin. L'art. 203 du Code Napoléon a bien évidemment cette portée, et leur obligation à cet égard n'est pas moins rigoureuse que s'ils l'avaient contractée expressément, par une convention avec d'autres personnes; — la fin de l'art. 348 C. P. suppose que les personnes, passibles de la peine qu'il édicte, pouvaient être *tenues* à nourrir et élever gratuitement l'enfant sans s'y être obligées; or ceux qui sont tenus à nourrir gratuitement l'enfant sont les père et mère et autres ascendants, il faut donc

Digitized by Google

qu'ils soient compris dans l'art. 348. J'ajoute encore une autre considération : si l'enfant avait été confié par la justice à un ascendant, après une demande d'aliments intentée contre celui-ci, évidemment cet ascendant tomberait sous le coup de l'art. 348 du Code pénal ; or l'obligation de cet ascendant est dans ce cas fondée uniquement sur les liens du sang comme celle des père et mère, et elle est bien moins stricte que la leur ; donc les père et mère sont compris dans la règle de l'art. 348 du C. P. ; — enfin leur obligation plus rigoureuse, que celle de toute autre personne, ne saurait, dans la pensée du législateur, être dépourvue de sanction, tandis que l'obligation des autres se trouve énergiquement sanctionnée.

L'exposition et le délaissement dans un lieu solitaire, sont l'objet des art. 349 et suiv. Cet abandon n'est puni que si l'enfant était au-dessous de sept ans. Mais il n'y a aucune restriction quant aux personnes qui encourront cette peine ; tous ceux qui auront exposé l'enfant seront passibles de la peine, et non-seulement ceux qui auront concouru matériellement à l'acte, mais encore ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer, car la faute la plus grave est celle de ceux qui, ayant pouvoir sur le sort de l'enfant, ont donné l'ordre d'exposition. D'après ces dispositions de l'art. 349 il n'est pas possible de douter que les père et mère ne soient compris dans ses termes ; et c'est encore un argument pour montrer qu'ils étaint compris dans la pensée de l'art. 348.

La peine est un emprisonnement de six mois à deux ans, et une amende de 16 fr. à 200 fr. Elle est encourue pour le seul fait de l'exposition, indépendamment

Digitized by Google

du dommage qui a pu ou non en résulter pour l'enfant. Si l'enfant en a souffert ou en est mort, alors la peine encourue est celle des coups et blessures volontaires ou celle du meurtre (art. 351).

L'art. 350 contient une aggravation de peine (emprisonnement de deux à cinq ans, et amende de 50 à 400 fr.), si l'expostion a été faite par les tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices. Nous n'étendrons pas cette aggravation aux père et mère, quoique leur faute soit certainement plus grave que celle de toute autre personne ; mais le texte de l'art, 350 ne s'y prête nullement ; il fait une énumération précise, qu'il est impossible d'étendre ; il ne se sert pas comme l'art. 348 d'une formule large et élastique ; — on peut du reste comprendre que la considération de l'abus de confiance fasse aggraver la peine. Enfin le législateur a pu juger que le danger était bien plus grand de la part de personnes étrangères que de la part des père et mère ; l'état de nos mœurs confirme complétement cette pensée ; la répression devrait donc être moins forte dans le second cas que dans le premier.

L'exposition et le délaissement dans un lieu non solitaire sont punis par l'art. 352 d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de 16 fr. à 100 fr. ; mais toujours s'ils ont eu lieu pour un enfant au-dessous de sept ans. Sur cet article, et sur l'aggravation portée par l'art. 353, dans le même sens que celle de l'art. 350, nous n'avons qu'à renvoyer aux quelques explications données sur les articles précédents.

On peut se demander ce qu'il adviendrait du manque total de soins qui ne serait pas accompagné de l'exposition proprement dite ; par exemple, s'il avait lieu dans

Digitized by Google

la maison même des parents. Je pense que ce délit rentrerait suffisamment dans les termes de l'art. 352; car il y aurait réellement délaissement; et l'art. 352 en disant « exposé et délaissé » ne me paraît nullement avoir voulu exiger pour l'application de la peine deux conditions, l'exposition d'une part, et le délaissement de l'autre; mais l'article a voulu embrasser dans sa formule l'exposition et les délits analogues consistant dans l'abandon et la négligence complète de l'enfant. C'est à la sagesse des tribunaux d'apprécier si les faits rentrent suffisamment dans l'esprit de l'art. 352. L'abandon de l'enfant dans un coin obscur et infect de la maison ne serait-il pas une véritable exposition? — Du reste un pareil délit est en général accompagné et compliqué de *séquestration* (art. 341, sq. C. P.), et souvent de *coups et blessures* (art. 309 et 311 C. P.)

Si l'enfant a plus de sept ans, l'abandon des père et mère, la privation de tous soins et de toute nourriture, n'entraînerait pour les père et mère aucune peine, car le cas n'est prévu nulle part dans la loi. Il n'y aurait lieu alors qu'aux sanctions civiles sauf le cas de *séquestration* (art. 341, sq.) ou de *coups et blessures* (art. 309, 311), qui pourraient accompagner le manque de soins.

B. *Sanctions civiles.*

Il n'y a pour le manque de soins personnels des parents envers leurs enfants aucune sanction civile directe, par la raison péremptoire qu'on ne peut pas forcer directement une personne à faire un acte, encore moins à faire une série d'actes. Il n'y a qu'une sanction indirecte, qui consisterait à faire donner les soins par d'au-

Digitized by Google

tres que par les parents, moyennant un salaire, que l'on fera payer aux parents en vertu de l'art. 203, quand cela sera possible. Cela rentre alors dans le second chef de l'obligation dont nous nous occupons. En tout cas, ce moyen ne peut pas donner aux enfants ces mille et mille soins qu'ils peuvent attendre des parents, cette éducation insensible de la famille, les exemples, les leçons, etc. Mais il est impossible d'obtenir ces bienfaits si salutaires malgré les parents pervers.

Une sanction indirecte pourra pourtant, dans certains cas, être encore obtenue par l'application de l'art. 1384, puisque les père et mère se trouveront responsables des délits de leurs enfants, qui seront la conséquence de leur négligence à les élever. C'est la pensée exprimée par M. Treilhard sur l'art. 1384 : « Ainsi réglée, la » responsabilité est de toute justice. Ceux à qui elle est » imposée ont à s'imputer, pour le moins, les uns de » la faiblesse, les autres de mauvais choix, tous de la » négligence : heureux encore si leur conscience ne » leur reproche pas d'avoir donné de mauvais exem- » ples! » Et le tribun Bertrand de Greuille, sous le même art. 1384, présente aussi la responsabilité des père et mère comme étant, dans une certaine mesure, la sanction de leur devoir d'éducation.

Enfin, si la présence, l'influence et les exemples des parents devenaient positivement pernicieux pour les enfants, c'est-à-dire s'il n'y avait pas seulement absence de soins, mais un mal positif causé aux enfants, cet abus du droit de garde pourrait, ainsi que nous l'avons vu, autoriser les tribunaux à enlever aux parents la garde de l'enfant et tout ou partie de leur droit d'éducation. Nous reviendrons là-dessus à propos du droit de garde.

Digitized by Google

2° *Quant aux dépenses d'entretien et d'éducation.*

Nous ne trouvons à cet égard aucune sanction pénale. Mais la sanction civile directe est possible, puisque la poursuite se ramènera à la prestation d'une somme d'argent. Aussi faut-il dire que l'on pourra agir au nom de l'enfant pour exiger que les parents fassent ces dépenses. Sans doute ce droit d'action au nom de l'enfant n'est nulle part donné expressément par la loi, mais il résulte indubitablement pour nous de son ensemble : l'action en aliments n'est nulle part donnée expressément par la loi, pourtant on ne doute pas qu'elle ne puisse être intentée; en général, il n'est pas nécessaire que la loi accorde expressément une action; du moment qu'elle reconnaît un droit, elle implique la faculté de le poursuivre en justice; l'art. 203 ne peut pas avoir d'autre portée que de donner l'action au nom de l'enfant contre les parents; enfin l'art. 204 fournit un puissant argument *e contrario* : la loi dit que l'enfant *n'a pas d'action* pour un établissement par mariage ou autrement, et l'intention manifeste du législateur est d'opposer cette règle à celle de l'art. 203; donc il y a une action qui pourra être intentée au nom de l'enfant pour obtenir que les parents fassent les dépenses de son entretien et de son éducation.

Là n'est pas du reste la principale difficulté; l'embarras que l'on a manifesté porte plutôt sur la question de savoir qui agira pour l'enfant. L'embarras ne me paraît pas sérieux. En effet, nous ne manquons pas de personnes qui auront qualité pour le faire.

D'abord si les père et mère existent encore tous deux, et que le père ait la puissance paternelle, la mère a

Digitized by Google

pleinement qualité pour réclamer au nom de ses enfants une éducation convenable. Le Code nous dit que les époux *contractent ensemble* l'obligation ; ils sont donc obligés l'un envers l'autre à élever leurs enfants ; la mère a donc le droit de réclamer du mari l'exécution de cette obligation. Le père aurait le même droit si, de son vivant, la mère avait la puissance paternelle en tout ou en partie ; mais on ne peut pas trop compter sur lui, car le plus souvent puisqu'il a été privé de la puissance paternelle, c'est qu'il est incapable ou qu'il n'en remplit pas les devoirs ; nous ne manquerons pourtant pas de ressources dans ce cas.

Si le père survit seul ou la mère, alors sa négligence pourra être critiquée devant les tribunaux, soit par le subrogé tuteur, si le survivant est tuteur, soit par le tuteur, si le survivant ne l'est pas. Le droit du tuteur ou du subrogé tuteur est incontestable dans ce cas, puisqu'ils sont chargés de représenter le mineur partout où il a intérêt.

Enfin, si toutes ces personnes, par une coupable négligence ou par une collusion plus coupable encore, laissaient l'enfant à l'abandon, nous croyons que la famille ou le ministère public, averti par une personne quelconque, pourraient prendre en main la défense de l'enfant et agir en son nom pour réclamer des parents l'exécution de leur obligation. En effet, nous avons vu que cette obligation leur est imposée juridiquement, non pas parce que l'enfant y avait un véritable droit, mais par une considération d'intérêt public, parce que la société avait droit à les forcer de l'exécuter. Dès lors, ne paraît-il pas naturel que l'action puisse être intentée non-seulement par l'enfant ou par ses représentants lé-

Digitized by Google

gaux, mais encore par toute personne qui lui est unie par les liens du sang, et surtout par le ministère public, représentant les droits de la société? Pour les ascendants, nous avons un argument de plus, tiré de l'article 935 : ils peuvent, même du vivant des père et mère et sans être tuteurs, accepter les donations faites à l'enfant mineur; si la loi leur donne le droit de protéger ainsi un intérêt purement pécuniaire de l'enfant, est-il possible de leur refuser le droit de défendre la vie même de l'enfant, tout son avenir et les intérêts sacrés de son éducation morale et intellectuelle?

Ces personnes pourront, suivant nous, non-seulement demander devant les tribunaux que les parents donnent à leurs enfants le strict nécessaire comme nourriture et éducation, mais encore soumettre, comme nous l'avons vu, à l'appréciation des tribunaux la question de savoir si l'éducation donnée à l'enfant est suffisamment en rapport avec la position qu'il doit occuper dans le monde, et avec la fortune de ses parents.

§ 2. — Droit et devoir de surveillance.

Le devoir de surveillance est imposé aux parents par l'art. 1384, 2e al. : « Le père, et la mère après le décès » du mari, sont responsables du dommage causé par » leurs enfants mineurs habitant avec eux. » Nous avons déjà indiqué que, dans la pensée des rédacteurs du Code, cet article a une relation intime avec l'art. 203, qui pose le devoir d'éducation; que l'art. 1384 a été présenté comme une sanction de l'art. 203.

Il faut dire que ce dernier devoir incombe à la mère, non-seulement après le décès du mari, ce qui sera sans doute le cas le plus commun, mais généralement toutes

Digitized by Google

les fois qu'elle exercera la puissance paternelle, suivant ce que nous avons vu plus haut. Et même, comme ce devoir de surveillance est une dépendance du droit de garde, il faut l'imposer à la mère toutes les fois qu'elle aura la garde des enfants, et non-seulement la garde de droit, mais même la simple garde de fait, si, par exemple, le père est seulement éloigné pour quelque temps. En effet, c'est à celui qui a les enfants auprès de lui de les surveiller; la surveillance n'est pas possible dans d'autres conditions; et il faut raisonner par analogie de ce que la loi dit pour les maîtres et instituteurs, qui n'ont sur les enfants et domestiques qu'une simple garde de fait, sans jouir du droit de garde établi par l'art. 374 dans toute sa latitude.

La loi suit bien la même idée lorsqu'elle limite la responsabilité des parents au cas où les enfants habitent avec eux. Ceci, du reste, doit s'entendre seulement comme exceptant de la responsabilité des parents les cas où l'enfant est établi à part ou confié à d'autres personnes, sans qu'il y ait faute ou imprudence des parents. Cela n'exclut pas le cas où ils laisseraient l'enfant vagabonder, car alors leur faute n'en est que plus grande.

On se demande si l'art. 1384 s'applique aux enfants émancipés. Tout le monde reconnaît que les enfants émancipés par mariage ne peuvent plus par leurs délits entraîner aucune responsabilité pour leurs parents. Mais la question est sérieusement controversée lorsqu'ils sont émancipés directement.

Une première opinion, qui compte de nombreuses et de très-graves autorités, soutient que les parents n'en continuent pas moins à être responsables des fautes de leurs enfants mineurs, lorsqu'ils les ont éman-

Digitized by Google

cipés. On invoque dans cette opinion le texte de l'art. 1384, 2e alinéa, qui parle des *enfants mineurs* sans distinguer s'ils sont ou non émancipés. Et l'on ajoute qu'il y a faute de la part des parents à avoir émancipé un enfant incapable de se conduire. Enfin on argumente de plusieurs textes spéciaux qui appliquent la responsabilité des père et mère, même pour les enfants émancipés : la L. du 6 oct. 1791, tit. 2, art. 7 (Code rural); — le Code forestier, art. 206; — La L. du 3 mai 1844, art. 21, sur la classe.

Nous croyons néanmoins qu'il faut décharger les parents de toute responsabilité à l'égard de leurs enfants mineurs émancipés. La raison et les travaux préparatoires nous montrent une relation intime entre l'art. 372 et l'art. 1384 ; la responsabilité des père et mère n'est qu'une conséquence de leur droit d'autorité, la sanction de l'exercice attentif de cette autorité. Comment pourrait-elle durer lorsque cette autorité n'existe plus ? Comment pourrait-on rendre les parents responsables lorsqu'ils n'ont plus aucun moyen d'empêcher le délit de se commettre ? Dire qu'il y a faute de leur part à avoir émancipé l'enfant, c'est supposer gratuitement une état de choses qui n'est nullement certain. Est-il vrai qu'on puisse toujours prévoir si un enfant usera bien ou mal de la liberté qu'on lui donne ? On peut n'avoir aucune raison de se méfier de lui, et il peut, sans être mauvais au fond, se laisser entraîner par des circonstances que les parents n'ont pas pu prévoir. Il peut aussi avoir été perverti depuis son émancipation. — De plus l'autre opinion n'entend pas le texte de l'art. 1384 dans toute son extension naturelle, puisqu'elle exclut les enfants mineurs émancipés par le

Digitized by Google

mariage ; elle est donc inconséquente. Puisqu'il faut de toute façon faire une distinction dans l'art. 1384, n'est-il pas bien plus naturel de penser qu'il a entendu par « mineurs » les mineurs non émancipés, ce qui est en effet bien souvent sous-entendu lorsqu'on parle de mineurs, au lieu d'aller faire une distinction beaucoup plus rare entre les mineurs émancipés par mariage et les autres? Enfin cette opinion est seule conforme à la raison. — Quant aux lois spéciales que l'on cite, nous y répondrons facilement : elles ne sont pas conformes au système de l'art. 1384, dont elles s'écartent sur plusieurs points ; elles ne peuvent donc pas fournir d'argument. Ainsi la L. du 6 octobre 1791 comprend d'une part plus que l'art. 1384 ; car elle rend le mari responsable des délits de sa femme, et d'autre part moins, car elle ne parle que des enfants au-dessous de *vingt ans*. Le Code forestier parle aussi de la femme, quoique sur le second point il se rapproche de l'art. 1384 C. N. en disant « les enfants mineurs ». La loi sur la chasse paraît avoir copié les lois précédentes en supprimant *la femme*, à laquelle elle ne pouvait guère s'appliquer. En somme ces lois paraissent toutes dériver du Code rural, tit. 2, art. 7, antérieur au Code Napoléon, et qu'elles ont copié en le corrigeant incomplétement. D'ailleurs des lois spéciales ne peuvent pas servir à prouver quelle est la règle générale.

Digitized by Google

SECTION II.

Habilitation de l'enfant aux actes de disposition de sa personne.

