K
4932

TRAITÉ

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PAR

HENRY TAUDIÈRE

DOCTEUR EN DROIT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ LIBRE DE DROIT DE PARIS

Honora patrem tuum
et matrem tuam.
Deut. v, 16.

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques

(PRIX BORDIN, 1897)

BIBLIOTHÈQUE
CENTRALE
UNIVERSITAIRE

PARIS
A. PEDONE, ÉDITEUR
LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, RUE SOUFFLOT, 13

1898

TRAITÉ

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER, A LA ROCHELLE

K
4932

TRAITÉ

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PAR

HENRY TAUDIERE

DOCTEUR EN DROIT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ LIBRE DE DROIT DE PARIS

Honora patrem tuum
et matrem tuam.
Deut. v, 16.

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques

(PRIX BORDIN, 1897)

BIBLIOTHÈQUE
DE L'ÉCOLE
UNIVERSITAIRE

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1898.

RAPPORT DE M. R. DARESTE

A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

SUR LE CONCOURS POUR LE PRIX BORDIN A DÉCERNER EN 1897

L'Académie a mis au concours, sur la proposition de la Section de législation, pour le prix Bordin à décerner cette année, la question suivante :

« Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence. »

Elle a reçu sept mémoires dont plusieurs sont considérables. Quelques uns sont très distingués. Tous sont recommandables, à des titres divers. Votre Section de législation a constaté avec satisfaction que l'ampleur et l'importance du sujet avaient tenté de nombreux concurrents et suscité d'excellents travaux. Elle aurait voulu pouvoir vous demander plus de récompenses pour tant d'efforts. Heureusement, quelques reliquats de fonds lui ont permis de dépasser les promesses du programme, mais il n'en a pas moins fallu faire un choix qui n'a pas été sans hésitation et qui nous laisse des regrets.

Avant de faire connaître le résultat de l'examen auquel la Section s'est livrée, peut-être sera-t-il utile de placer ici quelques observations générales qui lui ont servi de guide dans son travail. Elles nous permettront d'abréger et de simplifier notre rapport.

Quand l'Académie met au concours un sujet de droit ou de législation, ce qu'elle demande avant tout, c'est un travail

personnel. Il ne s'agit ni d'une composition de collège, ni d'une thèse d'école, ni d'un livre de pratique. Son but n'est pas de récompenser l'effort patient, ni le labeur infatigable. L'objet qu'elle se propose, et qui convient à son institution, est de faire avancer la science. Elle veut des faits nouveaux, ou des idées nouvelles. C'est pourquoi dans la comparaison des mémoires elle doit s'attacher moins à l'abondance des matériaux faciles à recueillir, moins au travail et au temps employés à les mettre en œuvre, qu'au résultat obtenu.

Le concurrent qui sera préféré aux autres n'est pas celui qui entassera le plus de faits, qui posera et résoudra le plus de questions, qui produira la casuistique la plus complète. C'est celui qui, après avoir observé et réuni les faits, saura en faire la théorie, expliquer les lois non pas seulement dans leur texte, mais dans leur origine historique, dans leur esprit, et enfin dans leurs effets. L'écrivain qui s'élève assez haut pour dominer son sujet et l'embrasser dans son ensemble peut commettre des erreurs, mais il fait un livre qui reste, avec lequel il faut toujours compter. Tel est le point de vue auquel l'Académie s'est toujours placée, et c'est en appliquant cette règle qu'elle parvient à classer des mémoires forcément empreints, au fond, d'une certaine uniformité.

. . . . . .

. . . . . .

Le mémoire n° 5, de 520 pages in-4°, avec cette devise : *Honora patrem tuum et matrem tuam*, a été mis au premier rang par la Section, à l'unanimité.

Aussi loin qu'on peut remonter l'histoire, la puissance paternelle se retrouve partout, dans des formes diverses. On a prétendu, il est vrai, qu'il n'en a pas toujours été ainsi, et qu'à l'époque préhistorique la famille elle-même n'existait pas. Mais ce n'est là qu'une hypothèse, abandonnée même par une partie de l'école évolutionniste. L'auteur l'écarte sommairement par de très bonnes raisons. Si donc la puissance paternelle a existé partout, c'est qu'elle a son fondement dans la nature humaine, dans la *naturalis ratio*, comme disaient

les jurisconsultes romains. Elle consiste dans un ensemble de droits et de devoirs corrélatifs et réciproques entre le père et ses enfants. Dans l'exercice de ce pouvoir, le père est assisté par la mère et contrôlé par l'Etat. Quelles sont les limites de cette puissance et quelle est l'étendue des droits de l'Etat? C'est là une question qui comporte des solutions différentes suivant les temps et les lieux, et qui par conséquent relève du droit positif, à cette condition toutefois que le législateur ne fasse pas violence à la nature des choses.

Dans l'antiquité, la puissance paternelle se présente sous deux formes différentes, tantôt pouvoir de protection, tantôt domination absolue. Chaque législation se rapproche plus ou moins de l'un ou de l'autre type, mais non exclusivement. Le droit romain qui, à l'origine, semble avoir réalisé le second, s'en est éloigné de plus en plus, et dans son dernier état ne comporte plus qu'un pouvoir restreint, tant sur la personne que sur les biens. Le droit germanique qu'on a prétendu opposer au droit romain n'en différait pas essentiellement, quoi qu'on en ait dit, si ce n'est au point de vue de la durée. Tandis qu'à Rome la puissance paternelle était perpétuelle en principe, le *mundium* germanique s'éteignait par l'émancipation implicite résultant du mariage. Peut-être même cette différence était-elle plutôt dans la théorie que dans la pratique. C'est surtout par ce trait que le droit contumier se distingua du droit écrit. La jurisprudence des Parlements tendit constamment à rapprocher la législation du Nord et celle du Midi, à faire une part à la mère dans l'exercice de la puissance paternelle, enfin à soumettre dans tous les cas cet exercice au contrôle de l'autorité judiciaire. En fait, la perpétuité de la puissance paternelle dans les pays de droit écrit n'était plus qu'un mot au XVIII^e^ siècle. L'émancipation, réelle ou taisible, était devenue la règle.