Nous ne trouvons nulle part dans nos lois de théorie générale sur l'habilitation des mineurs aux actes qui ont directement pour but la disposition de leur personne, ni lorsqu'ils ont encore leurs père et mère, ni lorsqu'ils sont en tutelle. L'art. 372 ne dit rien sur ce point; l'art. 389 et les art. 450 et suiv. s'occupent uniquement de l'administration des biens. Nous trouvons seulement, pour les actes relatifs à la personne des mineurs, des solutions éparses, soit directes, soit indirectes pour certains cas particuliers, et sur bien des points nous ne trouvons aucune disposition législative. On avait proposé au Conseil d'État de parler, dans le titre de la puissance paternelle, de l'habilitation de l'enfant pour le mariage et les autres actes analogues. Peut-être cette idée, si elle avait été suivie, aurait-elle amené les rédacteurs du Code à formuler une théorie générale de tous les actes relatifs à la personne, et cette théorie avait sa place toute naturelle après l'art. 372. Mais cette proposition fut écartée, parce qu'on ne voulait pas empiéter sur les diverses matières spéciales auxquelles appartenaient les actes dont il s'agissait, et l'on renvoya la solution des questions d'habilitation aux titres qui traiteraient des divers actes de la vie civile. Ce scrupule, qui était juste si l'on ne voulait s'occuper que de quelques cas particuliers, mais tout à fait faux s'il s'agissait de poser une théorie générale, nous force à chercher nos solutions dans toutes les par-

Digitized by Google

ties de nos lois, et à tâcher de les coordonner pour leur donner un certain ensemble. Bien heureux si nous trouvions toujours des solutions pour tous les cas qui peuvent se présenter, et si l'ensemble de la doctrine, résultant de ces recherches, pouvait présenter une unité et une cohésion suffisantes! Ne nous hâtons pas pourtant de taxer nos lois d'inconséquence: bien souvent la diversité des solutions pour les divers cas est un trait de sagesse du législateur; elle est fondée sur les principes et sur la nature des choses sainement comprise. Ainsi, quoique l'autorité paternelle finisse en général par la majorité ou l'émancipation, nous verrons souvent telle fonction de cette autorité prolongée au delà de ces époques fixes ou terminée plus tôt; et le législateur aura grandement raison, comme nous l'avons dit, après avoir donné les avantages de la fixité par une présomption générale, de faire fléchir la rigueur des principes pour se conformer dans les cas particuliers à l'état des mœurs et du développement des jeunes gens. De même aussi, quoiqu'en principe l'autorité paternelle appartienne au père seul, tant qu'il vit, dans plusieurs cas nous verrons cette autorité partagée dans une mesure plus ou moins grande par la mère.

Le Code peut nous offrir pour nous guider dans notre recherche deux principes, seulement très-généraux, qui dominent toute la matière:

1° *Le mineur est incapable de contracter* (art. 1124). Ce principe, posé uniquement pour les contrats relatifs aux biens, s'applique évidemment et même *a fortiori* pour les actes de disposition de la personne, qui sont plus importants et plus dangereux. Nous dirons donc qu'en règle générale l'enfant mineur ne peut pas disposer seul

Digitized by Google

de sa personne; nous verrons seulement une exception ou deux à ce principe.

2° *Le père ou la mère habiliteront l'enfant mineur* pour tous ces actes qu'il ne peut pas faire seul. L'art. 450 dit que le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. Ceci doit certainement s'appliquer aux père et mère, qui, en vertu de leur autorité paternelle, ont évidemment au moins autant de pouvoir qu'un tuteur: sans doute l'art. 389 ne donne au père que l'admistration des biens de l'enfant, aussi ne nous fondons-nous pas sur cet art. 389, mais sur l'art. 372 qui pose le principe du droit d'autorité. Le texte de l'art. 450 est pourtant inexact au moins dans sa forme: pour le tuteur même, il n'est pas vrai qu'il *représente* le mineur dans tous les actes de la vie civile, c'est-à-dire que dans tous ces actes il agisse à la place du mineur sans l'intervention de celui-ci. Au contraire, pour tous les actes relatifs à la personne, pour tous les actes qui enchaînent la liberté, du moins pour tous ceux dont la loi s'occupe, nous voyons que le mineur doit y concourir lui-même, s'il en est capable, et que le tuteur ou les autres pouvoirs tutélaires ne jouent que le rôle du tuteur romain, *autorisent* seulement les actes du mineur. Nous croyons qu'il faut généraliser ces dispositions de la loi à tous les actes qui enchaînent la liberté, parce qu'ils sont beaucoup plus graves pour le mineur et que sa personne y est bien plus directement intéressée. Si nous admettons cette règle générale à l'égard du tuteur, à plus forte raison l'admettons-nous pour les père et mère, à l'égard desquels nous ne sommes pas gênés par le texte de l'art. 450. Nous trouverons pourtant certains actes que les père et mère pourront faire seuls sans le

Digitized by Google

concours de l'enfant ; ce seront, en général, ceux qui ne sont que l'exercice du droit d'éducation. Il y a encore des actes que le mineur peut faire seul et d'autres qui ne peuvent pas être faits pendant la minorité.

Nous diviserons cette section en quatre paragraphes :

1° Actes que l'enfant mineur fait avec le concours de ses père et mère ;

2° Actes que les père et mère peuvent faire seuls pour l'enfant ;

3° Actes que l'enfant mineur peut faire seul.

4° Actes qui ne peuvent être faits pendant la minorité.

§ 1. — Actes que l'enfant mineur fait avec le concours de ses père et mère.

Nous avons vu que cette manière de procéder doit être considérée comme la règle dans la matière qui nous occupe.

I — *Mariage.*

L'art. 148 nous dit : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge » de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint » l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter » mariage sans le consentement de leurs père et mère : » en cas de dissentiment, le consentement du père » suffit. »

Nous trouvons dans cet article plusieurs exceptions à ce qui peut être considéré comme de règle générale dans notre matière ; mais du reste nous avons vu que

Digitized by Google

les règles générales n'étaient bonnes qu'à la condition de souffrir des exceptions pour se rapprocher autant que possible de la réalité.

Ainsi la majorité du fils pour le mariage est reculée ici jusqu'à 25 ans : le mariage d'un fils est un acte tellement grave, il peut avoir tant de conséquences pour toute la famille, qu'on n'a pas cru donner trop à l'autorité paternelle en lui conservant jusqu'à 25 ans la direction suprême d'un acte aussi important. Pour la fille on n'a pas cru devoir retarder sa majorité pour le mariage : en effet comme la fille est plutôt mûre pour le mariage que le fils, et qu'elle arrive par conséquent plus vite à pouvoir juger de ce qui lui convient, il serait trop dur, en lui permettant de se marier à quinze ans, de retarder jusqu'à vingt-cinq le moment, où elle serait tout à fait libre de faire son choix. Au fond c'est le choix des enfants qui est la chose principale dans cette matière, les parents ne peuvent que le contrôler et le diriger ; s'il se trouve que le choix de la fille soit tout à fait contraire aux idées des parents, il est bon que les parents puissent la retenir quelque temps pour éprouver sa décision ; mais faire durer cette épreuve jusqu'à 25 ans, ce serait souvent empêcher absolument le mariage de la fille, qui à cet âge a souvent perdu une partie des avantages qui la faisaient rechercher. Enfin le caractère plus doux de la femme fait qu'il y a moins à craindre son opposition aux volontés de ses parents, même lorsqu'elle n'est plus légalement tenue de s'y conformer. Il faudrait, en général, pour que cette opposition se manifestât qu'il y eût une de ces inclinations puissantes contre lesquelles les parents ne peuvent pas lutter.

Les mêmes raisons qui font qu'ici on ne tient pas

Digitized by Google

compte de la majorité ordinaire, font aussi qu'on ne tient pas compte de l'acte qui avance cette majorité, l'émancipation. Aussi le texte de l'art. 148 est absolu, et tous les auteurs sont unanimes pour reconnaître que cet article s'applique aussi bien aux enfants émancipés qu'aux enfants non émancipés. Il suit de là que le consentement des père et mère est nécessaire pour un second mariage, contracté dans les limites de la minorité spéciale qui existe ici, aussi bien que pour le premier.

Il y a encore une autre dérogation aux règles ordinaires de l'autorité paternelle, à l'art. 372 : la mère est associée dans une certaine mesure au pouvoir du père, en ce sens qu'on doit demander son consentement au mariage de son enfant, et qu'il ne suffirait pas de demander celui du père. Seulement les principes de l'autorité maritale ne sont pas pour cela méconnus, car, en cas de dissentiment, c'est la volonté du père qui l'emporte. Il n'y a là rien de contraire aux principes : la loi suppose bien qu'en général le père, avant de prendre une décision, consultera l'avis de la mère ; mais, en général, elle n'a pas cru devoir faire de cela une obligation légale ; elle a cru pouvoir laisser cela aux mœurs et aux habitudes. Ici elle est plus exigeante à cause de l'importance de l'acte ; elle a pensé qu'un refus de la mère, s'il était formellement exprimé et motivé, aurait beaucoup d'influence sur l'enfant, même s'il obtenait le consentement de son père, le forcerait à réfléchir sérieusement, et que l'enfant et le père ne passeraient outre en général que pour des motifs graves. Il faut donc que le dissentiment soit établi pour que le consentement du père suffise.

La sanction de ce droit de la mère consistera dans

Digitized by Google

une peine contre l'officier de l'état civil qui aurait procédé au mariage sans exiger la preuve du consentement de la mère ou de son refus. Cette preuve devra être faite par acte authentique ; car l'art. 73, qui parle seulement de la preuve du consentement, doit s'appliquer par identité de motif à la preuve du refus de consentement. Ordinairement cette preuve sera obtenue par un acte respectueux adressé à la mère (art. 154) ; mais il ne faudrait pas proscrire un autre acte authentique. La peine contre l'officier de l'état civil est une amende de 16 fr. à 300 fr. et un emprisonnement de six mois à un an (art. 156 Code N. et art. 193 Code P.). De ces dispositions résulte que le défaut de l'avis de la mère est un empêchement prohibitif. Mais ce n'est pas un empêchement dirimant ; car l'art. 148, disant qu'en cas de dissentiment le consentement du père suffit, il est bien évident qu'on ne serait pas recevable à demander la nullité du mariage pour l'omission d'une formalité qui ne peut pas influer sur sa validité.

Par la même raison, il faut dire que la mère n'aura pas le droit de faire opposition au mariage que l'on voudrait contracter sans l'avoir consultée officiellement. Elle pourra, sans aucun doute, avertir l'officier de l'état civil, et cela suffira très-probablement pour arrêter celui-ci qui ne s'exposera pas volontairement aux peines dont nous venons de parler. Mais à quoi bon lui donner le droit d'arrêter le mariage par une opposition, puisqu'elle ne peut pas empêcher qu'il ne soit célébré, et que les juges devraient donner mainlevée de son opposition. Ce serait dévoiler inutilement les secrètes mésintelligences de la famille. Dira-t-on qu'il faut lui accorder le droit d'opposition, même lorsque

Digitized by Google

cette opposition ne devrait pas être efficace, puisque l'art. 176 permet aux ascendants de faire opposition sans motif, uniquement pour gagner du temps? Mais une pareille manière de procéder nous paraît tout à fait contraire aux règles de l'autorité maritale. Que ce procédé soit permis à un ascendant vis-à-vis de son descendant, qu'on peut supposer léger ou trop passionné, cela se conçoit. Mais que la femme s'en servît contre un mari, cela serait une violation flagrante du respect qu'elle lui doit. Enfin nous avons un argument de texte décisif, qui reconnaît ce que nous venons de dire de l'autorité maritale : l'art 173 ne donne le droit d'opposition à la mère qu'à défaut du père. Le texte est formel, et nous croyons avoir démontré qu'il est conforme à la raison.

Revenons au droit du père de consentir au mariage. L'absence de ce consentement n'est pas seulement un empêchement prohibitif, c'est encore un empêchement dirimant. Non-seulement l'officier de l'état civil qui n'aurait pas exigé ce consentement serait puni des peines que nous venons de voir (art. 156, 198 Code N. et 193 Code P.), mais encore la nullité du mariage pourrait être demandée par le père, dont le droit a été violé; par la mère, si elle n'a pas été non plus consultée, et par l'enfant qui avait besoin de ce consentement (art. 182). Nous avons déjà dit que suivant nous le Code avait été trop loin en faisant de ce défaut un empêchement dirimant; nous nous contenterons de renvoyer aux raisons que nous avons données de cette conviction. Enfin, si le père a le droit de demander la nullité du mariage contracté, *a fortiori* a-t-il le droit de faire opposition à sa célébration (art. 173); le droit

Digitized by Google

d'opposition est avec les peines portées en cas de célébration, la sanction naturelle du droit du père.

L'art. 149, appliquant les principes généraux que nous avons établis en matière d'autorité paternelle, décide que si l'un des parents est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. En effet, c'est ce dernier qui exerce alors seul l'autorité paternelle, et ce consentement au mariage est essentiellement un acte de l'autorité paternelle, et non un de ces actes qui rentrent dans la tutelle et qui seraient enlevés au survivant, s'il n'était pas tuteur. Le texte est du reste absolu.

En présence de cette formule tout à fait générale de l'article, nous ne ferons pas exception pour le cas où le survivant serait remarié. On a essayé d'enlever à la mère remariée le droit de consentir au mariage de ses enfants du premier lit. Mais nous croyons que cette opinion fait la loi, en introduisant dans le texte une distinction qui n'y est pas. On comprend du reste que le Code n'ait pas jugé à propos d'affaiblir l'autorité paternelle en témoignant à la mère de la défiance dans ce cas; sans doute on peut bien craindre quelque partialité de la mère, peut-être dans des cas exceptionnels des sentiments de jalousie; mais ces craintes n'ont pas paru sans doute suffisantes, en présence de cette considération qu'en cette matière il n'y a pas d'opposition d'intérêts entre les enfants du premier lit et ceux du second, et qu'alors la partialité possible de la mère sera bien moins provoquée et influencera bien moins la rectitude de son jugement.

Quant au cas où l'impossibilité pour l'un des parents de manifester sa volonté permet de se contenter du

Digitized by Google

consentement de l'autre, nous les avons examinés en traitant de l'autorité paternelle en général, et nous nous sommes livré sur ce point à une discussion approfondie. Nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit en cet endroit.

II. — *Engagement dans les ordres sacrés ou vœu dans une communauté religieuse de femmes.*

Le fils âgé de moins de vingt-cinq ans ne peut « être » admis dans les ordres sacrés qu'après avoir justifié » du consentement de ses parents, ainsi que cela est » prescrit par les lois civiles pour le mariage des fils » âgés de moins de vingt-cinq ans accomplis. » (Décr. 28 fév. 1810, art. 4.)

La fille mineure de vingt et un ans, pour être admise dans une congrégation religieuse, est tenue « de » présenter les consentements demandés pour contracter » mariage par les art. 148, 149, 150.... du Code » Napoléon. » (Décr. 18 févr. 1809, art. 7.)

Il n'y a dans nos lois aucune disposition relative au fils mineur de vingt-cinq ans contractant des vœux dans une communauté religieuse. C'est que les ordres religieux d'hommes ne sont pas reconnus par l'État. Supprimés par la L. du 18 août 1792, tit. 1, art. 1^er^, ils n'ont jamais depuis été rétablis d'une manière générale; ils n'ont aucune existence légale.

Quant aux consentements requis, les décrets de 1809 et de 1810 renvoient aux règles relatives au mariage; nous n'avons aussi qu'à nous référer à ce que nous venons de dire ci-dessus.

Seulement, on pourrait se demander quelle est la

Digitized by Google

sanction de ces dispositions. D'abord, elles constituent certainement un empêchement prohibitif : le ministre du culte qui ordonnerait un jeune homme ou qui recevrait les vœux d'une jeune fille, sans les consentements requis, s'exposerait à un appel comme d'abus, pour infraction aux lois et règlements de l'empire (L. 18 germinal an X, art. 6). De plus, un officier de l'état civil doit assister à l'engagement des religieuses dont les vœux sont reconnus, en dresser l'acte et le consigner sur un registre double. (Décr. 10 fév. 1808, art. 8.) Cet officier devrait s'opposer à la prononciation des vœux sans les consentements requis; mais je n'oserais pas décider que s'il manquait à ce devoir, il encourrait les peines de l'art. 156 du Code Napoléon : car les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie, l'art. 7 du décret de 1808 a une sanction sans qu'il soit nécessaire de lui donner celle-là; enfin l'officier de l'état civil ne joue pas ici le rôle principal, comme dans le mariage civil.

Faut-il aller plus loin et dire que le défaut des consentements constitue un empêchement dirimant, annule aux yeux de la loi civile les vœux et le caractère sacerdotal? Relativement aux vœux des religieuses, il est tellement douteux s'ils produisent aucun effet civil, même comme empêchement au mariage, même dans les limites où ils sont reconnus, que la question n'a pas d'intérêt. A l'égard du sacerdoce, comme je n'admets pas qu'il soit un empêchement dirimant au mariage civil, l'intérêt de la question se réduit à savoir si le prêtre qui aurait été ordonné sans le consentement requis jouirait des dispenses que confère son caractère pour le service militaire, la garde nationale et la tutelle. En l'absence d'aucun texte formel, il me semble bien difficile

Digitized by Google

de les lui refuser; car la loi ne peut pas lui enlever le caractère qu'il a aux yeux de la religion, l'empêcher d'exercer ses fonctions; et les dispenses dont il s'agit sont fondées sur des convenances de fait, complétement indépendantes de la valeur, au point de vue de la loi civile, de l'acte auquel il doit son caractère.