La philosophie naturaliste de cette époque attaqua vivement le principe de la puissance paternelle et en général la constitution de la famille. La Révolution fit passer ces théories dans les lois et proclama la liberté des enfants en même

temps que l'autorité absolue de l'Etat. Après le 18 brumaire, il fallut revenir sur ses pas et replacer la société sur sa base. C'est le mérite des rédacteurs du Code civil d'avoir repris tout ce qu'il y avait de bon et de vivace dans l'ancien droit et de l'avoir adapté aux conditions nouvelles de la société.

Pour bien apprécier leur œuvre, il faut la prendre en elle-même, dégagée de tout ce qu'il y a été ajouté plus tard par le juge ou par le législateur, mais en complétant le titre de la puissance paternelle par les dispositions, éparses dans le Code, qui se rapportent au même sujet. A ce point de vue, il faut distinguer entre la puissance paternelle *stricto sensu*, c'est-à-dire le pouvoir de direction protectrice sur le mineur, et la puissance paternelle *lato sensu*, c'est-à-dire ce qui reste de ce pouvoir après la majorité de l'enfant. La première comprend les droits relatifs à la personne du mineur (garde, éducation, correction), et les droits relatifs aux biens (jouissance et administration légales). La seconde se rattache à ce principe général écrit dans l'art. 371 du Code : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. » De là le droit de consentir au mariage, ou tout au moins d'être consulté, de consentir à l'adoption ou à l'entrée dans une communauté religieuse. D'autres liens de famille entre ascendants et descendants sont encore créés par le Code, mais le législateur ne les rattachait pas à l'idée de la puissance paternelle. Il est cependant une institution qui ne peut être ici passée sous silence, parce qu'elle forme une des prérogatives du père de famille, c'est celle de la quotité disponible qui affirme, dans de certaines limites, le droit du père de famille de répartir ses biens entre ses enfants et sert ainsi de sanction à tous ses autres droits.

La puissance paternelle n'appartient pas seulement au père. La mère y est associée dans une large mesure. D'autre part, en cas de dissolution du mariage, les tribunaux sont appelés à exercer un droit d'arbitrage et de contrôle. Le sont-ils même pendant le mariage, en présence d'un père saisi de tous ses droits ? Sur ce point le Code est muet et, pour com-

bler cette lacune de la loi, la jurisprudence a dû faire un effort. Le Code n'admet pas davantage qu'il y ait destitution ou déchéance de la puissance paternelle. Elle s'éteint normalement dans certains cas prévus par la loi. Elle s'applique d'ailleurs aux enfants naturels reconnus.

Quant aux enfants abandonnés, le Code n'en parle pas, mais des lois de la même époque (15 pluviôse an XIII et décret du 19 janvier 1811) organisèrent quelque chose d'analogue à la puissance paternelle au profit des commissions hospitalières.

Telle est en somme l'œuvre du Code civil. On peut reprocher à ses auteurs d'avoir eu trop de confiance dans les mœurs publiques pour maintenir l'ordre au sein de la famille, de s'être placés à un point de vue exclusivement et strictement individualiste qui ne leur a pas permis de relever l'autorité dans la famille. Mais, d'autre part, on les a blâmés d'avoir attribué trop de droits au père. On est allé jusqu'à contester la légitimité de ces droits. Le père, a-t-on dit, n'a que des devoirs. Ce reproche est évidemment excessif. Ce qui est vrai, c'est que le Code a eu tort de ne définir ni l'intervention de la mère, ni le contrôle des tribunaux.

Voyons maintenant ce qu'ont fait la jurisprudence et la pratique. L'œuvre de la première peut se résumer en deux propositions : 1° le pouvoir judiciaire a un droit souverain de réglementation en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle dans l'intérêt des enfants ; 2° il a le droit de concilier l'autorité du père avec les droits dérivant de la nature au profit des grands-parents. Tous les arrêts rendus en cette matière proclament un principe général, à savoir que la puissance paternelle est d'ordre public, qu'elle ne peut être ni supprimée, ni cédée, ni abdiquée. L'intervention des tribunaux a toujours été discrète et modérée. Avait-elle une base légale ? L'auteur du mémoire en doute, tout en reconnaissant qu'elle a été bienfaisante et même nécessaire. « Il n'y a pas de texte, disait M. Demolombe, comment faire ? Nous ferons

comme nous pourrons, mais il faut absolument que nous en venions là. »

La pratique a suivi l'exemple de la jurisprudence. Elle a cherché à protéger les enfants contre les abus de la puissance paternelle, contre l'abandon ou la corruption. La charité privée a créé des maisons de refuge et de patronage, des orphelinats, des œuvres de toute sorte, mais elle s'est heurtée à un obstacle infranchissable, l'inaliénabilité de la puissance paternelle. C'est vainement qu'elle s'est efforcée de légaliser par des contrats ses droits sur les quarante mille enfants recueillis par elle. Ces contrats ont toujours été déclarés nuls. La situation a toujours été précaire.

Plusieurs lois postérieures au Code civil, et dont quelques unes sont toutes récentes, ont profondément modifié l'état des choses. L'étude de ces lois remplit plus de la moitié du mémoire, non sans raison. Sans parler des lois sur l'engagement militaire et la nationalité, nous rencontrons d'abord les lois sur les mineurs assistés, mal observées, car aux commissions hospitalières, auxquelles appartient en droit l'autorité paternelle, la pratique administrative a substitué les inspecteurs départementaux, investis d'un pouvoir sans contrôle. La loi de 1850 sur les mineurs en correction a posé des règles excellentes, mais pareillement mal appliquées, à raison des difficultés financières et malheureusement aussi par les tendances d'une administration systématiquement défiante à l'égard de la charité privée. Les mêmes causes ont entravé l'application de l'article 66 du Code pénal relatif aux enfants acquittés comme ayant agi sans discernement. L'internement dans une maison de correction, qui devait être un moyen d'éducation, se confond en fait avec l'emprisonnement infligé aux condamnés, et, comme la durée en est ordinairement plus longue, il suit de là que l'enfant condamné est détenu moins longtemps que l'enfant acquitté. Pour échapper à cette conséquence, les tribunaux ont été réduits à imaginer des expédients qui ne sont pas toujours heureux.