III. — *Adoption*.

Art. 346..... « Si l'adopté ayant encore ses père et » mère, ou l'un d'eux, n'a point accompli sa vingt- » cinquième année, il sera tenu de rapporter le consen- » tement donné à l'adoption par ses père et mère, ou » par le survivant. » Cet article exige le consentement des père et mère sans dire, comme l'art. 141, qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. La plupart des auteurs sont d'accord pour reconnaître que le consentement de la mère est nécessaire, et que sa résistance ne pourrait pas être vaincue par la volonté du père. Nous avons indiqué plus haut les motifs que le législateur pouvait avoir eus de faire une différence sur ce point entre le mariage et l'adoption; l'adoption est un acte plus extraordinaire, plus grave et peut-être plus pénible pour les parents.

Du reste, il faut admettre que, si l'un des père et mère est empêché, le consentement de l'autre suffira, et cela dans les mêmes cas et suivant les mêmes distinctions que pour le mariage.

L'art. 346 n'exige pas le consentement des ascendants, si l'enfant n'a plus ses père et mère; on est d'accord pour ne pas suppléer cette règle dans la loi : l'adoption intéresse bien moins les ascendants que les

Digitized by Google

parents; et en définitive, l'adopté est majeur, puisque l'adoption ne peut pas avoir lieu avant la majorité.

Enfin, l'art. 346 s'écarte sur un troisième point des règles relatives au mariage; la fille a besoin jusqu'à 25 ans du consentement de ses parents. Il n'y avait pas en effet de raison pour faire une différence entre la fille et le fils, et si l'on admettait 25 ans pour l'un, il fallait l'admettre pour l'autre; car l'intérêt d'affection chez les parents est le même dans les deux cas.

IV. — *Engagement militaire volontaire.*

Sous notre législation actuelle le jeune homme qui veut s'engager dans les armées de terre ou de mer doit obtenir le consentement de son père, ou, à défaut, de sa mère, ou, à défaut, de son tuteur, depuis l'âge de 16 ans pour la marine et de 17 ans pour l'armée de terre, jusqu'à l'âge de 20 ans. En effet, d'une part, l'âge à partir duquel les engagements volontaires peuvent être faits, qui avait été fixé à 16 ans pour l'armée de mer et à 18 ans pour l'armée de terre par la loi du 21 mars 1832, art. 32, 1° et 2°, a été abaissé à 17 ans pour l'armée de terre, par le décret du 18 juillet 1848, art. 1. Et, d'autre part, l'âge auquel l'enfant peut s'engager sans le consentement de ses parents, qui était fixé à 18 ans par le Code (art. 374) a été élevé à 20 ans par la loi du 21 mars 1832, art. 32, 5°.

Remarquons que si les père et mère existent tous deux, l'enfant n'a besoin de demander que le consentement de son père; il n'est pas tenu de consulter sa mère, et encore moins d'obtenir son agrément. Nous rentrons ici dans les principes ordinaires en matière d'autorité paternelle.

Digitized by Google

V. — *Prise de la qualité de commerçant et de la capacité de s'obliger comme un majeur.*

L'art. 2 du Code de commerce exige que le mineur, qui veut profiter de la faculté, à lui accordée par l'art. 387 du Code civil, de faire le commerce et d'être réputé majeur pour les opérations de son commerce, obtienne l'autorisation de son père, ou de sa mère en cas de décès, interdiction ou absence de son père. C'est l'application des règles ordinaires de l'autorité paternelle, avec cette seule exception que l'autorité paternelle est prolongée après l'émancipation, contrairement au principe général de l'art. 372. Cet acte, du reste, n'est possible qu'après l'émancipation, et encore si l'enfant a 18 ans (art. 2 C. de com.). La nécessité d'obtenir le consentement des parents ne dure ici que jusqu'à l'âge de majorité ordinaire de 21 ans; car la loi dit *tout mineur émancipé*, sans prolonger l'incapacité sur ce point au delà de l'âge ordinaire.

VI. — *Louage de service.*

Le Code est d'un laconisme désolant sur tout ce qui concerne le louage de service. Et pourtant ce contrat est un des plus fréquents, et celui peut-être qui touche de plus près à la liberté humaine. Il devait donc être l'objet d'une attention particulière du législateur. Tout au contraire le Code se contente de nous jeter deux articles, et l'un d'entre eux conçu dans le sens le moins favorable à la liberté et à la protection du faible. Nous ne devons pas après cela nous étonner

Digitized by Google

si nous ne trouvons aucune disposition relative au louage des services d'un enfant mineur. Cette question n'est cependant pas une question oiseuse; le louage de service d'un mineur se présente à chaque instant. C'est un ouvrier, un serviteur à gages, un commis, qui traite avec un maître ou un patron; c'est un artiste qui contracte des engagements; c'est un professeur qui promet ses leçons et ses soins. Tous ces actes sont très-possibles de la part d'un mineur; tous constituent aussi un louage de service quoique cette dénomination soit écartée pour certains d'entre eux par suite de la nature relevée de la fonction qui en fait l'objet, et qu'on les qualifie souvent de mandat.

Il est bien certain que le mineur, du moins le mineur non émancipé, ne pourrait pas seul s'obliger civilement par un contrat de ce genre : s'il est incapable de faire seul le moindre acte relatif aux biens, *à fortiori* doit-il l'être de faire ceux qui enchaînent directement sa liberté; l'art. 1124 doit s'appliquer à un cas comme à l'autre, car il ne fait que constater une incapacité qui existe dans la nature même des choses.

Toute la question que nous avons à nous poser consiste à savoir si le mineur sera représenté par son père qui contracterait seul en son lieu et place, ou s'il devra contracter lui-même avec l'autorisation de son père. Or je crois qu'il faut poser en principe que le mineur devra prendre part lui-même à l'acte, et qu'il devra seulement obtenir le consentement de son père pour l'habiliter. C'est le principe que nous avons vu appliquer par toutes les dispositions précédentes aux actes relatifs à la personne de l'enfant, et nous verrons par la suite que les autres modes de procéder ne sont que

Digitized by Google

très-exceptionnels en cette matière. L'esprit général de la loi paraît donc être que l'on ne puisse en aucune façon disposer de la liberté juridique de l'enfant sans son consentement. C'est aussi le seul système qui nous paraisse rationnel. A cette décision on ne pourrait opposer qu'un argument, ce serait celui tiré de l'art. 450 au titre de la tutelle. Là il est posé en règle générale par la loi que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils, c'est-à-dire qu'il agit au lieu et place de celui-ci et sans son intervention. Mais il faut bien avouer que cette règle n'est pas posée très-expressément par le législateur; il n'est pas bien certain qu'en employant le mot *représente*, il ait voulu lui donne toute la portée que nous venons d'indiquer, et surtout qu'il ait voulu en faire une règle absolue. Qu'on entende ainsi ce mot pour tous les actes relatifs aux biens, rien de mieux; ce sens est conforme aux dispositions de détail données par les articles suivants. Mais je ne crois pas qu'il faille appliquer cette règle aux actes relatifs à la personne, parce qu'il est contredit par toutes les dispositions spéciales de la loi; parce qu'il se trouve sous la rubrique de l'administration du tuteur, qui se rapporte aux biens, et parce qu'il est malheureusement trop vrai que dans tout le titre de la tutelle, comme dans bien d'autres, le législateur ne pense guère qu'à la disposition des biens, et laisse dans un oubli presque complet tout ce qui intéresse directement la personne.

Nous dirons donc en règle générale que le fils mineur devra consentir lui-même au louage de service et aux autres obligations de faire, et que son père viendra seulement l'habiliter.

Cependant cette règle ne doit pas être absolue : pour

Digitized by Google

les actes dont nous nous sommes occupés jusqu'ici la loi fixe un minimum d'âge avant lequel ils ne peuvent être faits ; ici rien de semblable, puisque la loi ne s'occupe pas du louage de service; j'ajoute que, s'en fût-elle occupée, elle n'aurait pas dû fixer un pareil minimum, attendu que le louage de service est possible même à un âge fort peu avancé, et que malheureusement la misère des parents rend souvent l'emploi de cette ressource nécessaire et légitime. Il peut donc y avoir lieu de louer les services de l'enfant à un âge où il n'est pas encore capable de consentir en pleine connaissance de cause à un contrat de ce genre, d'apprécier les motifs et les conditions de son engagement ; à un âge par conséquent où un refus de consentement de sa part ne peut pas être considéré comme un acte de liberté juste et éclairée, mais sera bien plutôt fondé sur la paresse ou sur des idées légères ou fausses. Dans ce cas j'admettrai que le père puisse louer les services de son enfant sans son consentement et même malgré lui : nous avons vu que philosophiquement, tant que la personne d'un enfant n'est pas entrée en pleine possession de ses facultés, la direction qu'une autre personne, surtout un père, prend de ces facultés pour en faire un usage sage et utile à l'enfant, cette direction, dis-je, ne cause aucun tort à la personnalité de l'enfant et est parfaitement légitime. De plus le père a droit aux services du fils: nous l'avons établi philosophiquement, et la reconnaissance de ce droit par notre législation positive peut très-bien se déduire de l'art. 387, comme nous le verrons plus loin ; le père a donc le droit de disposer des services de son enfant, sans faire aucun tort à celui-ci, de façon, non pas à tirer profit pour

Digitized by Google

lui-même de son salaire, l'art. 387 s'y oppose, mais à se décharger des frais de nourriture et d'entretien. Enfin c'est une fonction de l'autorité paternelle et du droit d'éducation de forcer l'enfant à travailler, et dans son propre intérêt, et dans l'intérêt de son père ; c'est un droit aussi de régler le mode de ce travail, tant que l'enfant n'est pas capable de choisir lui-même sainement.

Il faut encore aller plus loin en suivant les conséquences des principes dont nous venons de tirer parti : même lorsque l'enfant est en âge de choisir sainement un état, et d'avoir un avis à lui propre sur les conditions de ses engagements, s'il était démontré que son refus de consentement fût déraisonnable, et n'eût pas d'autre cause que la paresse, il faut encore admettre que le père pourrait faire sans lui et lui imposer un contrat de louage de service. C'est encore une conséquence de l'autorité paternelle, qui n'est pas arrêtée ici par le respect de la personne de l'enfant; car celui-ci n'a aucun intérêt légitime à lui opposer.

Quelle sera la sanction du droit du père dans ces cas-là? Comment forcera-t-il son fils à exécuter le contrat qu'il aura fait pour lui ? On ne peut pas forcer directement quelqu'un à faire. Mais le père a son droit de correction qui garantit toujours l'exercice de son autorité. Et les règles du droit de correction nous fourniront une base fixe pour appliquer les principes que nous venons d'établir et échapper au reproche d'arbitraire qu'on pourrait faire à notre système. En effet le père a un droit de correction absolu et péremptoire sur son enfant jusqu'à l'âge de quinze ans ; par conséquent jusqu'à cet âge il pourra louer les services de son en-

Digitized by Google

fant et le forcer, au moyen de son droit de correction, à exécuter le contrat. Après quinze ans, le père n'exerce plus son droit de correction que par voie de réquisition; il devra donc prouver devant le président du tribunal les motifs qu'il a pour punir son enfant, il devra par conséquent établir que le refus que ferait son fils de consentir au louage de service n'est fondé sur aucun motif légitime, et c'est seulement alors qu'il pourra le faire punir par le magistrat. Enfin le droit de correction ne peut, même au-dessous de quinze ans, s'exercer que par voie de réquisition si le fils a un état; nous aurons encore là une nouvelle garantie en faveur du fils : s'il est assez avancé pour qu'on puisse dire qu'il a un état, son père ne pourra plus arbitrairement le forcer à changer d'état ou de position; ce n'est qu'au cas d'un refus injuste et déraisonnable du fils qu'on pourrait le contraindre à exécuter malgré lui un contrat auquel il n'aurait pas consenti.

§ 9. — Actes que les père et mère peuvent faire seuls pour l'enfant mineur.

I. — *Actes relatifs à l'exercice du droit d'éducation.*

Le père peut se passer du consentement de son fils aux actes qui disposent de la personne de celui-ci, lorsque ces actes ne sont que l'exercice de son droit d'éducation. C'est ainsi que le père peut obliger son fils par un contrat d'apprentissage, par le louage de service, et autres obligations de faire qui s'y rattachent. En effet il ne fait là qu'exercer le droit qu'il a de diriger la personne de son fils, d'imposer un certain emploi à ses facultés, dans un temps où la personne du fils n'est pas encore capable

Digitized by Google

de se diriger complétement, et pour un but essentiellement utile à cette même personne.

Le père peut encore par sa volonté soumettre son fils au pouvoir d'un maître de pension ou d'un précepteur, en leur déléguant une partie de sa puissance paternelle. Le fils est tenu d'obéir à ces maîtres ; et ceux-ci ont sur lui une partie du droit de correction du père, quoique la délégation de ce droit ne puisse jamais aller jusqu'au pouvoir de faire détenir l'enfant. Le droit de garde leur est aussi transféré jusqu'à un certain point ; ou tout au moins le lieu où l'enfant est tenu de résider n'est plus la maison paternelle, mais la pension ou le collége où il a été placé. Tous ces actes du père sont obligatoires pour l'enfant mineur, sans son consentement, et il est tenu de se conformer à la volonté de son père sur tous ces points.

II. — *Changement de domicile.*

Le domicile de l'enfant mineur est fixé par le domicile de ses parents (art. 108), et change avec ce dernier par la seule volonté des père et mère.

III. — *Contrat de tutelle officieuse.*

L'art. 361 n'exige pour le contrat de tutelle officieuse que le consentement des père et mère. Ni cet article, ni les suivants ne parlent du consentement de l'enfant. Les travaux préparatoires sont également muets sur ce dernier consentement ; partout le contrat de tutelle officieuse est présenté comme une convention entre les père et mère de l'enfant et le tuteur officieux. Il faut en conclure que le consentement de l'enfant n'est pas néces-

Digitized by Google

saire, et que la loi a voulu que cette tutelle fût déférée comme toute autre tutelle sans le consentement du pupille. Ce pouvoir de consentir seuls ce contrat n'a rien d'exorbitant chez les père et mère, puisque la loi confère au survivant d'entre eux le droit de nommer un tuteur à leurs enfants par testament.

Remarquons qu'ici, comme dans la matière de l'adoption, il faut le consentement simultané du père et de la mère, si tous deux existent, et que le consentement du père sans celui de la mère ne suffirait pas. C'est que l'on a suivi dans cette matière presque toutes les règles de l'adoption.

IV. — *Nomination d'un tuteur par le père ou la mère.*

La nomination d'un tuteur par le père ou la mère est encore un acte de disposition de la personne de l'enfant; c'est une sorte de délégation de la puissance paternelle sur lui, du moins quant à la partie de cette puissance qui peut se transmettre, c'est-à-dire quant aux droits qui sont communs à la puissance paternelle et à la tutellle.

Le droit pour le dernier mourant des père et mère de nommer un tuteur aux enfants mineurs qu'il laissera à son décès est écrit dans l'art. 397. L'art 398 nous apprend par son renvoi à l'art. 392 que ce droit peut être exercé soit par acte de dernière volonté, soit par une déclaration devant le juge de paix ou devant deux notaires.

Ce droit est expressément limité par l'art. 398 au dernier mourant des père et mère. Car autrement la puissance paternelle avec tous les droits de la tutelle passe au survivant et c'est celui-ci qui pourra seul disposer de ces droits après sa mort. Aussi le père ne pour-

Digitized by Google

rait pas régler la tutelle pour le cas où la mère éprouverait une déchéance ou serait écartée, ni en prévision du décès de la mère postérieur au sien. La règle est absolue, quand même le survivant serait absent ou déchu; la loi a peut-être exagéré un peu la rigueur de son principe; mais on peut dire que tant qu'on peut conserver le moindre espoir de voir la puissance paternelle exercée par le survivant, elle veut ménager ses droits.

§ 3. — Actes que l'enfant mineur peut faire seul.

I. — *Engagement militaire volontaire après l'âge de 20 ans.*

Sous l'empire du Code (art. 374) l'enfant pouvait, dès l'âge de 18 ans, quitter la maison paternelle sans la permission de son père, pour enrôlement volontaire. Cet âge a été reculé jusqu'à 20 ans par la L. 21 mars 1832, art. 32, 5°.

II. — *Privations de droits résultant des délits.*

Le mineur, pourvu qu'il ait 16 ans, peut encourir les mêmes peines qu'un majeur, et les peines accessoires aussi bien que les peines principales. Il pouvait donc être frappé anciennement de mort civile; il peut maintenant encourir dégradation civique, interdiction légale, interdiction à temps de certains droits. Sans doute ces déchéances produiront peu d'effet pendant la minorité; mais, encourues après la minorité, elles peuvent se prolonger pendant la majorité; elles constituent donc une modification très-grave dans la position juridique du mineur.

Le mineur qui a moins de 16 ans, ne pouvant jamais

Digitized by Google

encourir qu'un simple emprisonnement, ne peut encourir ni dégradation civique, ni interdiction légale. Quant à l'interdiction à temps de certains droits, elle pourrait lui-être appliquée; mais pendant toute la minorité elle ne peut le frapper que dans le droit de port d'armes et dans le droit de témoigner en justice; elle sera sans doute prononcée bien rarement.

§ 4. — Actes impossibles pendant la minorité.

Le *changemant de nationalité* est impossible pendant la minorité. Cette impossibilité résulte implicitement de plusieurs articles de nos lois, qui reportent tous après la majorité l'option qu'une personne peut avoir à faire sur sa qualité de français ou d'étranger. Ces articles sont : l'art. 9 C. Nap., l'art. 10 du même Code qui renvoie à l'art. 9; la L. du 25 mars 1849, article unique; la L. du 29 janv. 1851, art. 1. Un seul texte, la L. du 9 décembre 1790, permettait aux descendants de Français expatriés pour cause de religion, de redevenir Français, s'ils étaient mineurs, avec le consentement de leurs ascendants.