D'autres lois non moins importantes se sont efforcées de

réglementer l'emploi des enfants dans l'industrie, tâche difficile, car les mesures les mieux conçues en apparence aggravent parfois la situation de ceux qu'elles devaient protéger. La question est d'ailleurs extrêmement complexe et ne comporte guère de solutions absolues. La loi ne peut être efficace qu'à la condition de se contenter de quelques règles générales, dont l'observation puisse être exigée, et de laisser le reste au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

D'autres limitations aux droits des parents résultent des lois sur les caisses d'épargne, sur les retraites pour la vieillesse, sur l'instruction primaire et enfin sur le consentement exigé pour le mariage. Ces lois de protection sont bonnes en elles-mêmes, mais elles ont aussi l'inconvénient d'augmenter constamment le pouvoir de l'Etat. C'est ce qui arrive pour les lois scolaires. Contrairement aux promesses de leurs auteurs, elles n'ont pas réussi à diminuer le nombre des illettrés, et, d'autre part, elles ont contribué à l'abaissement du niveau moral de la jeunesse. Si en proclamant la neutralité de l'école, en même temps qu'il rendait l'école obligatoire, le législateur a voulu établir la paix dans la société, le résultat a cruellement démenti ses intentions comme ses prévisions. Aussi les prescriptions rigoureuses, les peines sévères, sont en grande partie inexécutées et tombent peu à peu dans l'oubli. Les pays voisins, l'Angleterre, la Hollande, la Belgique, ont obtenu par d'autres procédés des résultats meilleurs.

Toutes ces restrictions apportées à la liberté du père de famille étaient encore insuffisantes. Après bien des tâtonnements, le législateur s'est décidé à faire un grand pas. La déchéance de la puissance paternelle, qui n'était admise que dans deux cas très rares, est devenue une règle d'application générale. L'histoire et la théorie de cette loi tiennent une grande place dans le mémoire. Nous indiquerons seulement les conclusions de l'auteur. Tout en approuvant le principe de la loi, à savoir l'intervention de l'autorité publique, il regrette d'une part que cette intervention soit moins une protection pour l'enfant

victime qu'une répression pénale contre le père coupable, et d'autre part que la tutelle de tous les enfants assistés ait été centralisée entre les mains du directeur de l'Assistance publique. Les lois pénales sont naturellement rigides et ne comportent ni tempéraments dans l'application, ni mesures discrétionnaires. Le cercle des personnes qui peuvent les invoquer est forcément restreint. Comme peine enfin, la déchéance est indivisible et doit toujours être appliquée intégralement. On a dit, pour justifier cette disposition, que la puissance paternelle est indivisible, mais ce qui est indivisible c'est le fait de la paternité. Quant à la puissance paternelle, c'est un ensemble de droits qui peuvent au contraire être facilement divisés. Jusqu'ici les tribunaux, lorsqu'ils intervenaient, pouvaient agir suivant les circonstances et proportionner leur action aux besoins du moment. L'auteur du mémoire pense qu'il en sera désormais autrement, et que la loi de 1889 veut tout ou rien, ce qui, pourtant, il faut le dire, ne paraît pas être la tendance actuelle de la jurisprudence. Enfin la déchéance absolue, uniforme, nécessairement prononcée à l'égard de tous les enfants sans distinction, est une mesure excessive, qui dépasse le but. Elle ne pourra pas être appliquée à la lettre.

Autre reproche plus grave encore : la puissance paternelle enlevée aux pères indignes a été remise tout entière à l'Etat qui, sans doute, pourra faire appel à la charité privée, mais celle-ci sera réduite à un rôle auxiliaire, précaire. En réalité l'Etat sera tout puissant, quoique peu propre à jouer le rôle d'éducateur, résultat déplorable au triple point de vue moral, politique et financier.

Comme on le voit, l'auteur du mémoire n° 5 ne ménage pas les critiques. Mais cette sévérité même donne plus d'autorité à son approbation. Malgré tous ses défauts, la loi de 1889 lui paraît bonne dans sonprincipe et pourra rendre de grands services si on se décide à la réviser, et on s'y décidera sans doute quand l'expérience aura montré combien l'application en est difficile et coûteuse.

Le dernier chapitre du mémoire est intitulé : La puissance paternelle dans l'avenir. Restera-t-elle le lien constitutif de la famille ou s'effacera-t-elle devant le pouvoir social ? Telle est la question qui se pose aujourd'hui. Il y a toute une école qui voit dans l'Etat la source de tout droit et qui tend à faire du père de famille un fonctionnaire, n'ayant qu'un pouvoir emprunté et révocable. Une autre école proteste au nom de la liberté humaine qui ne doit pas être sacrifiée à cette abstraction appelée l'Etat. Une solution intermédiaire a été proposée. Elle consisterait à renvoyer aux tribunaux toutes les difficultés, en donnant à toute personne le droit de les saisir par la voie d'action populaire. Elle a peu de chance d'être accueillie. L'intervention des tribunaux est en effet nécessaire, mais à la condition de ne pas supprimer le pouvoir dont elle doit seulement contrôler l'exercice et réprimer les abus.

Dans ce débat, l'auteur du mémoire prend résolument parti pour la puissance paternelle. Il cherche les moyens de la fortifier, tout en corrigeant les points défectueux.