La naturalisation ordinaire n'est aussi possible qu'après 21 ans.

Non-seulement le changement de nationalité ne peut pas avoir lieu spécialement pour un enfant pendant sa minorité, mais il ne peut pas non plus, au contraire du changement de domicile, résulter du changement de nationalité du père. L'art. 2 de la L. du 29 janvier 1851 réserve aux enfants d'un étranger naturalisé l'option jusqu'à l'année qui suit leur majorité.

Si le changement de nationalité provient d'une ces-

Digitized by Google

sion territoriale, il faut faire une distinction. Si le changement de nationalité est forcé, ce qui aura lieu toutes les fois que le traité ne contiendra rien de spécial sur ce point, l'enfant mineur devra changer aussi de nationalité ; qu'importe en effet l'incapacité de consentir dans ce cas où le consentement n'est nullement considéré ? Si au contraire le changement de nationalité est facultatif, sous certaines conditions, toutes les analogies nous portent à décider qu'il faudra réserver aux mineurs l'option pendant l'année qui suivra leur majorité, comme dans l'art. 9 et l'art. 10 du C. Nap., dans la loi du 25 mars 1849, dans les art. 1 et 2 de la loi du 29 janvier 1851. Cette règle a été appliquée expressément par le décret du 30 juin 1860, art. 2, réglementant l'application du traité de cession de la Savoie et de Nice.

Il est encore un cas où le changement de nationalité pourra exceptionnellement avoir lieu pendant la minorité, c'est quand une femme mineure épouse un étranger : l'art. 19 est formel et tout à fait absolu ; il n'y a donc pas lieu de distinguer si la femme est ou non majeure. On a sans doute considéré qu'elle est suffisamment protégée par les consentements nécessaires à son mariage ; et puis il était bien difficile d'admettre qu'elle conservât sa nationalité, et d'autre part on ne pouvait pas empêcher son mariage avec un étranger pendant tout le temps de sa minorité. — Il faudrait, je crois, permettre aussi à la femme veuve de recouvrer, quoique mineure, sa qualité de Française en se conformant à l'art. 19, 2e al. ; car la loi est très-favorable à ce retour à la nationalité française, et il serait souvent fort dur pour une jeune femme, qui n'aurait plus le protecteur qu'elle avait cherché à l'étranger,

Digitized by Google

d'être repoussée d'une société à laquelle elle tient par tous les liens.

On pourrait encore demander si un mineur ne pourrait pas encourir la perte de la qualité de Français pour les faits mentionnés aux art. 17 et 21 du Code Napoléon. Je crois qu'il faut répondre négativement; nous avons vu que l'ensemble des dispositions de nos lois indiquait la pensée de ne point changer la nationalité d'un mineur; les art. 17 et 21 ne dérogent pas expressément à ce système, et comme ils ont quelque chose de très-sévère, il ne faut pas les entendre trop largement. On ne peut pas dire non plus que les actes mentionnés par ces articles soient considérés comme des délits, et que le mineur doit encourir les peines comme un majeur. Ces actes ne sont pas considérés par la loi comme des délits; car ils ne sont nullement punis; mais la loi les considère comme impliquant une volonté incompatible avec la volonté de rester Français; c'est pour cela qu'elle fait perdre pour ces motifs la nationalité française. Il est clair que ce motif est inapplicable au mineur, qui n'est pas considéré comme ayant une volonté suffisamment développée pour opter sur sa nationalité.

SECTION III

Droit aux services de l'enfant.

Nous avons démontré philosophiquement le droit du père aux services gratuits de son enfant, droit fondé

Digitized by Google

d'abord sur le titre même qui résulte de la génération, et ensuite sur la reconnaissance pour les soins dont le père a entouré son enfant, pour tous les sacrifices qu'il a faits pour lui.

Ce droit aurait dû être écrit expressément dans notre Code pour donner aux juges un point d'appui solide dans son application, peut-être aussi pour en réglementer l'exercice. L'absence de toute disposition sur ce point est une lacune regrettable. Toutefois, il ne faut pas croire que l'autorité paternelle et la justice chargée de la faire respecter soient complétement désarmées sur ce point.

D'abord l'art. 387, n'excluant de l'usufruit paternel que les biens acquis à l'enfant par un travail et une industrie séparée, implique que, quand même l'enfant obtiendrait un salaire de son père, il n'en devrait rien toucher tant que dure l'usufruit paternel, et ne toucherait le capital à l'âge de dix-huit ans, que déduction faite de tous les frais de nourriture et d'éducation auxquels les fruits n'auraient pas suffi. Il faut même, je crois, aller plus loin et dire que, dans la pensée du législateur, l'enfant ne doit pouvoir rien réclamer de son père, comme salaire pour les services qu'il lui aurait rendus, soit dans la famille, soit dans un commerce ou dans une industrie. Certes les tribunaux n'admettraient pas une pareille action; ils soutiendraient toujours le droit du père d'apprécier ce que valent les services de son enfant, et d'être le seul maître de les rémunérer comme il le jugera convenable. N'est-il pas certain que tout le travail d'un enfant mineur ne peut jamais rendre à ses parents tout ce qu'ils ont fait pour lui? Ce devoir du fils est corrélatif du droit que la

Digitized by Google

loi lui a accordé à la nourriture et à l'éducation pendant son enfance et sa jeunesse.

Le droit aux aliments fournirait un autre moyen d'obtenir du fils rebelle les services dont son père aurait besoin. Car, malgré le silence de la loi, on ne peut pas douter que les tribunaux, suivant en cela notre ancienne jurisprudence, ne refusassent des aliments à celui qui ne voudrait en aucune façon se rendre utile chez celui qui devrait les lui payer, et qui voudrait rester seul oisif au milieu du travail de ceux à qui il est à charge. Ce qui est vrai de tout créancier alimentaire doit s'appliquer à bien plus forte raison au fils vis-à-vis de ses parents, et nous fournit un moyen de le forcer à travailler avec et pour son père, s'il s'y refusait.

Enfin, le pouvoir correctionnel du père sous le contrôle de la justice pourrait encore lui fournir le moyen de vaincre une paresse invétérée et rebelle chez son enfant mineur.

Il est seulement regrettable que le silence du Code sur un point aussi important, nous réduise à des expédients un peu détournés et un peu mesquins. Il faut pourtant bien que les règles de la justice éternelle se fassent jour d'une manière ou d'une autre ; et, grâce à Dieu, la négligence d'un législateur n'obtiendra jamais de la conscience de nos magistrats le sacrifice de ces règles sacrées et la prononciation de sentences manifestement iniques. C'est la punition du législateur que, lorsqu'il ne fait pas la loi, les tribunaux la font à sa place. Et ils ont raison : ayons une fois le courage de dire ouvertement ce que personne n'ose avouer, quoique cette idée fasse irruption, quand même, dans les décisions pratiques : les tribunaux sont faits pour ren-

Digitized by Google

dre la justice, c'est-à-dire prononcer sur chaque procès, ce qui est juste suivant leur conscience : les lois sont faites pour leur donner une règle et mettre des bornes à leur arbitraire ; le silence de la loi sur un point, qui est démontré juste, ne doit pas avoir pour effet de faire subir aux juges l'humiliation et le supplice d'une sentence inique; son unique résultat est de laisser à leur arbitrage tout le champ qu'elle n'a pas su leur enlever.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DROIT D'AUTORITÉ SUR L'ENFANT MAJEUR.

L'art. 372 pose en principe que l'autorité paternelle finit à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. Nous avons déja vu plusieurs cas où les droits de cette autorité durent plus longtemps ; mais ces cas sont moins une dérogation au principe posé, qu'une intelligente application de la règle par une sage prolongation de la minorité pour certains actes spéciaux. Nous avons maintenant à indiquer plusieurs points sur lesquels le Code fait durer réellement l'autorité paternelle au delà de la minorité et pendant toute la vie, et déroge ainsi à son principe fondé sur une confusion entre la puissance et l'autorité paternelle, pour se rapprocher des données de la raison sur cette matière.

Les droits, par lesquels l'autorité paternelle se prolonge pendant toute la vie des enfants, sont au nombre de trois :

1° La nécessité de demander le conseil des parents pour le mariage et l'adoption, au moyen d'actes respectueux ;

2° Le droit d'opposition au mariage ;

3° Le droit de demander la nullité du mariage.

I. — *Actes respectueux.*

Les actes respectueux sont le moyen de constater légalement que les enfants, qui veulent se marier sans le

Digitized by Google

consentement de leurs parents, ont du moins demandé et écouté leurs conseils, et y ont suffisamment réfléchi. Aussi tous les enfants à qui le consentement de leurs parents n'est plus nécessaire pour se marier, c'est-à-dire les filles au-dessus de 21 ans, et les fils au-dessus de 25 ans, sont obligés, s'ils n'obtiennent pas ce consentement, d'adresser à leurs parents des actes respectueux, et de laisser passer après cela un certain délai avant de pouvoir se marier (art. 151).

L'acte respectueux doit être renouvelé trois fois de mois en mois par les filles de 21 à 25 ans et par les fils de 25 à 30 ans (art. 152); et ils doivent encore laisser écouler le délai d'un mois après le dernier acte. Ainsi la loi leur impose trois mois de réflexion avant de contracter un mariage auquel la volonté de leurs parents est opposée. A partir de 25 ans pour les filles et de 30 ans pour les fils, un seul acte respectueux suffit, et le mariage peut être célébré un mois après. A cet âge le refus du consentement des parents, n'entrave plus le mariage des enfants que pendant un mois.

L'acte respectueux doit contenir la notification, adressée par l'enfant à ses parents, de l'intention où il est de contracter mariage avec telle personne. Il est fait dans la forme des exploits d'huissier en un original et une copie, laquelle est laissée à l'ascendant, à qui l'acte est adressé. Mais la loi, par respect pour les parents et pour éviter les froissements dans les familles, veut qu'il soit fait non par un huissier, mais par un notaire, assisté comme dans tous ses actes de deux témoins ou d'un second notaire. Le notaire doit recevoir les observations des parents et les consigner dans le procès-verbal de notification, afin que l'enfant puisse en prendre connaissance,

Digitized by Google

comme il le doit, puisque c'est là le but direct de cette démarche qui lui est imposée.

Nous pensons qu'en général l'enfant n'est pas tenu de se présenter en personne avec le notaire. La loi ne l'exige pas, et cette comparution personnelle aurait souvent des inconvénients.

Mais nous pensons aussi que si l'ascendant demandait à voir son enfant, soit pour lui communiquer des secrets qu'il ne veut pas dévoiler à d'autres, soit pour essayer sur lui de l'influence de ses conseils en le dérobant pendant quelque temps à d'autres influences contraires ; les tribunaux, si les motifs allégués paraissaient raisonnables et dénués de tout caractère frustratoire, devraient accéder à cette demande, ordonner la comparution personnelle de l'enfant devant son ascendant. En définitive la loi veut que l'enfant demande le conseil de ses parents ; apparemment elle veut qu'il l'écoute, et comme elle ne fixe pas le moyen de communication entre les parents et les enfants, c'est aux tribunaux à le faire. C'est à eux qu'il appartient de décider que, tant que la démarche, ordonnée par eux, n'aura pas été faite, il n'aura pas été satisfait à la loi et le mariage sera impossible.

Les actes respectueux doivent être adressés aux ascendants qui devraient consentir au mariage si l'enfant était encore mineur, c'est-à-dire, pour nous borner à notre matière, au père et à la mère, si tous deux existent et si tous deux refusent leur consentement. Si l'un consent tandis que l'autre refuse de le faire, les actes respectueux devront être adressés à celui seul qui refuse, pourvu encore que le consentement de l'autre ne soit pas de nature à autoriser à lui seul le mariage, si l'enfant était

Digitized by Google

mineur. Ainsi, si le père consent et que la mère refuse, il n'est pas nécessaire de faire un acte respectueux à la mère, si ce n'est pour avoir une preuve authentique qu'elle a été consultée. Mais cette preuve pourrait être fournie autrement, et en tout cas, si l'on emploie le moyen d'un acte respectueux (ce qui est le plus simple), toujours est-il qu'il n'y aura pas besoin de le renouveler, et qu'on ne sera même pas obligé de laisser écouler le délai d'un mois; car le consentement du père suffit pour autoriser le mariage (art. 148), le refus de la mère ne peut le retarder.

L'art. 155, prévoyant le cas d'absence de l'ascendant, auquel un acte respectueux devait être fait, règle qu'il sera passé outre à la célébration du mariage sur la présentation du jugement qui aurait déclaré l'absence, ou qui aurait ordonné l'enquête, ou s'il n'y en a pas encore, d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix du dernier domicile connu, sur la déclaration de quatre témoins. Il faut entendre cet article dans ce sens que l'on sera dispensé de faire l'acte respectueux à cet ascendant, mais qu'on devra toujours en faire un aux autres ascendants, qui devaient consentir, ou à ceux du degré subséquent. Ceci s'appliquera au cas d'absence du père ou de la mère. Il faut aussi suppléer la règle de l'art. 148 et les explications que nous en avons données : toutes les fois que l'un des époux sera dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre ou les actes respectueux adressés à l'autre suffiront.

Pour l'adoption, il faut, comme pour le mariage que l'enfant majeur de vingt-cinq ans, requière le conseil de ses père et mère par un acte respectueux. Comme la loi

Digitized by Google

ne parle pas de la nécessité de le renouveler, on admet qu'un seul suffira dans tous les cas.

II. — *Oppositions au mariage.*

« Le père, et, à défaut de père, la mère, et, à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis » (art. 173).

Ils n'ont pas même besoin d'indiquer dans l'acte d'opposition les motifs de leur opposition (art. 176).

En vertu de ce droit, les parents peuvent, non-seulement faire valoir tous les empêchements prohibitifs ou dirimants au mariage de leurs enfants, mais encore gagner du temps pour les forcer à réfléchir, même après les délais résultant de la nécessité des actes respectueux. C'est un droit fort important de l'autorité paternelle, puisqu'il peut gêner gravement la liberté que les enfants ont de se marier. Nous voyons par l'art. 173, qu'il appartient au père à l'exclusion de la mère, lorsque tous deux sont vivants et capables de manifester leur volonté; car les mots « à défaut du père » doivent toujours s'entendre à défaut de possibilité pour le père d'exercer son droit d'autorité.

III. — *Demandes en nullité de mariage.*

Les demandes en nullité de mariage sont en général le moyen de faire valoir les droits qui ont été lésés par un mariage; le droit de former ces demandes appartient à tous ceux dont les droits se trouvent ainsi lésés. Si donc

Digitized by Google

les père et mère n'avaient le droit de demander la nullité qu'en se fondant sur une lésion de leurs droits, sur le mépris de leur autorité, comme dans l'art. 182 ; ce ne serait pas pour eux un droit nouveau, ce serait seulement la sanction de leur droit de consentir au mariage de leurs enfants. Mais les parents ont des droits plus étendus et qui dès, lors, constituent véritablement une nouvelle fonction de leur droit d'autorité : ils peuvent, par l'action en nullité, faire valoir toutes les nullités absolues qui peuvent entacher le mariage de leur enfant, et cela sans y avoir aucun intérêt pécuniaire. On a considéré qu'il y avait pour eux un intérêt d'honneur et d'affection très-puissant à ne pas laisser vivre leur enfant dans une union qui est nulle aux yeux de la loi ; et que ce n'est pas dépasser les bornes naturelles de leur autorité, que de leur permettre de rappeler leur enfant à l'observation de la loi et de son devoir sur ce point, s'il était tenté de l'oublier. Ce droit de demander la nullité du mariage de leurs enfants sans y avoir aucun intérêt pécuniaire, résulte manifestement pour les père et mère de l'art. 191 et de l'art. 184 expliqué par les art. 186 et 187 : en effet l'art. 186, exceptant dans certains cas les ascendants, montre qu'ils sont compris dans la règle, et l'art. 187, exigeant que les parents collatéraux, pour demander la nullité, aient un intérêt né et actuel, c'est-à-dire pécuniaire, implique bien que les père et mère peuvent demander la nullité même sans avoir un intérêt de ce genre, en se fondant uniquement sur leur intérêt moral et de famille.

Il nous suffit d'avoir reconnu ainsi ce droit spécial des père et mère ; les détails de la matière sortiraient de notre sujet.

Digitized by Google

Il est pourtant une question qui se rattache à l'ordre d'idées dans lequel nous nous sommes placé : c'est celle de savoir si les autres ascendants ont le droit de demander la nullité du mariage de leur descendant en présence des père et mère, lorsque ceux-ci négligent de le faire. Il faut avouer que le Code n'est pas explicite sur ce point. Cependant en présence des articles 186 et 191, je ne pense pas que l'on doive oser refuser ce droit aux ascendants. En effet, ces deux articles énumèrent les personnes qui peuvent demander la nullité, sans établir cette gradation, si bien marquée en maint endroit et notamment dans l'art. 173. J'insiste surtout sur le texte de l'art. 191, dont l'énumération est bien évidemment cumulative et nullement alternative; il dit que le mariage peut être attaqué « par les » époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascen- » dants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et ac- » tuel, ainsi que par le ministère public.» Il est évident, d'après le texte, que les époux concourent avec leurs père et mère ; que le ministère public concourt avec les père et mère. Comment oser dire que les ascendants placés dans l'énumération exactement sur le même pied que toutes ces autres personnes, ne concourront pas avec les père et mère ? On nous fait une objection qui paraît avoir une grande force, surtout contre nous en particulier : Vous avez admis, nous dit-on, que ce droit de demander la nullité est une fonction du droit d'autorité ; or, vous voyez que partout ce droit d'autorité et ses diverses fonctions appartiennent exclusivement à l'ascendant le plus proche ; vous même avez reconnu, qu'il en devait être ainsi d'après les principes rationnels

Digitized by Google

mêmes; comment pouvez-vous maintenant admettre ici la solution contraire?—Je fais observer une chose, c'est qu'il s'agit ici d'un de ces droits d'autorité, qui sont de nature à durer toute la vie des ascendants et, des enfants et petits-enfants : lorsqu'un fils a formé une nouvelle famille séparée, il prend sans doute, comme chef de cette famille, la direction suprême de ses enfants à lui, et le grand-père ne doit pas en général prétendre lui imposer ses volontés sur ce point. Mais ceci n'est vrai que des actes qui rentrent dans la sphère de la liberté juridique, c'est-à-dire de ceux qui sont moralement innocents. Il est au contraire un ordre de faits, sur lesquels l'ascendant conserve toujours un contrôle suprême : ce sont les actes coupables en eux-mêmes; quant à ceux-là, l'autorité paternelle, gardienne des mœurs de la famille, est toujours vivace pour venir les arrêter; nul n'a droit à des actes coupables, le fils moins que tout autre vis-à-vis de son père. Or, quelle est ici la situation : il s'agit de faire cesser un scandale de famille, le descendant vit sciemment dans une union, nulle aux yeux de la loi; il est coupable, il n'a aucun droit à y rester; son père peut le forcer à en sortir. Mais son père tolère lui-même ce scandale, a-t-il droit à le protéger et à le défendre? Est-ce là un de ces actes de pouvoir légitime dans la famille, que le grand-père est tenu de respecter? Non, évidemment. De même que le père peut faire rentrer son fils dans la voie du devoir; de même le grand-père peut faire rentrer et son petit-fils et son fils dans cette même voie. C'est son devoir à lui-même, et c'est son droit imprescrptible. Donc, nous ne violons aucun principe ni du Code, ni de la raison, en permettant

Digitized by Google

aux ascendants de demander la nullité du mariage de leur descendant, même en présence des père et mère, s'ils sont négligents ou complices.

On pourrait ensuite se demander si la mère pourrait poursuivre la nullité en présence de l'inaction du père. Et ici on opposerait à l'affirmative des arguments encore plus puissants : on invoquerait l'autorité maritale; et l'on ajouterait que, dans l'art. 193, les père et mère, étant nommés ensemble dans un même membre de phrase, n'ont pas chacun une vocation distincte et principale, mais ne forment ensemble qu'un seul groupe, dans l'intérieur duquel on doit répartir ce droit suivant les rapports spéciaux résultant du mariage; c'est-à-dire en en donnant tout l'exercice au père. Mais je soutiens toujours que l'autorité maritale (pas plus que l'autorité paternelle) n'est pas souveraine sur ce point; je nie qu'aucune autorité, pas plus la maritale qu'une autre, ait jamais le droit d'imposer à une personne humaine une action ou une abstention injuste ; le père, pas plus que le fils, n'a droit à la permanence d'un état de choses illégal, et la mère doit avoir le droit de rappeler son fils à son devoir, malgré la perversité ou la négligence du père. Quant à l'argument tiré de l'art. 191, j'accorde que je ne puis plus argumenter de cet article comme je le faisais tout à l'heure. Mais s'il n'est pas aussi fort pour moi; il est bien loin d'être contre moi. Ni lui, ni aucun autre article du Code ne combat le système que je défends.

Digitized by Google

TITRE III.

DROIT DE GARDE.

Art. 374. — « L'enfant ne peut quitter la maison » paternelle sans la permission de son père, si ce n'est » pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix huit » ans révolus. »

Le Code en disant « la maison paternelle » a évidemment entendu parler aussi de toute autre maison où l'enfant se trouve par la volonté de son père, comme une pension, un couvent, la demeure d'un patron, etc. L'art. 354 du C. pénal, lié très-intimement avec le nôtre puisqu'il s'occupe du détournement des mineurs, est plus exact lorsqu'il dit « les lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés. » Cet article nous montre aussi que le droit de garde peut, dans une certaine mesure, être transféré par le père à des étrangers : c'est bien ce qu'indiquent ces mots « à la direction desquels ils étaient confiés » opposés à ceux-ci : « à l'autorité desquels ils étaient soumis ».

« *Sans permission de son père.* » Il faut bien certainement ajouter « ou de sa mère » lorsque c'est celle-ci qui exerce la puissance paternelle. Et l'une et l'autre règle serait vraie quand même le survivant des père et mère ne serait pas tuteur ; la garde, en effet, n'est pas un droit de tutelle, c'est un droit de l'autorité paternelle, lequel ne peut passer au tuteur que lorsqu'il n'y a plus ni père, ni mère pour exercer l'autorité paternelle. Du

Digitized by Google

reste la loi du 21 mars 1832, art. 32 ; 2°, s'exprime très-exactement sur ce point, et échelonne très-bien les consentements du père, puis de la mère à défaut du père, puis du tuteur à défaut de l'un et de l'autre, pour l'engagement volontaire au-dessous de vingt ans.

La sanction du droit de garde est dans le droit pour le père d'employer la force publique pour ramener l'enfant au domicile qu'il lui a assigné, soit contre la résistance de ceux qui le détiennent, soit contre celle de l'enfant lui-même. Ce droit du père a été reconnu expressément, lors de la discussion au conseil d'État, par le premier consul, qui disait : « S'il se permet de quitter la maison paternelle, le père a le droit de le faire ramener. » Ce droit découle aussi de l'art. 374 lui-même. Il faut bien que cette disposition de la loi ait une sanction, et celle dont nous parlons est la seule possible. En vain opposerait-on à cette solution qu'il s'agit ici d'une contrainte par corps, qui ne peut pas être admise sans un texte exprès de loi (art. 2063, C. N.) et qui de plus est complétement prohibée entre parents en ligne directe. (L. 17 avril 1832, art. 19, 2°). Il ne s'agit ici nullement d'une contrainte par corps dans le sens des art. 2059, sq. du Code Napoléon, et de la L. du 17 avril 1832, c'est-à-dire d'une contrainte par corps pour une dette pécuniaire. Ce que ces textes législatifs restreignent à bon droit, c'est l'emploi de la contrainte personnelle pour forcer indirectement un débiteur à payer ; c'est une voie d'exécution contre la personne en vertu d'un titre qui ne porte que sur les biens. Mais ici c'est toute autre chose ; l'emploi de la force contre la personne de l'enfant est la sanction directe du

Digitized by Google

droit de garde; elle est la mise en vigueur contre la personne d'un droit qui porte aussi immédiatement sur la personne. De ce que la loi vous reconnaît le droit à une somme d'argent, il ne s'ensuit pas qu'elle vous reconnaisse le droit d'emprisonner votre débiteur. Mais lorsque la loi vous dit : vous avez le droit de retenir telle personne; c'est comme si elle vous disait : vous avez le droit d'employer la force pour cela. En un mot l'emploi de la contrainte personnelle est la conséquence directe et nécessaire de l'art. 374, parce qu'elle est le seul moyen de l'exécuter.

Conformément à ces considérations, nous admettrons qu'il ne sera pas nécessaire qu'il y ait un jugement, comme pour la contrainte par corps; mais qu'il suffira que l'ordre d'arrestation soit délivré par le président du tribunal en référé. S'il y avait urgence, *cette* décision ne souffrirait aucun doute en présence de l'art. 806, Pr. Mais même lorqu'il n'y a pas urgence, nous donnerons la même solution en raisonnant *a fortiori* de l'art, 377 : puisque le président peut délivrer seul sur la requête du père, l'ordre d'arrestation de l'enfant pour le faire détenir, à bien plus forte raison, peut-il délivrer l'ordre de le réintégrer au domicile paternel.

Outre l'action, du père contre l'enfant ou ceux qui le retiennent injustement, il pourrait encore y avoir des poursuites du ministère public, soit contre l'enfant lui-même, pour vagabondage (Code pén. art. 269 et 271, 2e al.); soit contre ceux qui le retiennent, pour crime de détournement de mineur (C. pén. art. 354), ou de séques-

Digitized by Google

tration illégale (Code pén. art. 341, sq. et I. c. art. 615, sq.).

L'art. 374 fait exception au droit de garde en faveur de l'enrôlement volontaire, à partir de l'âge de 18 ans de l'enfant. Cet âge a été élevé jusqu'à 20 ans par la L. 21 mars 1832, art. 32, 5°. L'explication de cette disposition, telle que nous la trouvons dans les travaux préparatoires, est légèrement empreinte des préoccupations politiques de l'époque, fortement tournées vers la guerre (1). Aussi n'y a-t-il pas de motif d'une valeur bien durable ; en effet, quelle urgence y a-t-il, hors des temps de guerres presque continuelles, à permettre aux jeunes gens de s'enrôler de si bonne heure ? Et s'il est vrai, comme le disait M. Bigot, que l'autorité paternelle cesse pour le service public (principe que je n'admets que sous bénéfice d'inventaire), encore faut-il que l'utilité publique soit manifeste et considérable. Aussi cette disposition n'a été que transitoire ; car on peut dire que la loi de 1832, en élevant l'âge jusqu'à 20 ans, c'est-à-dire en devançant d'une année seulement la majorité légale, a donné tort à toutes les belles phrases que l'on avait prononcées sur ce sujet en 1804. La seule raison qui ait fait maintenir cette légère exception dans la loi de 1832, c'est qu'à 20 ans est fixé l'âge de la conscription, et qu'alors il était impossible de refuser à l'enfant, qui va, peut-être, être appelé par le sort à servir dans les armées, la faculté de s'assurer en devançant cet appel forcé, les avantages offerts à l'engagement volontaire.

(1) Cette disposition existait dans notre ancien droit ; mais elle avait alors un motif qu'elle n'a plus maintenant ; la conscription n'existant pas, cette règle avait pour but de faciliter le recrutement des armées.

Digitized by Google

Le droit de garde finit, comme l'autorité paternelle dont il n'est qu'une fonction, par la majorité (art. 372), par l'émancipation de l'enfant (art. 372 et 108); par la déchéance prononcée dans l'art. 335 du Code pénal; par l'abus habituel, conformément à ce que nous avons dit en traitant de la cessation de la puissance paternelle en général; enfin en cas de divorce, d'abord pendant l'instruction de la demande le tribunal peut enlever la garde au père (art. 266) pour la donner à la mère ou à une autre personne; ensuite, une fois le divorce prononcé, le père contre qui le divorce a été prononcé perd de plein droit la garde des enfants, à moins que le tribunal ne la lui conserve expressément; elle passe de plein droit à la mère qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal n'en dispose autrement en vertu de son pouvoir discrétionnaire (art. 307). Si c'est le père qui a obtenu le divorce, il conserve alors la garde, sauf une disposition contraire du jugement de divorce (art. 307).

Digitized by Google

TITRE IV.

DROIT DE CORRECTION.

Le droit de correction est la sanction des divers droits de l'autorité paternelle. En plaçant cette arme entre les mains des parents et en leur donnant une certaine latitude pour son emploi, le Code a rempli en partie les lacunes laissées par sa détermination incomplète, des rapports juridiques entre les parents et les enfants. Et il faut rendre cette justice aux rédacteurs du Code, qu'ils paraissent avoir eu conscience de la portée à ce point de vue du droit qu'ils établissaient. C'est ce qui inspirait M. Albisson lorsqu'il disait devant le Corps-législatif sur l'art. 375 et les suivants : « Toute puis-» sance directrice ou régulatrice suppose l'emploi d'une » force coercitive quelconque. » Ainsi le droit de correction est le moyen pour les parents d'exercer sur leurs enfants le pouvoir directeur qui leur appartient, comme nous l'avons démontré plus haut.

A côté de cela les rédacteurs du Code ont été excessivement préoccupés de la crainte des abus. Tout pouvoir en dehors de l'omnipotence de l'État, était alors, et est encore trop souvent, l'objet de tous les soupçons, de toutes les défiances. Heureusement on n'a pas écouté l'avis de ceux qui proposaient le moyen facile, et trop souvent employé par nos législateurs, de supprimer le droit par crainte des abus que l'on pouvait en faire. Le

Digitized by Google

droit de correction du père a été explicitement reconnu. En cas d'insuffisance des moyens ordinaires de répression laissés à la disposition du père dans l'intérieur de la famille et dont la loi n'a pas jugé à propos de s'occuper, elle a mis à sa disposition les moyens plus énergiques, dont elle dispose, c'est-à dire la détention pendant un certain temps. Seulement ce droit a été réglementé et soumis au contrôle de la justice, avec certaines distinctions. La mère ne peut jamais faire détenir son enfant qu'en soumettant ses motifs au contrôle du juge, éclairé par l'avis de deux parents paternels ; le père peut le faire détenir tantôt de sa propre autorité, tantôt uniquement par voie de réquisition impliquant le contrôle de la justice.

De là naît naturellement notre division.

Nous partagerons ce titre en deux chapitres :

1° Pouvoir correctionnel du père ;

2° Pouvoir correctionnel de la mère.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

POUVOIR CORRECTIONNEL DU PÈRE.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :
1° Correction par voie d'autorité ;
2° Correction par voie de réquisition ;
3° Règles communes aux deux modes.

SECTION PREMIÈRE.

Correction par le père par voie d'autorité.

Art. 375. « Le père qui aura des sujets de mécon-
» tentement très-graves sur la conduite d'un enfant,
» aura les moyens de correction suivants : »

Art. 376. « Si l'enfant est âgé de moins de seize ans
» commencés, le père pourra le faire détenir pendant
» un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet
» effet, le président du tribunal d'arrondissement de-
» vra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. »

Pour que ce droit existe, quatre conditions sont exigées par l'art. 376 et par les art. 380 et 382 que nous expliquerons plus loin. Il faut :

1° Que l'enfant n'ait pas quinze ans révolus;
2° Que le père ne soit pas remarié ;
3° Que l'enfant n'ait pas de biens personnels;

Digitized by Google

4° Qu'il n'ait pas un état.

Moyennant ces conditions, le père peut faire détenir son enfant par voie d'autorité pendant un mois. On a jugé qu'une détention d'un mois serait toujours suffisante pour triompher des résistances d'un enfant aussi jeune, et dans ces limites, on n'a pas craint que le père n'abusât du pouvoir qu'on lui accordait. Le père doit seulement s'adresser au président du tribunal de l'arrondissement de son domicile pour obtenir l'ordre d'arrestation : en effet, aucun particulier ne peut disposer de la force publique, ni détenir lui-même une autre personne ; c'est là un principe élémentaire de la sécurité sociale. Mais le président a pour rôle uniquement d'accomplir, ou, si l'on veut, de légaliser la volonté du père ; il doit la prendre telle quelle, il n'a pas à la contrôler. Il n'est pas juge de la force des motifs donnés par le père; car le père est souverain en cette matière, il peut ne pas donner de motifs; et, s'il en donne, il peut ne pas donner les véritables pour étouffer dans la famille des faits qu'il ne juge pas à propos de divulguer. C'est même le vœu de la loi, que les écarts des enfants ne soient pas connus, et que la correction qui doit être un remède salutaire, ne devienne pas une souillure ineffaçable sur leur vie tout entière ; nous en verrons une preuve manifeste dans l'art. 378.

Est-ce à dire pourtant que le président n'exercera pas une certaine surveillance sur la volonté du père ? Non, certes. On s'adresse à lui, on lui demande de sanctionner une mesure ; apparemment cette demande ne doit pas être une simple formalité ; l'emploi de la force est précisément refusé aux particuliers et remis dans quelques mains choisies, pour empêcher qu'on

Digitized by Google

n'en abuse. Le président devra donc d'abord vérifier si le père se trouve bien dans les conditions exigées par la loi. Ceci étant reconnu, il faudra encore que le père allègue, et allègue au moins avec une apparence de fondement, « des sujets de mécontentement très-graves; » car la loi ne lui donne le droit de correction que pour ce cas. Il n'est pas obligé de spécifier ces sujets de mécontentement, mais encore faut-il qu'il allègue qu'il en a. S'il venait avouer lui-même que c'est par pur caprice ou par haine qu'il agit; ou s'il était notoire qu'il maltraite ses enfants sans motifs; je crois que le président devrait refuser l'ordre d'arrestation. Ce n'est pas vers des cas pareils que sont dirigés les art. 375 et suivants. Enfin le président aurait bien le droit d'adresser au père quelques conseils sur l'opportunité de sa démarche pour le bien de son enfant, de s'efforcer d'empêcher que le père n'agît sous l'empire de la colère, etc.; mais toujours si le père persistait, il devrait donner l'ordre, et cela sans délai, car il n'a pas, nous le répétons, à juger, à contrôler sa volonté, mais uniquement à vérifier s'il est dans les termes de la loi.

SECTION II.

Correction par le père par voie de réquisition.