L'âge de la majorité doit rester fixé à 21 ans. Cette règle est trop entrée dans nos mœurs pour qu'on puisse y toucher. On conservera le droit de correction, à la condition toutefois qu'il existe des maisons spéciales pour les enfants à corriger. L'administration légale se continuera même après la dissolution du mariage, jusqu'à la majorité de l'enfant. Mais la principale réforme à introduire consiste dans le droit d'exhérédation pour causes déterminées, droit qui porterait sur une fraction de la réserve héréditaire, ou qui se limiterait aux acquêts, les propres devant rester indisponibles et réservés aux enfants. En ce qui concerne le mariage, il est bon qu'à tout âge fils ou fille demandent conseil à leurs père et mère, mais c'est une formalité inutile à l'égard des aïeuls. Quant au contrôle de la puissance paternelle, il ne peut être exercé que par la magistrature. Celui que l'administration voudrait prendre en main ne serait pas accepté par l'opinion publique. Le droit d'agir dans l'intérêt du mineur serait

confié à la mère et aux ascendants et pourrait même, dans certains cas d'exception, être étendu à certaines personnes déterminées et au ministère public. Les détails de la procédure seraient réglés par la loi. Enfin il serait permis au père de se dessaisir, par contrat, du droit de garde, à la condition que ce contrat serait passé devant la justice, avec certaines formalités. L'auteur du mémoire irait même jusqu'à valider les engagements pris par les époux l'un envers l'autre, par leur contrat de mariage, pour l'éducation de leurs enfants.

Quant à la déchéance de la puissance paternelle, il appartiendrait en principe aux tribunaux d'en déterminer l'étendue et la durée. A l'égard des enfants naturels, les père et mère auraient des droits analogues, mais plus restreints. Les enfants moralement ou matériellement abandonnés seraient confiés par les tribunaux aux établissements publics ou privés qui en formeraient la demande et seraient investis des droits d'éducation, de garde et de placement. Enfin le rôle de l'Etat se bornerait à encourager et à soutenir la charité privée, et surtout à pourvoir par une bonne police au maintien de l'honnêteté et des bonnes mœurs.

« Les mesures législatives que nous proposons, dit en terminant l'auteur, n'auraient sans doute pas pour effet de supprimer tous les abus. Nous avons affaire à des hommes et l'âge d'or, comme la perfection, n'est pas de ce monde. Du moins, de graves inconvénients seraient évités, et s'il est vrai de dire avec Lamennais : « La société humaine est fondée sur le don » mutuel ou le sacrifice de l'homme à l'homme, et le sacri» fice est l'essence de toute vraie société », maintenons pieusement la famille et l'autorité paternelle. Il n'est pas de meilleure école du sacrifice. »

Arrêtons-nous sur ces paroles qui résument tout le mémoire et sur l'espoir à la fois modeste et ferme qu'elles expriment, que paraissent partager tous les concurrents. S'il doit se réaliser dans l'avenir, les travaux remarquables envoyés à ce brillant concours y auront peut-être contribué.

La Section de Législation vous propose en conséquence de décerner le prix entier, de 2.500 francs, à l'auteur du mémoire n° 5, M. Henry Taudière, professeur à la faculté libre de droit de Paris, une récompense de 1.000 francs au n° 3 et une récompense de 500 francs au n° 7.

R. DARESTE.

TRAITÉ DE LA PUISSANCE PATERNELLE

L'enfant naissant à notre époque, dans une nation civilisée quelconque, d'une union reconnue par la législation, fait immédiatement partie d'une famille organisée et hiérarchisée : il y trouve l'aide et l'appui indispensables à sa faiblesse, à son inexpérience ; il est en même temps soumis à l'autorité de ses parents. Ceux-ci ont des devoirs à remplir à son endroit, mais ils exercent sur lui un pouvoir effectif, si contrôlé et surveillé qu'il soit par les autorités sociales. Sans doute les législations modernes tendent à atténuer sensiblement ce pouvoir au jour où l'enfant atteint l'âge d'homme ; néanmoins les mœurs, presque partout la loi elle-même, réservent aux parents et spécialement au père, tant qu'il vit, certains attributs et la direction au moins morale sur sa descendance. Un état de choses semblable dans ses grandes lignes tout au moins se retrouve dans les civilisations qui ont précédé la nôtre : si l'on s'en tient à la période historique, toutes les nations qui ont figuré dans le monde nous présentent la famille groupée autour du père qui en est à la fois le lien et le chef, toutes ont pratiqué la famille patriarcale et reconnu l'autorité paternelle. Y a-t-il donc là un principe de droit naturel, une loi primordiale du genre humain, une institution aussi ancienne que l'humanité elle-même ?

On l'a cru longtemps et voici comment on concevait l'histoire de l'homme en prenant pour point de départ l'unité d'origine de notre race. La famille est le plus ancien des groupes sociaux, modèle et type primitif de tous les autres. Malgré un mouvement de rapprochement qui a dû se produire de très bonne heure, le pouvoir social, au sens propre

du mot, a été lent à apparaître : la société n'existait, aux premiers âges du monde, qu'à l'état rudimentaire, et seule la puissance des parents devait maintenir la paix au sein de la famille. L'autorité se personnifiait alors dans l'homme, chef en même temps que père, et s'exerçait sans contrôle, dirigée et contenue seulement par l'influence de la mère, l'affection naturelle pour les enfants et le sentiment de la responsabilité encourue. L'institution, livrée au libre jeu des passions humaines, fut par la suite surtout atteinte par la polygamie qui réduisait la femme à une conditition subalterne et dégradée ; l'omnipotence paternelle, de moins en moins contrebalancée, dégénéra en oppression et le pouvoir social, encore dans l'enfance, en fit une autorité souveraine ; la famille devint pour le père une propriété qu'il géra en maître absolu. Plus tard encore, à mesure que se développaient en se précisant les rapports des hommes au sein des nations, les lois humaines, sous l'influence surtout de la religion chrétienne, avaient, par la consécration de la monogamie et l'établissement d'un contrôle discret de la part de la société sur les agissements abusifs des parents, rendu à la femme et sa dignité première et sa part légitime dans l'éducation des enfants, dégagé aussi la vraie notion de la famille et les relations morales entre ses membres. On devait persévérer toujours dans cette voie : rouage nécessaire à la vie de l'humanité, susceptible d'un perfectionnement lent et prudent dans ses applications pratiques, mais essentiel à l'existence de la famille, la puissance paternelle, aussi ancienne que le monde, était destinée à durer autant que lui.