Art. 377. « Depuis l'âge de seize ans commencés » jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra » seulement requérir la détention de son enfant pen-

Digitized by Google

» dant six mois au plus; il s'adressera au président du-
» dit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le pro-
» cureur du roi, délivrera l'ordre d'arrestation ou le
» refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le
» temps de la détention requis par le père. »

Les formalités sont très-bien expliquées par cet article, le père ne fait plus que requérir la détention de son enfant. C'est le président qui est juge, qui décide de l'opportunité de la mesure, après en avoir conféré avec le procureur impérial. Aussi c'est à lui d'apprécier les griefs du père, et le père est par conséquent obligé de les lui faire connaître. La loi est maintenant préoccupée avant tout de l'intérêt de la liberté de l'enfant, et elle veut l'entourer de toutes les garanties.

Le président, ainsi que cela résulte de l'article, peut *refuser* l'arrestation ou *abréger* le délai; mais il ne peut l'augmenter. Il s'agit toujours d'une correction paternelle; c'est le père qui peut le mieux apprécier le degré de punition nécessaire à la direction de l'enfant, et lui seul a droit de faire cette appréciation. On a craint que certains pères n'abusassent de leurs droits; on n'a pas dû chercher à réprimer un excès inverse, d'autant plus que la clémence est le plus bel apanage et quelquefois l'arme la plus puissante de l'autorité paternelle.

A partir de quinze ans, comme les écarts de l'enfant peuvent être plus graves, la durée maximum de la détention a été élevée jusqu'à six mois. C'était une raison de plus pour l'entourer de plus de précautions.

Pour que le père soit obligé d'agir par voie de réquisition, il faut la réalisation de l'une des quatre conditions, inverses de celles que nous avons énumérées dans

Digitized by Google

la section précédente. Ces causes qui forcent le père à prendre cette voie sont les suivantes :

1re Cause. — *Si l'enfant a plus de quinze ans révolus.*

Nous avons vu qu'il résulte de la loi que cet âge de l'enfant, étend et restreint à la fois le pouvoir du père. La détention peut être plus longue, mais le contrôle du président est souverain. Ce contrôle plus efficace est motivé précisément par la possibilité d'une plus grande durée dans la peine. En outre, il est vrai de dire que, même à égalité de durée, l'arrestation et la détention sont plus graves pour l'enfant plus âgé : sa réputation en est plus sérieusement atteinte; son éducation en souffre davantage, enfin le sentiment de l'indépendance est plus développé et supporte plus difficilement la contrainte.

Il faudra produire devant le président l'acte de naissance de l'enfant pour montrer dans quelle période on est et lequel des art. 376 ou 377 devra être appliqué.

2e Cause. — *Si le père est remarié.*

Art. 380. — « Si le père est remarié, il sera tenu, » pour faire détenir son enfant du premier lit, lors » même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se » conformer à l'art. 377. »

La loi ne suppose plus au père la même tendresse ni la même impartialité. Elle craint l'influence de la belle-mère; le nom de marâtre aurait suffi à lui seul pour armer le législateur de toutes ses foudres.

Digitized by Google

Mais le père, s'il vient à perdre sa seconde femme, ne recouvre-t-il pas le droit de faire détenir par voie d'autorité ses enfants du premier lit, mineurs de quinze ans? — C'est une question controversée. Une question analogue se présente pour la mère remariée et redevenue veuve pour la seconde fois; il s'agit de savoir si elle recouvre le droit de correction, qu'elle avait perdu absolument par son second mariage. Ce que nous dirons ici du père s'appliquera aussi à la même question relative à la mère.

Un premier système soutient que le père, veuf pour la seconde fois, ne recouvre pas le droit de correction par voie d'autorité sur ses enfants du premier lit. Le droit de correction par voie d'autorité est, dit-on, enlevé au père par l'art. 380, dès qu'il s'est remarié; or aucun texte ne le lui rend dans le cas où sa seconde femme vient à mourir; donc il doit en rester privé.

On invoque aussi l'analogie de ce qui a lieu, dans l'opinion de beaucoup d'auteurs, en cas de perte de l'usufruit légal par la mère remariée: on ne le lui fait pas recouvrer lorsqu'elle redevient veuve.

Enfin, dit-on, il y a sans doute moins de raisons pour se défier du père, puisque la belle-mère n'est plus là pour agir sur lui; mais pourtant l'altération qu'ont subie ses affections subsiste toujours; d'autre part, les enfants du premier lit sont eux-mêmes moins affectionnés pour leur père, ils l'irriteront donc plus facilement, peut-être sans motif bien grave; il faut donc prendre toujours les mêmes précautions contre l'emportement du père.

Je pense néanmoins qu'il faut rendre au père le droit de correction tel qu'il l'aurait, s'il ne s'était pas re.na-

Digitized by Google

rié. Philosophiquement, le père devrait conserver son droit de correction plein et entier tant qu'il n'en aurait pas abusé lui-même habituellement. Le législateur vient restreindre son droit en vertu d'une suspicion générale d'abus possibles, suspicion motivée sur l'état des mœurs reconnu en fait par lui. Le législateur a sans doute droit d'agir ainsi; parce que chaque homme, en entrant dans la société civile, doit sacrifier quelque chose dans la modalité de ses droits en vue de rendre possible leur coexistence avec ceux des autres hommes. Mais il est évident que de pareilles limitations doivent être entendues strictement; car chacun ne doit que les sacrifices qui lui sont expressément demandés.—Tel est aussi l'esprit du Code : il reconnaît au père le droit de correction par voie de réquisition, c'est-à-dire avec l'avantage inappréciable du secret, sur l'enfant mineur de quinze ans; pour enlever ce droit ainsi reconnu, il faudrait un texte exprès. Or il n'y en a pas. Je n'argumenterai pas strictement du texte de l'art. 380, qui dit : « le père remarié »; on pourrait soutenir qu'il ne doit s'appliquer qu'au père actuellement remarié, dont le second mariage subsiste encore. J'accorde que cet argument voudrait tirer du texte plus que ce qui a dû être dans la pensée de ses rédacteurs; mais je n'ai pas besoin d'y trouver une consécration expresse de mon opinion. Il suffit qu'il n'établisse pas l'opinion contraire; car dès lors le principe subsiste; le père conserve un droit que le Code lui a accordé et ne lui enlève pas.

Mais, me dit le premier système, l'art. 380 lui a enlevé ce droit, et il faudrait, au contraire, un texte pour le lui rendre. — Je réponds que cet argument est une pétition de principe : il s'agit précisément de savoir, si

Digitized by Google

le texte enlève le droit absolument ou seulement pendant le temps du second mariage. Tant que vous n'aurez pas prouvé que ces mots : « si le père est remarié »; veulent dire « dès que le père est ou a été remarié »; vous n'aurez pas prouvé que ce droit lui soit enlevé après la mort de sa deuxième femme; et je serai en droit de conclure que ce qui ne lui est pas enlevé lui reste.

Quant à l'argument tiré de la cessation de l'usufruit légal de la mère remariée, comme il repose sur une question controversée et dont la solution dépend de considérations étrangères à notre sujet actuel; il ne peut pas nous être opposé, même comme argument *ad hominem*, quel que soit d'ailleurs le parti que nous prendrons sur cette autre question.

Enfin, quand même on admettrait qu'il reste encore quelques minces dangers après la mort de la seconde femme; comme ils sont loin d'être les mêmes que pendant sa vie, l'argument par analogie est sans valeur, en supposant même qu'un argument par analogie pût suffire pour nous faire introduire une exception aux principes, une restriction à un droit positivement reconnu par le Code.

3° et 4° cause. — *Si l'enfant exerce un état ou s'il a des biens personnels.*

Art. 382, 1er al. — « Lorsque l'enfant aura des biens » personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa déten- » tion ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir » lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite » par l'art. 377. »

Si l'enfant exerce un état. En effet sa détention inter-

Digitized by Google

rompt cet état et peut même le lui faire perdre; elle est donc quelque chose de beaucoup plus grave pour lui. On peut ajouter aussi qu'il a droit à plus d'égards, parce que sa personnalité est plus développée; il est habitué à plus d'initiative, à plus d'indépendance; il sent aussi plus la valeur de l'opinion publique. Sa détention sera donc beaucoup plus pénible; et demande, par conséquent, à être entourée de plus de précautions.

Pour *exercer un état*, il suffit que l'enfant ait un emploi lucratif de quelque nature qu'il soit; c'est tout ce qu'exigent les termes de la loi. Il n'est certainement pas nécessaire qu'il soit *établi*, qu'il soit *maître* ou *patron*; ce qui serait bien difficile à trouver avant quinze ans.

S'il a des biens personnels. Si l'on scrute sérieusement les motifs, qui ont fait faire dans ce cas une dérogation aux règles ordinaires, on est contraint d'avouer qu'ils ne présentent pas une grande solidité. Voici comment Cambacérès motivait cette dérogation en la proposant sous forme d'amendement : « Si cet enfant a pour père » un dissipateur, il est hors de doute que le père cher- » chera à le dépouiller, qu'il se vengera des refus de » l'enfant, et que peut-être il lui fera acheter sa liberté. » Et ces paroles ont été répétées par M. Réal dans l'Exposé des motifs : il était hors de doute pour l'un comme pour l'autre que le père dissipateur dépouillerait son enfant. Nous n'avons pas les hautes lumières de ces messieurs, mais nous avouons ne pas voir comment un père pourrait dépouiller un enfant mineur de quinze ans, et, par conséquent, frappé de l'incapacité la plus absolue. Il est certain que l'enfant n'a pas la disposition du moindre de ses biens (art. 1124, 1305), même par testament (art. 904); ni même l'administration

Digitized by Google

(art. 386, 387, 389). Qu'est-ce donc que le père peut avoir à lui demander? Que peut-il espérer en obtenir? Evidemment nos législateurs se sont payés de mots. — S'il faut néanmoins trouver à l'appui de cette disposition une raison qui, certainement, n'a pas été dans la pensée de ses rédacteurs; on pourrait dire que le père pourrait vouloir écarter violemment l'enfant propriétaire pour malverser plus à son aise. Encore faudrait-il supposer que la présence de l'enfant le gêne beaucoup, ce qui sera bien rare. Que l'on trouve, si l'on peut, une meilleure raison. — On pourrait dire encore que le père pourrait forcer l'enfant à s'engager à ne pas lui demander de comptes, dans l'espoir que l'enfant se croirait plus tard tenu d'exécuter ces engagements, quoiqu'ils soient nuls en droit. Il faut avouer que bien léger serait un père qui calculerait sur un pareil espoir, et que si la loi se laisse arrêter par des craintes de ce genre, elle n'osera jamais plus reconnaître aucun droit à personne.

Dans les trois derniers cas que nous venons d'examiner une question se présente : quel sera le maximum de la durée de la détention? Un mois ou six mois? Appliquera-t-on ici la règle de l'art. 376 ou celle de l'art. 377?

On a soutenu que l'enfant, quoique mineur de quinze ans, pourrait, dans le cas des art. 380 et 382, être détenu pendant six mois. En effet, dit-on, les art. 380 et 382 renvoient à l'art. 377, et non à l'art. 376, auquel ils ont au contraire pour but de déroger. Or, la durée permise par l'art. 377 est six mois. On ajoute que le maximum restreint d'un mois est motivé par la crainte d'abus de la part du père, quand il peut prononcer

Digitized by Google

seul ; mais que, du moment que le contrôle du président vient offrir plus de garanties, la loi accorde une plus grande latitude ; la sagesse du président la rassure contre tout abus.

Je pense au contraire avec la majorité des auteurs, que le maximum de la détention sera alors d'un mois seulement. En effet, l'art. 376, dans sa première proposition, pose en principe que la détention d'un enfant de quinze ans ne pourra excéder un mois. La deuxième proposition règle la procédure à suivre. Or, les art. 380 et 382 ne s'occupent aussi que de la procédure, et ne renvoient à l'art. 377 que pour les formes à suivre : « le père est tenu de *se conformer à l'art.* 377 » (art. 380) ; — « en la forme de l'art. 377» (art. 382). Donc, la première proposition de l'art. 376, reste entière : l'enfant mineur de quinze ans ne peut pas être détenu plus d'un mois.

Les art. 380 et 382 sont conçus dans une idée de faveur pour l'enfant ; c'est ce qui est surabondamment démontré par les travaux préparatoires et par le texte de ces articles, manifestement restrictif des droits du père.

Enfin, le motif de l'élévation du maximum par l'art. 377 est la possibilité d'écarts plus graves, et c'est seulement parce qu'il fallait l'élever qu'on a dû entourer la détention de plus de garanties. C'est renverser complétement l'ordre des idées que de dire qu'on a élevé le maximum uniquement, parce qu'il y avait plus de garanties.

La même discussion s'élève sur l'art. 381, qui règle les formes que devra employer la mère pour faire détenir son enfant et qui renvoie aussi à l'art. 377. Cette

Digitized by Google

question doit recevoir la même solution que celle que nous venons de voir et exactement pour les mêmes motifs.

Art. 382. 2e al. : « L'enfant détenu pourra adresser » un mémoire au procureur général près la cour royale. » Celui-ci se fera rendre compte par le procureur du » roi près le tribunal de première instance, et fera son » rapport au président de la cour royale, qui, après en » avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous » les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'or- » dre délivré par le président du tribunal de première » instance. »

Cet alinéa renferme une nouvelle garantie pour l'enfant, un sorte de droit d'appel au président de la cour impériale par l'intermédiaire du procureur général. L'article indique très-clairement la manière dont on devra procéder ; tout devra se traiter secrètement comme devant le président du tribunal.

Il faut observer que ce recours n'est pas suspensif, ni à plus forte raison la possibilité de ce recours. L'enfant doit commencer par aller en prison, la loi a accordé cela à l'autorité paternelle. Cette solution s'appuie d'abord sur le texte de l'article qui dit « l'enfant détenu » ; ensuite sur les travaux préparatoires : Cambacéres, en proposant notre alinéa sous forme d'amendement, a dit expressément : « Cette décision serait cependant exécutée par provision. » Et M. Vésin disait aussi au tribunat « que ce recours ne suspend pas l'exécution. » De même M. Réal.

Mais c'est une question controversée que de savoir si ce recours appartient à l'enfant toutes les fois que le père a agi par voie de réquisition, ou seulement dans les cas,

Digitized by Google

où l'enfant a un état ou une fortune personnelle, cas dont s'occupe le premier alinéa de l'art. 382.

Un premier système soutient que l'enfant n'a ce recours que dans les cas de l'art. 382, mais non pas lorsqu'il a plus de quinze ans ou lorsque le père est remarié. Ce système se fonde sur la place de la disposition qui nous occupe : se trouvant dans l'art. 382, elle doit naturellement s'appliquer aux seuls cas prévus par le commencement de l'article ; autrement on en aurait fait une disposition à part. On invoque aussi les travaux préparatoires : c'est Cambacérès qui a fait introduire ce droit d'appel, et il ne le propose que comme une nouvelle précaution à prendre dans le cas où l'enfant aurait une fortune personnelle. M. Réal disait bien aussi devant le Corps législatif : « Il est même de toute justice, *dans cette dernière hypothèse* (celle de l'art. 382) que l'enfant soit autorisé, etc. »

Malgré la force de ces raisons, je crois qu'il faut entendre d'une manière tout à fait générale le second alinéa de l'art. 382. D'abord rationnellement il n'y a absolument aucune raison pour faire une différence entre quelques cas et les autres. Y a-t-il plus de dangers à prévoir quand l'enfant a un état ou une fortune personsonnelle, que quand le père est remarié ou quand l'enfant a atteint sa seizième année ? Non, évidemment. Dès lors pourquoi faire dans la loi une distinction absolument déraisonnable ? Nous devons au moins faire l'honneur à nos législateurs de croire qu'ils ont voulu établir ce qui était le plus raisonnable, et qu'ils ont eu assez d'esprit pour l'apercevoir. Nous devons donc, jusqu'à preuve du contraire, admettre une présomption en faveur de la généralité de l'art. 382, 2e alinéa.

Digitized by Google

Or cette présomption est confirmée par la généralité absolue du texte : « L'enfant détenu pourra..... » Il ne dit pas : dans ce cas, dans les cas prévus par le 1er alinéa. Il parle tout à fait en général. Sans doute cette disposition eût été mieux placée dans un article à part. Mais peut-on argumenter bien fortement de sa place dans l'art. 382 ; on l'a mise là, parce qu'elle avait été introduite après coup, et à propos de la première disposition ; il n'est nullement clair qu'on ait voulu la limiter à cette hypothèse. Suffit-il d'une considération aussi légère pour introduire dans notre loi une anomalie tout à fait inexplicable ?

Si nous consultons les travaux préparatoires, que trouvons-nous ? Sans doute l'idée d'un recours en appel n'est venue dans l'esprit de Cambacérès qu'à propos des hypothèses de l'art. 382. C'est aussi en se restreignant à ces cas que cette disposition a été présentée au Tribunat : le 1er alinéa actuel n'en faisait qu'un avec le second qui était encore à l'état rudimentaire. Mais ensuite, après les observations du Tribunat qui n'en avait pas compris toute la portée, cette seconde partie se développe, prend un corps et conquiert une place dans un alinéa à part, sans aucune formule pour la restreindre aux hypothèses du 1er alinéa. C'est sous cette forme que l'article est communiqué officiellement au Tribunat ; et M. Vésin au nom de la commission propose l'adoption en interprétant le 2e alinéa d'une manière tout à fait générale ; il ne parle du recours en appel qu'après avoir résumé toutes les dispositions du projet et avoir dit : « Tel est, tribuns, le système et l'ensemble des dispositions de la loi. » Le Tribunat émet un vœu approbatif, il admet donc l'interprétation de sa commission.

Nous arrivons enfin devant le Corps législatif. Il ne

Digitized by Google

faut pas oublier que c'est le Corps législatif qui vote la loi ; c'est lui le véritable législateur ; c'est sa pensée que nous devons rechercher. Or, sans doute, M. Réal vient reproduire presque textuellement les observations de Cambacérès, et limite l'innovation aux cas de l'art. 382, 1er al. Mais M. Albisson, au nom du Tribunat, présente la chose d'une manière tout à fait générale : il isole complétement la deuxième disposition de l'art. 382 de la première; il place entre elles deux l'explication de l'art. 381, et, seulement alors il vient dire : « *Dans tous les cas*, l'enfant détenu peut réclamer... » Eh bien ! je le demande, en présence d'un texte parfaitement susceptible de se prêter à une interprétation générale et rationnelle, en présence de deux interprétations contraires, l'une étroite et sans motif, l'autre juste et raisonnable, ne pouvant rien dire eux-mêmes, qu'ont pu vouloir admettre nos législateurs ? Sans doute, ce qui était conforme à la raison, ce qui mettait dans la loi un accord parfait. Ils n'ont pas pu vouloir faire de différence entre deux cas exactement les mêmes, surtout ne sachant pas ce qui s'était passé au conseil d'Etat, et la naissance purement occasionnelle de cette disposition.

On peut enfin demander si le père n'aura pas aussi une voie de recours contre la décision du président. Je ne pense pas qu'il puisse en appeler de la décision du président sur sa réquisition en elle-même ; ce droit n'est reconnu par la loi qu'à l'enfant ; et comme nous sommes dans une matière en dehors des règles ordinaires du droit commun, on ne peut pas argumenter des règles ordinaires sur l'appel. Mais si le débat s'élevait sur le droit même du père, sur la question de savoir, par exemple, s'il a droit d'agir par voie d'autorité ou de ré-

Digitized by Google

quisition, je pense que le père devrait avoir le moyen de faire reconnaître son droit malgré la résistance du président. La question engagée est alors une question de droit, qui rentre dans les questions ordinaires; rien ne nous autorise à donner sur ce point au président un pouvoir souverain et sans appel. Le père pourra donc, dans ce cas, recourir contre la décision du président, d'abord devant le tribunal lui-même, ensuite en appel, et même en cassation, s'il y a une question purement juridique engagée dans le débat, comme, par exemple, celle de savoir si le père, qui a perdu sa seconde femme, peut agir par voie d'autorité.

SECTION III.

Règles communes aux deux modes de correction.

1re Règle. — *Absence de toute formalité et d'écritures judiciaires.*

Art. 378. — « Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, » aucune formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même » d'arrestation dans lequel les motifs n'en seront pas » énoncés.

» Le père sera seulement tenu de souscrire une sou- » mission de payer tous les frais, et de fournir les ali- » ments convenables. »

Le premier alinéa est conçu dans un esprit très-libéral; il défend toute écriture et toute formalité judiciaire

Digitized by Google

sauf l'ordre même d'arrestation, afin d'éviter pour l'enfant la publicité qui pourrait nuire à sa réputation pour l'avenir, et afin qu'il ne reste aucune trace dans les archives de la justice de la correction qu'il aura subie. Cette disposition est aussi libérale en ce sens qu'elle favorise le libre exercice de la puissance paternelle, en supprimant toutes les entraves que les formalités de procédure pourraient lui imposer.

La détention ne doit pas avoir lieu dans une maison de correction. L'art. 376 portait primitivement que le père pourrait faire détenir l'enfant « dans une maison de correction. » Ces derniers mots ont été effacés sur l'observation du consul Lebrun, que « ce serait les envoyer au crime. » Et M. Bigot nous dit que le vœu du législateur serait que l'on établît des maisons spéciales pour cela. Conformément à ce vœu, il existe dans plusieurs endroits des maisons à ce spécialement destinées, telles que celle des dames du *Refuge de Saint-Michel*, instituée par le décret du 30 septembre 1807, qui, dans son art. 3, autorise ces dames à recevoir les enfants détenus en vertu du droit de correction paternelle. A Paris on a fondé une maison à cet effet pour les jeunes garçons, rue de la Roquette ; les filles sont ordinairement détenues dans le couvent de la Madeleine. La réception des enfants dans ces maisons doit, pour des raisons à la fois d'ordre intérieur et de responsabilité à l'égard des parents et de la société, être consignée sur le registre de ces maisons ; mais, ce registre n'ayant aucun caractère infamant, cette mention ne déroge pas au vœu de la loi.

Malheureusement dans bien des villes, il n'existe aucune maison spéciale pour la détention correctionnelle

Digitized by Google

des enfants ; et, faute de mieux, force est bien de les enfermer dans les maisons de correction.

Mais alors il faut se demander si le gardien de la maison doit dresser un procès-verbal d'écrou avec copie sur le registre de l'ordre d'arrestation.

Cela a été soutenu en vertu de l'art. 609 du Code d'instruction criminelle et des art. 789 et 790 du Code de procédure, qui imposent absolument et très-strictement au gardien cette obligation. Il faut bien, ajoute-t-on, une constatation de la réception de l'enfant pour la responsabilité du gardien.

Je pense que le gardien ne doit jamais dresser un procès-verbal d'écrou pour un enfant détenu par l'effet de la correction paternelle. Les art. 609, instruction criminelle, et 789-790 pr. posent une règle générale sans doute; mais toute règle peut souffrir des exceptions en vertu d'un texte formel. Or, l'art. 378 est formel sur ce point : il ne doit y avoir aucune écriture, si ce n'est l'ordre même d'arrestation. On peut ajouter aussi que les articles mentionnés s'appliquent aux gardiens des maisons de correction, agissant comme tels ; mais que le cas qui nous occupe ne rentre pas dans les attributions auxquelles se réfèrent ces articles. Ici la maison de correction sert, à défaut d'autre, pour un usage autre que celui auquel elle est destinée ; les règles ordinaires ne sont pas faites pour ce cas. — Mais, dit-on, il faut bien que l'entrée de l'enfant soit constatée. Oui, sans doute ; on devra, en effet, l'inscrire sur un registre ; mais, pour se conformer au vœu de la loi, on devra tenir à cet effet un registre à part, distinct de celui sur lequel on inscrit les prisonniers, et l'on ne devra pas copier l'ordre d'arrestation délivré par le président.

Digitized by Google

La deuxième disposition de l'art. 378 a soulevé une controverse par suite de sa rédaction un peu amphibologique. Il s'agit de savoir si le père est obligé de verser d'avance une somme pour les aliments ou s'il doit seulement souscrire d'avance une soumission de les payer.

On a soutenu que dans le texte ces mots « et de fournir les aliments », dépendent du mot « tenu » et non du mot « soumission »; le père, dit-on, est tenu de souscrire...., et de fournir les aliments convenables. En outre on argumente par analogie de ce qui a lieu toujours pour la contrainte par corps: le créancier est tenu de consigner d'avance au moins un mois d'aliments (art. 789, 5°; 791 et 800, 4° pr; — L. 17 avril 1832, art. 28).

Nous croyons, au contraire, que dans le doute il faut adopter la solution qui entrave le moins la puissance paternelle. Il ne s'agit pas ici d'une contrainte par corps, toujours exceptionnelle, toujours restreinte par la loi, mais d'un droit éminemment salutaire et favorable, à l'exercice duquel le premier alinéa de l'art. 378 supprime toute entrave. — Or il est évident que le doute est au moins possible; car on peut très-bien entendre le texte en ce sens que le père doit souscrire une *soumission de* payer tous les frais et *de* fournir..... Donc nous sommes autorisés à admettre que l'engagement du père suffit sans consignation préalable. — Mais il y a plus: les travaux préparatoires sont très-formels dans ce sens. Le projet primitif portait: « après avoir fait souscrire par le » père une soumission de payer tous les frais et de four- » nir des aliments convenables. » La rédaction a été changée uniquement pour faire un alinéa à part, et sans que la discussion indique aucun changement dans la

Digitized by Google

pensée des rédacteurs. Tout au contraire, en présence même de la dernière rédaction, M. Vesin explique encore au Tribunat notre alinéa dans le sens que nous lui donnons. Cette solution paraît donc incontestable.

Nous voyons même en fait que l'administration dispense souvent les pères indigents de faire cette soumission et de rien payer. Nous croyons cette dispense conforme à la légalité; ici les règles spéciales de l'asssistance publique pour les indigents viennent modifier la règle générale du Code Napoléon, en se combinant avec elle. Il est certain qu'il y a là pour l'administration un droit auquel elle peut renoncer par des motifs de bienfaisance. On n'a pas à craindre sérieusement que les pères n'abusent du droit de correction pour se décharger des frais de nourriture de leur enfant, puisque d'abord il faut des certificats d'indigence, délivrés par le juge de paix et le maire ou le commissaire de police, et qu'en outre, si la détention peut durer plus d'un mois, il faut l'approbation des motifs du père par le président. Autrement le droit de correction serait bien souvent paralysé par l'impossibilité où sont quantité de parents de nourrir leur enfant hors du logis commun.

2e Règle. — *Droit de grâce.*

Art. 379, 1re disposition : — « Le père est toujours » maître d'abréger la durée de la détention par lui or- » donnée ou requise. »

Toute latitude est laissée au père sur ce point : il peut faire cesser la détention quand il veut ; il peut même ne pas l'exécuter du tout. Cette règle est de toute justice : la loi ne devait pas enlever à la puissance pater-

Digitized by Google

nelle son plus bel apanage, qui est de pardonner, et d'agir en se faisant aimer, bien plus qu'en se faisant craindre, tant que l'espoir reste de procurer le bien de l'enfant sans employer les lois de rigueur.

3e Règle. — *L'enfant peut de nouveau être détenu pour de nouvelles fautes.*

Art. 379, 2e disposition : — « Si, après sa sortie, » l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention » pourra de nouveau être ordonnée de la manière pres- » crite aux articles précédents. »

Cette règle se trouvant dans le même article que la précédente, sans même former un alinéa à part, on pourrait être tenté de soutenir que le droit de faire enfermer de nouveau l'enfant n'appartient au père que lorsqu'il l'a gracié une première fois. Mais cette prétention, fondée tout au plus sur une légère inexactitude de rédaction, ne serait pas soutenable. Il n'y a en effet aucune raison sérieuse de faire une différence entre le cas de grâce préalable et celui où l'enfant a subi sa peine : sans doute l'enfant gracié qui retombe dans de nouveaux écarts est moralement un peu plus coupable qu'un autre, sa faute est compliquée d'ingratitude, mais ce n'est pas là une raison déterminante. Ce qui est important pour notre question, c'est de savoir si une seconde faute est moins coupable ou moins dangereuse que la première, qui a donné ouverture au droit de correction; or c'est certainement le contraire qui est vrai. D'ailleurs l'art. 376 est tout à fait général, il ne limite pas le nombre de fois que le droit de correction pourra être exercé ; non, il résulte de son texte que toutes les fois qu'il y aura faute, il y

Digitized by Google

aura lieu à la correction. Donc sans la 2e disposition de l'art. 379, on ne limiterait pas le droit du père. Ira-t-on jusqu'à dire que cette disposition est venue déroger à l'art. 376 et en restreindre l'application? Ce serait étrangement abuser d'une circonstance purement fortuite de rédaction.

On a hésité sur le point de savoir si, la seconde fois, le père pourrait encore agir par voie d'autorité, en supposant, bien entendu, qu'il soit d'ailleurs dans les conditions légales, ou s'il ne devrait pas toujours agir seulement par voie de réquisition. On voyait dans cette seconde détention une plus grande gravité, qui demandait plus de garantie. Et l'on trouvait un certain appui dans le texte de l'art. 379, en prétendant qu'il faut que le président constate s'il y a « de nouveaux écarts, » comme le demande cet article.—Mais il n'y aaucune raison sérieuse de faire une différence entre une première et une seconde détention. Quant aux « nouveaux écarts», on reconnaîtra sans doute que l'art. 379, n'exige pour leur contestation rien de plus que l'art. 375, qui parle de sujets « de mécontentements très-graves », c'est-à-dire que la seconde faute de l'enfant comme la première sera appréciée suivant les cas par le père ou par le président du tribunal. D'ailleurs, l'art. 379 se réfère lui-même à l'art. 376 : il dit que la détention sera « ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents. » Or, ces mots ne peuvent se référer ni à l'art. 375, ni à l'art. 378, qui ne s'occupent nullement de la manière d'ordonner la détention. Donc ils ne peuvent se référer qu'aux art. 376 et 377. Enfin le projet, qui admettait toujours le père à agir par voie d'autorité, augmentait le maximum de la détention en cas de récidive; il était donc

Digitized by Google

plus sévère pour l'enfant. Le projet a été modifié pour introduire la distinction de la voie d'autorité et de la voie de réquisition dans les termes des art. 376 et 377, mais rien n'indique la pensée de faire une nouvelle distinction entre la première faute et la récidive, surtout en faveur de l'enfant, puisqu'au contraire on était plus sévère pour lui.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

POUVOIR CORRECTIONNEL DE LA MÈRE.

Art. 381. — « La mère survivante et non remariée » ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours » des deux plus proches parents paternels, et par voie » de réquisition, conformément à l'art. 377. »

Rappelons d'abord le principe que nous avons établi plus haut; c'est que la mère, associée à l'autorité du père, et par le droit naturel, et par une disposition expresse du Code (art. 372), aura, à défaut du père, tous les droits de celui-ci, qui ne lui seront pas expressément refusés.

Rappelons-nous aussi que ce que la loi dit de la *mère* survivante, il faut le dire toutes les fois qu'à défaut du père, elle exerce la puissance paternelle, selon que nous l'avons établi plus haut. Dans tous les cas, où elle aura ainsi le droit de correction, elle l'exercera de la manière et avec les formalités que nous allons voir, quoique le Code ne parle que du prédécès du mari. Il y a évidemment les mêmes motifs dans tous ces cas.

Le droit de correction n'appartient directement à la mère que si elle n'*est pas remariée*. En effet, lorsqu'elle est remariée, elle est sous la puissance de son nouveau mari; lui conserver le droit de correction sur ses enfants du premier lit, cela aurait été en réalité le donner au second mari, qui n'y a aucun titre. Seulement si la mère avait été maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit, elle pourrait, en vertu de l'art. 468 et en employant

Digitized by Google

les formes de cet article, c'est-à-dire en se faisant autoriser par le conseil de famille, exercer, comme tutrice, le droit de correction.

Nous dirons que si la mère redevient veuve, elle recouvrera le droit de correction. La controverse sur cette question est exactement la même que celle que nous avons vue à l'égard du père veuf pour la seconde fois, et les arguments sont exactement les mêmes de part et d'autre. Nous n'avons donc pas besoin d'y revenir.

Le pouvoir correctionnel de la mère a été entouré de plus de précautions que celui du père. On a craint la faiblesse et les entraînements de son sexe; on a même, jusqu'à un certain point, cru répondre à son désir d'avoir dans un acte aussi grave l'appui des proches parents de l'enfant et de ne pas supporter seule la responsabilité d'une mesure de rigueur.

Aussi d'abord elle ne peut jamais agir que *par voie de réquisition*, conformément à l'art. 377; l'examen du président contrôlera et confirmera, s'il y a lieu, son appréciation personnelle.

Il faut en outre le *concours des deux plus proches parents paternels* de l'enfant. Et par *concours*, il faut entendre évidemment le consentement réel de ces parents, et non pas seulement la nécessité de leur demander un avis sans l'obligation de s'y conformer. Ils doivent agir tous les trois, comme dit fort bien M. de Belleyme, par voie de réquisition collective.

La loi parle des *deux plus proches* parents paternels; il ne faut pourtant pas entendre cela trop strictement, de manière à entraver le droit de la mère. Il faut dire que, comme pour le conseil de famille, à l'égard duquel la règle générale est la même, on pourrait, si les parents

Digitized by Google

les plus proches en degré étaient trop loin, appeler des parents d'un degré plus éloigné, mais qui se trouveraient sur les lieux ou dans le voisinage. Nous croyons même qu'en cas d'urgence, et toujours par suite de la même analogie, on pourrait appeler deux alliés ou amis du père. Mais ceci se rattache à la question que nous allons examiner immédiatement.

Que fera-t-on s'il n'existe pas de parents paternels?

Un premier système prétend que la mère ne pourra pas alors faire détenir son enfant. Le concours des deux plus proches parents est, dit-on, une condition *sine qua non;* si elle ne peut pas se réaliser, ce droit ne peut pas être exercé. — Mais ce système supprime un droit sans aucun texte, et sans démontrer l'assertion sur laquelle il se fonde.

Un autre système permet à la mère de requérir la détention de son enfant sans le concours de personne. La présence des parents limitait le droit de la mère; eux disparus, elle doit, dit-on, recouvrer sa liberté. On ajoute que le contrôle du président sera une garantie suffisante.

Nous adopterons un troisième système qui nous paraît à la fois plus sûr et plus conforme à la pensée du législateur. Nous admettrons la mère à requérir la détention de son enfant avec le concours d'alliés ou d'amis du père. Le second système suppose que l'intervention des parents paternels est fondée sur un droit de leur part, limitant le droit de la mère », qui est tout à fait faux. La pensée de l'art. 381 est une pensée de protection pour l'enfant ; et le législateur, en statuant sur le cas le plus ordinaire, n'a pas pu avoir la pensée de voir cesser cette protection par un accident purement fortuit,

Digitized by Google

le décès de tous les parents paternels. La présence des parents ou amis est, dis-je, une protection ajoutée au contrôle du président, et fort utile en ce que ces parents peuvent révéler au président des faits que la mère lui cacherait, et que le président ne pourrait pas soupçonner pour les examiner et en tenir compte. Il n'y a donc qu'une chose à faire pour nous conformer au vœu de la loi, c'est de suivre la voie tracée par les art. 407-409 pour la composition du conseil de famille, d'appeler en concours avec la mère des alliés ou des amis du père, désignés par le juge de paix ou par le président.