La science moderne, avide de nouveautés et jalouse de contrôler par des faits les assertions des âges précédents si généralement adoptées qu'elles fussent, cédant peut-être aussi à la tendance actuelle de ramener l'histoire humaine à l'histoire naturelle, a révoqué en doute cette nécessité sociale de la famille et de la puissance paternelle. Elle a fouillé les monuments préhistoriques, recueilli les fables et les traditions antiques, étudié les mœurs des peuplades les plus sau-

vages, et quelques uns ont déduit de ces recherches une théorie toute nouvelle : le mariage, la famille, l'autorité du père ne seraient pas, comme on l'avait cru jusqu'ici, des institutions primitives nées avec la race humaine et constituant son état normal ; elles auraient été les produits d'un lent et laborieux progrès. En vertu d'un processus fatal, l'humanité, sous tous les climats et dans tous les mondes, aurait passé, par une série de phases et d'échelons successifs, de l'état sauvage à la civilisation, de la promiscuité des sexes à l'union monogamique.

La plus ancienne unité sociale, a-t-on dit, c'est la tribu, la *horde promisque*, dans laquelle il n'est tenu aucun compte des liens du sang. Puis, le jour où la notion de la parenté individuelle a fait son apparition, c'est au fait précis et indéniable de la maternité qu'on s'attache exclusivement pour la fonder et par suite les femmes acquièrent dans cette société primitive une situation prépondérante : c'est la phase du *Matriarcat*, du droit de la mère. La famille, du reste, au sens vrai du mot, n'existe pas encore, car elle n'est pas vivifiée par une autorité qui la régisse ; tout au plus le frère utérin de la mère est-il le protecteur naturel et légal des enfants. Enfin, un principe nouveau se fait jour plus ou moins rapidement suivant les races et celles-là lui doivent en grande partie leur grandeur qui l'ont accueilli les premières : l'autorité du père reconnue forme le lien et la base d'un groupement solide ; dans la famille patriarcale, tous les membres groupés autour de son chef, prêtre, propriétaire et juge souverain, dépendent de lui au point de voir dans certaines législations leurs personnalités absorbées dans la sienne. C'est vraiment désormais la famille et, au point de vue social, la transformation la plus importante est réalisée ; il ne restera plus qu'à atténuer les rigueurs excessives de l'organisation patriarcale pour en venir à la notion moderne, fruit précieux mais tardif de la civilisation (1). La conséquence logique du système est à

(1) Bachofen, *Mutterrecht;* Mac Lennan, *Primitive marriage,* 1865; Giraud Teulon, *Les origines de la famille,* 1874; Post, *Die Geschlechts genossenchaft*

noter : si la famille et l'autorité paternelle n'ont pas toujours existé, si leur introduction, œuvre de l'esprit humain en progrès, est une création artificielle du droit positif même rudimentaire, elles pourront disparaître un jour de l'histoire de l'humanité, et le législateur répudiera sans scrupule ces formes archaïques quand il jugera opportun et avantageux de satisfaire autrement les besoins sociaux. Une nouvelle phase serait à prévoir dans l'évolution : de même que la propriété individuelle serait supprimée, l'autorité du père et la famille telle que nous la concevons seraient remplacées par la domination de l'Etat et la patrie. Sparte et la Révolution française auraient été des précurseurs.

La théorie a pu séduire par son originalité et l'apparence scientifique de ses déductions rigides ; mais rompre avec les traditions anciennes ne suffit pas pour constituer une garantie de vérité. Examinons donc les faits, puisque c'est le terrain choisi par les partisans du Matriarcat; nous n'y trouverons certes pas la confirmation pratique de cette prétendue loi d'une transformation fatale et régulière se produisant au sein des peuples à des époques variables, mais toujours dans le sens du progrès. D'une part, en effet, certaines races humaines paraissent bien avoir de tous temps adopté le principe de la famille patriarcale (1); d'autre part, les contrées habitées actuellement par les hommes les plus sauvages présentent au

---

der Urzeit und die Entstehung der Ehe; Herbert Spencer, *Principes de sociologie;* Lubbock, *Origines de la civilisation.* Voir en un sens analogue : Esmein, Additions au livre de Gide, sur *la condition privée de la femme,* 2e édition, p. 30 et suiv., et *Observations sur Sir Summer Maine, Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive, Nouv. Rev. hist.,* 1886, p. 432, 433; May, *Eléments de droit romain,* 1re édition, p. 105 et suiv.

(1) La famille patriarcale existait dans la Grèce antique, dans l'Irlande et la Germanie. M. W. J. Ashley montre la copropriété familiale fortement organisée dès l'origine aux Indes (*Political science quaterly,* t. IX, mars 1894, p. 119-130). La communauté familiale et communale à la fois est signalée par M. Max. Kovalewsky chez les populations du Caucase et les Slaves du sud. De même en Egypte, en Chine, chez les Arabes. (Besson, *Etude sur la constitution de la famille chez les Arabes et les Kabyles : Bulletin de législation comparée,* 1894, p. 278 et suiv.)

voyageur des preuves irrécusables d'une civilisation ancienne très avancée. Tout ce que l'on pourrait induire des découvertes récentes des explorateurs en Amérique, en Afrique et dans l'Océanie (1), c'est l'existence, à l'origine des civilisations, de groupements humains plus larges que la famille (on leur donne le nom générique de *clans*), d'agrégats très variés dans lesquels, la parenté paternelle étant d'ailleurs presque partout reconnue, l'autorité eut appartenu, non pas nécessairement au père, mais ici au plus âgé, là au plus vigoureux ou au plus habile (2). Pour nous c'est déjà le passage de la simple famille à l'état social ; c'est la société rudimentaire, mais composée de familles. Ne dût-on pas l'admettre d'ailleurs, les différences que l'on constate condamneraient encore la doctrine évolutionniste et sa généralisation systématique. Sans insister sur les divergences profondes relevées entre ceux qui en prétendent faire l'application, chacun proclamant une évolution différente, les faits donnent à la théorie un nouveau démenti sur un autre point. Si certaines races doivent uniquement leur infériorité actuelle à ce que leur développement normal a été plus lent à se produire, il en faudrait conclure qu'au contact d'une race supérieure, en présence des avantages de la civilisation, elles regagneraient vite le temps perdu, n'ayant pas à tâtonner sans profit sur le choix des moyens à prendre pour continuer leur marche progressive. L'observation nous apprend cependant qu'il en est tout autrement : mise en rapport avec une nation civilisée, la race inférieure disparaît ou se contente de lui emprunter ses défauts et ses vices, elle ne s'élèvera pas ; un perfectionnement moral pourra seulement se produire parmi ses membres pris individuellement, mais encore très lent et limité, dû prin-

(1) Celles notamment de MM. Fison et Howitt.