La mère peut-elle exercer le droit de grâce, et dans quelles formes l'exercera-t-elle?

Un premier système soutient que la mère n'a pas le droit de grâce. Il se fonde sur la place de l'art. 379 avant l'art. 381, et sur ce que cet art. 381 renvoie à l'art. 377 sans renvoyer à l'art. 379. Il ajoute que le législateur se méfiant toujours de la faiblesse et de la légèreté de la mère, ne veut pas qu'elle ait le droit de grâce, de peur que, par des retours trop prompts auxquels son cœur l'entraînerait, elle ne puisse compromettre son autorité.

Un deuxième système reconnaît que la mère aura le droit de grâce, comme le droit de correction, avec le concours des deux plus proches parents paternels. C'est l'analogie et la réciproque de l'art. 381, et ce système remédie à tous les dangers. On se refuse à admettre une analogie complète entre le père et la mère sur ce point, en disant que la loi limite toujours plus le pouvoir de la mère, puisque non-seulement elle ne lui permet jamais d'agir pour la correction que par la voie de réquisition, mais encore elle ne lui permet la voie de réqui-

Digitized by Google

sition qu'avec le concours de deux parents paternels. On accorde qu'elle exercera le droit de grâce sous le contrôle du président, de même que le père, lorsqu'il agit pour la correction par voie de réquisition. Mais c'est là, dit-on, tout ce que peut demander l'analogie de l'article 379.

Le troisième système, que nous adoptons, admet que la mère peut exercer le droit de grâce et qu'elle peut l'exercer toute seule. Je ferai d'abord remarquer que, rationnellement, le droit de grâce est éminemment favorable, et à l'égard de l'enfant, puisqu'il s'agit de le mettre en liberté; et, à l'égard de la mère, puisque le droit de grâce est l'un des droits les plus précieux de la puissance paternelle. Il faudrait donc un texte exprès pour l'enlever à la mère; or, il n'y a pas de texte semblable. Au contraire, tout nous porte à croire que le législateur a voulu appliquer l'art. 379 aussi bien à la mère qu'au père. — D'abord, nous avons le principe de l'art. 372, en vertu duquel, nous l'avons vu, il faut reconnaître à la mère tous les droits accordés au père, qui ne lui sont pas expressément refusés. — La place de l'article ne peut avoir une parreille portée : en effet, l'ordre de toutes ces dispositions laisse beaucoup à désirer; ainsi l'art. 382, applicable au père sans aucun doute, n'est placé qu'après l'art. 381, relatif à la mère; ainsi nous avons vu que la deuxième disposition de l'art. 379 et le deuxième alinéa de l'art. 382 doivent être entendus comme s'ils étaient tout à fait isolés du commencement de ces articles; ainsi, pour trouver des analogies encore plus étroites avec notre question, il faut bien évidemment appliquer à la mère l'art. 378 tout entier, l'art. 379, deuxième alinéa, aussi bien que

Digitized by Google

l'art. 382, deuxième alinéa : il faut donc rejeter complétement toute argumentation tirée de l'ordre des articles ; il est impossible d'en rien déduire de rationnel. — Une nouvelle preuve à l'appui de ce que nous avançons est dans l'art. 383, qui applique expressément l'art. 379 à la mère naturelle ; *a fortiori* cet article doit-il s'appliquer à la mère légitime, en qui on peut avoir plus de confiance.

Quant au second système, nous répondons qu'on ne doit pas ajouter à un droit des restrictions qui ne sont pas dans la loi : si la mère a le droit de grâce, c'est en vertu de l'art. 379 qu'aucun autre texte n'est venu modifier à son égard, elle l'a donc tout aussi librement que le père. C'est l'esprit général de la loi de prendre des précautions contre la sévérité en faveur de la liberté, mais nullement en faveur de la rigueur contre la liberté. Et les travaux préparatoires montrent clairement qu'on a voulu donner à la mère un appui dans sa juste sévérité, diminuer sa responsabilité, en même temps qu'exercer un contrôle sur sa trop grande vivacité. Or, aucun de ces motifs ne peut s'appliquer au droit de grâce. Donc ce droit de grâce doit résider intact entre les mains de la mère. Ce serait une cruauté contre nature que de la lui refuser.

FIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT RATIONNEL.

PRINCIPES PHILOSOPHIQUES.

PAGE

INTRODUCTION. 1

LIVRE PREMIER.

PAGES.

Nature et principes rationnels d'organisation de la famille. 8

TITRE 1er. — Rapports personnels. *Ib.*

CHAPITRE Ier. — Premier titre de la puissance paternelle : l'occupation. 9

CHAPITRE II. — Second titre de la puissance paternelle : la génération. 19

1° Droit d'autorité. 23

2° Droit aux services de l'enfant. 31

CHAPITRE III. — Titres et constitution naturelle de la société paternelle. 33

Section 1re. — La famille est une société. *Ib.*

Section 2. — Nature spéciale de la société paternelle. 38

§ 1er. — Fin spéciale de la société paternelle. 39

§ 2. — Fait qui donne naissance à la société paternelle. 43

§ 3. — Nature intrinsèque de la société paternelle. 49

A. — Inégalité entre le père et la mère. 50

B. — Inégalité entre les parents et les enfants. 52

Section 3. — Des droits et des devoirs dans la société paternelle. 53

Digitized by Google

§ 1er. — Droit gouvernemental de la société paternelle. 54
I. — Devoirs juridiques du père ou ce que le père ne peut pas faire. 55
II. — Devoirs moraux du père ou ce que le père doit faire. 61
1o Devoir d'éducation religieuse, morale et intellectuelle. 66
2o Devoir d'entretenir le corps des enfants et de leur fournir des aliments. 69
III. — Droits du père ou moyens que le père peut employer dans son gouvernement. *Ib.*
1re *Période.* — Où l'enfant n'a pas encore le plein usage de ses facultés. 70
A. — Droit de garde. 71
B. — Droit de puissance proprement dite. 72
a). — Droit d'éducation de l'âme et du corps de l'enfant. 73
b). — Droit d'employer l'enfant pour le bien commun. 75
C. — Droit de correction. 79
2e *Période.* — Où l'enfant a acquis le plein usage de ses facultés. *Ib.*
3e *Période.* — Où l'enfant ayant acquis le plein usage de ses facultés est de plus sorti de la famille. 87
§ 2. — Droit social ou rapports des associés entre eux. 94
I. — Droits et devoirs communs des membres de la société. 95
II. — Droits et devoirs spéciaux pour quelques-uns, au moins dans certains cas. 97
Appendice au § 2. 100
§ 3. — Droit extrasocial ou rapports des associés avec les non-associés. 103
I. — Rapports des associés pris individuellement avec les non-associés. *Ib.*
II. — Rapports de la société avec les non-associés. 106
TITRE II. — Rapports réels. 108
CHAPITRE Ier. — Droits des parents et de l'enfant sur les biens de l'enfant. *Ib.*
I. — Droits du père sur les biens de l'enfant. 110
II. — Droits que l'enfant conserve sur ses propres biens. 116
CHAPITRE II. — Droits des enfants sur les biens de leurs parents et de leurs frères et sœurs. 122

Digitized by Google

PAGES.
I. — Droits des enfants sur les biens de leurs parents. 122
II. — Droits des enfants sur les biens de leurs frères et sœurs. 134
CHAPITRE III. — Droits pécuniaires qui survivent à la société paternelle. 134

LIVRE II.

Rapports entre la famille et la société civile. 142
TITRE Ier. — Rapports entre la famille et la société civile au point de vue rationnel. *Ib.*
A. Rapports pécuniaires. 156
1° Successions. *Ib.*
2° Droits du père sur les biens de ses enfants et descendants. 158
3° Secours entre proches parents. 160
B. Rapports personnels. 161
TITRE II. — Rapports entre la famille et la société civile, au point de vue politique et utilitaire. 167

DROIT POSITIF.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

VRE PREMIER.

PAGES.
Organisation de la famille romaine. 1
CHAPITRE Ier. — Nature et principales fonctions de la puissance paternelle. 9
CHAPITRE II. — Sources de la puissance paternelle et sur qui elle existe. 31

Digitized by Google

PAGES.

§ 1er. — La génération au sein des justes noces. 31
§ 2. — La légitimation. 34
§ 3. — L'adoption. 38
CHAPITRE III. — Dissolution de la puissance paternelle. 40

LIVRE II.

Rapports personnels dans la famille romaine. 44
TITRE Ier. — Droit de correction. 45
CHAPITRE Ier. — *Abdicatio*. 49
CHAPITRE II. — Punitions corporelles. — Droit de vie et de mort. 56
TITRE II. — Droit de puissance proprement dit. 76
CHAPITRE Ier. — Droit de puissance dans l'intérêt du père. 77
§ 1er. — Droit aux services du fils. *Ib.*
§ 2. — Louage des services des enfants. 78
§ 3. — Droit de vente. 80
§ 4. — Abandon noxal. 94
§ 5. — Mise en gage du fils. 94
CHAPITRE II. — Droit de puissance dans l'intérêt du fils. — Consentement au mariage. 97
Dation d'un tuteur par testament. 106
Substitution pupillaire. 107
TITRE III. — Droit de garde. 108
CHAPITRE 1er. — Revendication. 110
CHAPITRE II. — Interdits. 114
CHAPITRE III. — *Cognitio prætoria*. 122
CHAPITRE IV. — *Præjudicium*. 124
TITRE IV. — Devoir perpétuel de respect et de reconnaissance. 127
CHAPITRE Ier. — Modification dans la forme des actions du fils. 129
CHAPITRE II. — Bénéfice de compétence. 135

ANCIEN DROIT FRANÇAIS. 143
DROIT INTERMÉDIAIRE. 151

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE.

DROIT FRANÇAIS.

LIVRE PREMIER.

PAGE.
Organisation générale de la famille. 153

LIVRE II.

PAGES.
Rapports personnels dans la famille. 168
TITRE Ier. — Devoir perpétuel de respect. 153
TITRE II. — Droit d'autorité. 187
CHAPITRE Ier. — Principe et règles générales du droit d'autorité sur l'enfant mineur. 188
Section 1re. — Par qui est exercée la puissance paternelle. 190
Section 2. — Comment finit la puissance paternelle. 206
CHAPITRE II. — Fonctions diverses du droit d'autorité sur l'enfant mineur. 218
Section 1re. — Direction de la personne de l'enfant. *Ib.*
§ 1er. — Droit et devoir d'éducation. 219
I. — Fondement de cette obligation. 220
II. — Chefs de cette obligation. 227
1o Soins personnels. 228
2o Dépenses d'entretien et d'éducation. 232
3o Pas d'obligation d'établissement par mariage ou autrement. 236
III. — Sanction de cette obligation. 237
1o Quant aux soins personnels. *Ib.*
A. — Sanctions pénales. *Ib.*
B. — Sanctions civiles. 241
2o Quant aux dépenses d'entretien et d'éducation. 243
§ 2. — Droit et devoir de surveillance. 245
Section 2.— Habilitation de l'enfant aux actes de disposition de sa personne. 249
§ 1er. — Actes que l'enfant mineur fait avec le concours de ses père et mère. 252

Digitized by Google

PAGES.

I. — Mariage. 252
II. — Engagement dans les ordres sacrés ou vœux dans une communauté religieuse de femmes. 258
III. — Adoption. 260
IV. — Engagement militaire volontaire. 261
V. — Prise de la qualité de commerçant et de la capacité de s'obliger comme un majeur. 262
VI. — Louage de service. *Ib.*
§ 2. — Actes que les père et mère peuvent faire seuls pour l'enfant mineur. 267
I. — Actes relatifs à l'exercice du droit d'éducation. *Ib.*
II. — Changement de domicile. 268
III. — Contrat de tutelle officieuse. *Ib.*
IV. — Nomination d'un tuteur. 269
§ 3. — Actes que l'enfant mineur peut faire seul. 270
I. — Engagement militaire volontaire après l'âge de 20 ans. *Ib.*
II. — Privations de droits résultant des délits. *Ib.*
§ 4. — Actes impossibles pendant la minorité. 271
Section 3. — Droit aux services de l'enfant 273
CHAPITRE III. — Droit d'autorité sur l'enfant majeur. 277
I. — Actes respectueux. *Ib.*
II. — Oppositions au mariage. *Ib.*
III. — Demandes en nullité de mariage. *Ib.*
TITRE III. — Droit de garde. 286
TITRE IV. — Droit de correction. 291
CHAPITRE Ier. — Pouvoir correctionnel du père. 293
Section 1re. — Correction par voie d'autorité. *Ib.*
Section 2. — Correction par voie de réquisition. 295
1re *Cause*. — Si l'enfant a plus de quinze ans révolus. 297
2e *Cause*. — Si le père est remarié. *Ib.*
3e et 4e *Cause*. — Si l'enfant exerce un état ou s'il a des biens personnels. 300
Section 3. — Règles communes aux deux modes de correction. 308
1re *Règle*. — Absence de toute formalité et d'écritures judiciaires. *Ib.*
2e *Règle*. — Droit de grâce. 312
3e *Règle*. — L'enfant peut de nouveau être détenu pour de nouvelles fautes. 313
CHAPITRE II. — Pouvoir correctionnel de la mère. 316

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Digitized by Google

ERRATA :

DROIT POSITIF.

Page 127, ligne 1, au lieu de TITRE VI, lisez : TITRE IV.

Page 145, ligne 23, au lieu de aux mœurs de son pays, lisez : aux mœurs du pays d'Ausone à qui il écrivait.

Page 262, ligne 19, au lieu de VII. Louage.... lisez : VI. Louage....

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

EXTRAIT DU CATALOGUE DE LA LIBRAIRIE D'AUG. DURAND.

DARESTE (Rodolphe), avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. La Justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration. 1862, 1 fort vol. in-8. 8 »

DEMOLOMBE (C.), doyen de la faculté de droit de Caen, etc. Cours de Code Napoléon. Tomes I à XX, in-8. 160 »
Chaque vol. se vend séparément. 8 »

FLEURY (Cl.). Institution au Droit français, publiée (pour la première fois) par MM. Ed. Laboulaye, membre de l'Institut, et Rodolphe Dareste, avocat au conseil d'Etat et à la cour de Cassation. 1858, 2 vol. in-8. 12 »

FRÉMY-LIGNEVILLE, avocat. Dictionnaire général des Actes sous seing privé et Conventions verbales en matière civile, commerciale et administrative. 1850, 2 vol. in-8. 10 »

GAUDRY. Traité du Domaine, comprenant le Domaine public, le Domaine de l'Etat, le Domaine de la couronne, le Domaine public municipal, le Domaine privé des communes et le Domaine départemental, suivi d'un Appendice contenant les Lois ou l'extrait des principales Lois sur les diverses natures de domaine. 1862, 3 forts vol. in-8. 22 »

KOENIGSWARTER. Histoire de l'Organisation de la Famille en France, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. 1851, in-8 6 »
Mémoire couronné par l'Institut.

LAROMBIÈRE (L.), président de la Cour impériale de Limoges. Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386. 1857-1858, 5 vol. gr. in-8. 40 »

OUDOT (J.), professeur à la Faculté de droit de Paris. Conscience et science du Devoir ; introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon. 1856, 2 vol. in-8. 14 »

Répertoire des ouvrages de législation, de droit et de jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle, publiés spécialement en France, depuis 1789 jusqu'en novembre 1863, avec table analytique et raisonnée des matières. Nouvelle édition, augmentée, corrigée et continuée par M. Ernest Thorin, et précédée d'un tableau de l'enseignement et des études dans les neuf facultés de droit, et d'une analyse chronologique des lois, statuts, décrets, règlements et circulaires, relatifs à cet enseignement, de 1791 à 1862 ; par M. A de Fontaine de Resbecq, chef de bureau au ministère de l'Instruction publique, officier d'Académie. 1863, in-8. 3 »

Revue critique et bibliographique publiée sous la direction de M. Ad. Hatzfeld, ancien professeur de littérature étrangère à la faculté de Grenoble, professeur de rhétorique au Lycée Louis-le-Grand.

Cette revue paraît le 15 de chaque mois par livraison grand in-8 de 3 à 4 feuilles.

Elle contient un bulletin bibliographique et l'examen des principaux ouvrages littéraires, historiques, philosophiques et scientifiques publiés en France ou à l'étranger.

Le prix de l'abonnement est de 10 fr. pour la France.—Pour l'étranger, les frais de poste en sus.

Revue historique de droit français et étranger, publiée sous la direction de MM. LABOULAYE, membre de l'Institut, professeur de législation comparée au collége de France ; Eug. de ROZIÈRE, inspecteur général des archives ; R. DARESTE, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation ; Ch. GINOULHIAC, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Années 1855 à 1863. 9 forts vol. in-8. Abonnement pour Paris, 10 fr. ; Départements, 12 fr. — Cette revue paraît tous les deux mois

ZACHARIÆ (K.-S.). Le Droit civil français, traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, par MM. G. Massé et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit. 1855-60, 5 vol. in-8. 37 50

Paris.—Imp. de E. DONNAUD, rue Cassette, 9.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google