(2) Telle est la conclusion de M. Morgan, pourtant partisan du système, dans son livre *Systems of consanguinity and affinity to the human family* (*Smithsonian contributions to knowledge*, t. XVII, 1871) ; de MM. G. May, *op. cit*, p.106 ; et Girard, *Manuel de droit romain*, p.127. M. Worms (*Bulletin société de législ. comparée*, janvier 1895, p. 103-106) pense de même : « La diversité des institutions, dit-il, est probablement un fait primordial. »

cipalement à des influences religieuses. Est-ce là une preuve de la lenteur de ladite race à se développer, ou n'y verrait-on pas plus naturellement le symptôme d'une déchéance, d'une dégradation prolongée, juste châtiment de l'abandon des lois primordiales de l'humanité?

Aussi bien les évolutionnistes voient dans le barbare, dans le sauvage, le type de l'homme primitif. N'est-ce pas là une erreur initiale viciant leur raisonnement tout entier? Nous y verrions plutôt pour notre part le représentant de nations abâtardies, précisément parce qu'elles ont dès longtemps répudié les seules institutions susceptibles de conduire l'homme et les sociétés à leur fin. Hypothèse, dira-t-on. Hypothèse dans tous les cas admise longtemps sans conteste, qui ne se heurte à aucune objection insoluble, résout toutes les difficultés et explique parfaitement la supériorité des races où l'histoire nous montre la famille et l'autorité paternelle respectées. Or, l'hypothèse de nos adversaires — c'en est bien une aussi — n'a pas les mêmes avantages. Ces transformations profondes de l'organisation sociale, sous quelle influence se sont-elles produites? Ces phases si diverses de l'évolution, qui les a préparées, qui en a amené la succession? Voilà ce qu'un esprit judicieux se demandera de suite et ce qui cependant ne nous est pas expliqué. Avant de constituer la *horde promisque*, la tribu, en vertu d'un pacte social quelconque, l'homme vivait, nous dit-on, à l'état de bête fauve. Mais ne faut-il pas admettre, dès lors, comme préalable indispensable, ou la multiplicité d'origine de l'humanité ou même la thèse suivant laquelle l'homme est la résultante perfectionnée d'une longue suite d'animaux inférieurs? Il n'y a pourtant pas là une base solide pour le système : semblables théories sont loin d'être généralement reçues et, sans nous attarder à les combattre, nous croyons pouvoir les repousser comme erronées. Ce que nous savons de l'homme, et sa sociabilité naturelle et sa longue faiblesse pendant l'enfance, nous paraît imposer l'existence originelle de la famille.

Il faut le reconnaître d'ailleurs, le système du matriarcat

n'a pas trouvé dans le monde scientifique la grande faveur qu'on lui promettait (1); les discussions du Congrès international de sociologie tenu à Paris en octobre 1895 en ont fourni la preuve surabondante, nous n'essaierons donc pas de le réfuter plus longuement. Certes nous ne nions pas l'existence de peuplades, d'agrégats peu nombreux, où l'idée de famille et de puissance paternelle est singulièrement oblitérée, voir même effacée ; mais ce sont là pour nous des accidents, des exceptions. L'état matériel et moral desdits peuples témoigne du reste qu'ils ont violé une loi naturelle, obligatoire pour les nations comme pour les individus. Nous n'hésitons donc pas à fonder la puissance paternelle, comme le mariage et la famille elle-même, sur le droit naturel (2) ; nous y voyons des institutions préexistantes aux législations positives (3). Celles-ci, pouvant d'ailleurs leur donner des formes et une énergie variables, ont dû et devront toujours les reconnaître, les consacrer (4) ; toute tentative contraire est vouée fatalement à un

(1) Il a été combattu notamment par MM. Flach, à son cours au collège de France en 1891, 1892, 1893, et Worms (*Bulletin de législation comparée*, 1895, p. 103-106), *Étude sur la sociologie et le droit. Sic* Sir Summer Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884, p. 255-310 ; Westermarck, *Origines du mariage dans l'espèce humaine*, p. 52-129.

(2) *Sic* MM. Valette, *Code civ.*, p. 487 ; Glasson, *Eléments de droit franç.*, t. I, p. 236 ; Boistel, *Le droit dans la famille ;* Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 796 ; Duméril, *De la puissance paternelle ;* Digard, *De la puissance paternelle*, th. doct., 1882. — L'opinion contraire compte des adhérents dans le monde scientifique français : Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887 ; Jourdan, *L'économie politique et le droit*, *Rev. d'éc. pol.*, 1887, p. 323; Naquet, *Rev. bleue*, 1887, p. 448; Richard, *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, 1892 ; Tarde, *Transformations du droit*, 1893. *Confer.* Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 1878. Un auteur allemand, Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und rechtsphilosophie* (1892), p. 368, accuse l'école non évolutionniste de « naturalisme vermoulu ».

(3) *Contra* Courcelle-Seneuil, *Rapport au Conseil d'Etat sur le projet de loi de 1889 :* « Si la paternité est un fait de nature, la puissance paternelle est, comme le mariage d'où elle naît, une création de la loi positive. »

(4) La constatation de cette nécessité a été faite au Conseil d'Etat dans les travaux préparatoires à la loi du 24 juillet 1889, comme aussi dans les travaux préparatoires au Code civil : l'autorité paternelle « est la plus parfaite sur terre, source et type de toutes les autres, que la loi positive n'a fait que reconnaître et consacrer. » (Portalis.) Pour MM. Fustel de Coulanges,

échec certain ou prépare à brève échéance la destruction de l'organisme social.

L'homme est un être sociable et, de toutes les associations, celle vers laquelle il est le plus naturellement porté par ses instincts comme par sa raison c'est la société domestique lui permettant, dans une union stable, de suivre sa vocation à perpétuer sa race. L'enfant naît : nul animal n'est physiquement aussi faible, aussi impuissant à se défendre et à se conserver ; plus de soins encore, et combien délicats, seront indispensables pour développer chez lui ces qualités distinctives de l'humanité, l'intelligence et la volonté. C'est une tâche ardue de faire d'une créature débile et presque tout instinctive l'homme et le citoyen de demain. Les parents ne sont-ils pas indiqués par le fait même de la procréation pour la mener à bien ? Ne puisent-ils pas les moyens les plus efficaces d'atteindre ce but dans les trésors d'affection dévouée que renferment leurs cœurs, s'ils ne sont pas dégradés, pour leur descendance ? Voilà donc la famille organisée, mais aussitôt la puissance paternelle apparaît, car nulle société ne peut vivre dans l'anarchie, et l'idée de puissance est renfermée nécessairement dans la notion de la paternité ; l'on ne peut, sauf contradiction, concevoir l'une sans l'autre. Rien de moins arbitraire que la famille, œuvre de la nature elle-même pour les êtres intelligents, si ce n'est l'autorité des parents sans laquelle la famille n'existerait pas. Nous ne fondons pas cette puissance, avec certains philosophes (1), sur un contrat présumé entre parents et enfants analogue au *Contrat social* de Rousseau. Nous n'y voyons pas davantage, avec Montesquieu (2), une sorte d'appropriation des enfants

---

La cité antique, sect. II, ch. 8, p. 92 ; Le Play, *Réf. soc.*, t. I, p. 349 ; Ch. Périn, *Les lois*, t. I, p. 431, la famille, vraie cellule de l'organisme général, est la société primitive et fondamentale sur laquelle tout repose.

(1) Wolf, *Institutions du droit de la nature et des gens*, 1772, t. V, p. 64. Puffendorf admet aussi un consentement présumé des enfants (*De off. hom. et civ.*, liv. II, ch. 3, § 2.)

(2) *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. 7. *Sic* Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. 5, § 1. *Confer* Boistel, *Le droit dans la famille*, 1864, p. 189.

par le père en vertu du fait seul de la génération : cette dernière conception, qui, dans les législations formalistes de l'antiquité, était poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes et y comportait un droit de disposition absolue sur la personne de l'enfant, enlève à la paternité humaine sa véritable grandeur ; elle la compromet autant en la revêtant d'attributs usurpés qu'en la privant de ses légitimes prérogatives. Toute puissance d'un homme sur son semblable n'est justifiable à nos yeux que si, conforme aux lois naturelles, elle permet et favorise la poursuite des fins assignées à l'humanité. Or l'enfant auquel les époux ont donné l'être sera le représentant futur de la race entre les membres de laquelle existe une solidarité attestée par le sentiment public et dont l'influence, pour être efficace, devra se perpétuer ; il a besoin d'être élevé et, pour remplir une telle mission aussi délicate que haute, une autorité est nécessaire : elle s'incarnera dans les parents et plus spécialement dans le père, protecteur, conservateur, défenseur de la famille (1). Ce dernier a la puissance de diriger l'éducation de son fils et de le gouverner avec, comme sanction, le droit de le punir, parce qu'il a l'obligation de l'élever, de perpétuer la famille au point de vue moral comme au point de vue physique ; et « si les devoirs des parents sont de telle sorte qu'aucune loi, aucune puissance, aucune nécessité, aucune autorité supérieure ne peut les en dispenser, leurs droits sont revêtus des mêmes caractères, et aucun pouvoir, sous aucun prétexte, n'est autorisé à les leur enlever (2). »

Remarquons-le, nous nous séparons de certains savants modernes, d'accord avec nous d'ailleurs pour mettre le droit

(1) Domat, *Les lois civiles;* Oscar de Vallée, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXIII, p. 233 et suiv.; Fuzier-Herman, nos 11 et suivants. *Sic* Saint Thomas, *Somme*, 2a 2æ, 33 quest., 1-2 ; de Gavardie, séance du Sénat, 18 mai 1883.

(2) Franck, *Philosophie du droit civil*, p. 103. *Sic* P. Félix, Conférences de Notre-Dame, 1860, 5e conf., *La paternité chrétienne*, p. 228 : « La faiblesse de l'homme enfant est la plus authentique déclaration de la puissance et du droit que Dieu fait à l'homme père. »

naturel à la base de la famille, et ne considérons pas l'autorité paternelle comme un simple procédé de vigilante protection exclusivement établi dans l'intérêt de l'enfant ; nous ne faisons pas découler uniquement les droits du père des devoirs que lui impose le fait même de la génération. En fait, il est vrai qu'en présence d'un enfant naissant les parents auront avant tout à s'acquitter de leurs devoirs ; il est certain aussi que l'intérêt personnel du fils sert dans une large mesure de limite à la puissance du père ; mais il n'y a pas que cet intérêt en jeu et surtout nous protestons contre cette conclusion que les parents sont, vis-à-vis de l'enfant, des débiteurs uniquement investis des pouvoirs nécessaires pour acquitter leurs dettes, que l'enfant peut prétendre à une indépendance absolue le jour où son âge lui permet de se conduire d'après ses propres lumières (1). Raisonner ainsi, n'est-ce pas, sauf une question de durée dans la protection, ravaler la mission des parents au rôle des animaux à l'égard de leur croît? N'est-ce pas aussi faire abstraction d'un intérêt distinct de celui de l'enfant, quoique certes non contraire, celui de la famille? Rechercher en théorie si les devoirs inhérents à la fonction du père sont ou non antérieurs à ses droits nous paraît entreprise inutile : pour nous, droits et devoirs sont corrélatifs et concomittants ; les uns et les autres ont même origine et même durée, ils subsistent aussi longtemps que les rapports entre parents et enfants, c'est-à-dire pendant toute leur vie. Si donc nul n'ose soutenir que, passé un certain âge, le fils n'ait plus un droit même simplement moral à la sollicitude, aux conseils et à l'assistance de son père, comment soustraire l'adulte à tout devoir, fût-ce de déférence et de respect, envers son auteur ? L'expérience des parents peut être utile à leurs descendants à tout âge ; ils doivent conserver sur eux une certaine autorité, au moins morale,

(1) Voir MM. Accolas, t. I, p. 385 ; Laurent, t. IV, n° 267 ; Courcelle-Seneuil, *Rapport au conseil d'Etat dans les travaux préparatoires à la loi du 24 juillet 1889 ;* Bourcart, *De l'autorité paternelle,* mémoire lu à la Sorbonne au congrès des sociétés savantes en 1891, p. 4.

pour maintenir intactes les traditions précieuses dans une succession de générations formant autant d'anneaux d'une chaîne ininterrompue. Le jour où les devoirs du père deviennent moins pressants et d'exercice plus rare, ses droits seront légitimement atténués, mais sa mission n'est pas terminée tant qu'il existe et représente parmi les siens le principe de l'autorité. Sa puissance survivra donc à l'émancipation de l'enfant (1), car elle est le lien indispensable au sein de la famille dont, à son tour, la société ne saurait se passer.

Envisagée à ce nouveau point de vue un peu trop négligé parfois, la question de la puissance paternelle s'élargit singulièrement; ce ne sont plus seulement des intérêts individuels qu'il faut sauvegarder, le sort de la patrie elle-même, son avenir sont en jeu. Sans doute la société est faite pour l'individu, non l'individu pour la société; mais elle est l'élément indispensable à l'existence des individus, son intérêt ici a donc une importance incontestable. Du jour, et ce jour est bientôt venu dans l'histoire de l'humanité, où les familles se rapprochant ont formé des groupes plus nombreux que les siècles se sont chargés de cimenter avec le sang versé en commun, les nations ont vu leur grandeur et leur force dépendre dans une large mesure des règles par elles admises sur l'organisation de la famille. Tout régime politique digne de ce nom, fuyant le despotisme, fera appel à l'autorité paternelle. Les enfants d'aujourd'hui seront les citoyens de demain, de ce qu'ils vaudront résultera le progrès ou la décadence de la patrie; il importe donc à tous qu'ils soient suffisamment préparés à leur rôle. Une éducation forte, l'habitude de l'obéissance et de la discipline dans le travail, ne constituent-elles pas la meilleure préparation à la vie sociale (2) ? Or nulle école n'est ici comparable à la famille avec le père pour centre et son autorité pour régulateur.

Par l'obéissance aux prescriptions de son chef et la pra-

(1) *Contra* Laurent, t. IV, n° 267 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 958 ; Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle*, n° 22.

(2) Pascaud, *Rev. gén.*, 1892, p. 217.

tique de devoirs restreints, partant faciles à remplir, l'enfants'y prépare admirablement au respect des lois du pays, à l'observation des obligations du citoyen, au rôle d'éducateur qui sera aussi le sien plus tard. Le sentiment de la solidarité familiale, le souvenir et les exemples de ceux qui, rattachés à lui par les liens du sang, l'ont précédé dans ce monde, sont d'utiles enseignements et des agents de protection efficace contre les tentations de la vie. C'est dans la famille, chose importante surtout dans les sociétés démocratiques comme les nôtres, que l'enfant, se formant une conscience scrupuleuse et fière, prendra une saine notion de sa dignité personnelle et qu'il apprendra à commander lui-même. Pour bien gouverner les hommes il faut avoir obéi ; jouera seul un rôle moralisateur dans le monde celui qui à l'exacte perception de ses droits et de ses devoirs joindra une volonté ferme et un cœur haut placé. Les siècles passés nous ont montré, là où l'autorité paternelle était le plus fortement organisée, les citoyens les plus soucieux de leur dignité, les plus fiers devant le pouvoir, les plus aptes à la direction des nations ; au contraire, dans l'histoire de Rome et de notre ancienne France, nous trouvons la foule asservie aux caprices du Pouvoir précisément aux époques où les lois de la famille sont méconnues. Or cette éducation de l'homme, si nécessaire à la société (1), est par nature du ressort exclusif de la puissance paternelle, car, œuvre délicate, elle exige chez l'éducateur une attention soutenue et patiente, une direction aussi ferme que douce et nul n'y peut suffire s'il n'a au cœur un grand amour pour son pupille, Notons-le d'ailleurs, l'éducation familiale, si profitable au fils, le sera aussi au père : la paternité, avec la conscience des obligations qu'elle entraîne, parfait l'être humain et le prépare à tous les dévouements. L'homme ne s'attache guère aux diverses tâches de la vie qu'à raison de leur difficulté même ; lui enlève-t-on les moyens de remplir un rôle pour lequel il a une vocation naturelle,

(1) Voir, pour le développement de cette idée, un article de M. Brunetière, *Education et instruction*, (*Rev. des deux mondes*, 15 fév. 1895, p. 915 et suiv.)

toute responsabilité cesse dès lors pour lui ; mais le meilleur de lui-même disparaît aussi, on obtient fatalement l'égoïsme, l'absence de toute aspiration élevée, de toute idée généreuse. La communauté en souffre comme les individus, car le sacrifice est l'essence de toute vraie société et nulle part le sacrifice ne se montre plus complet que chez les parents conscients de leur haute mission.

Bref, tout s'accorde pour réclamer, quels que soient les changements apportés par le temps dans l'organisation sociale, le maintien de la famille comme unité morale et de l'autorité du père, tête et centre de cet être collectif, artisan principal de l'œuvre importante entre toutes, l'éducation de l'enfance, que son affection éclairée et dévouée lui permettra de conduire à bien. Est-ce à dire cependant que le père doive être omnipotent dans la famille ? Nullement : il est administrateur, non propriétaire, et doit respecter l'individualité de l'enfant ; d'autre part, avec les progrès de la civilisation s'accuse davantage son impuissance à suffire seul à la tâche. Il doit donc être assisté dans sa fonction qui comporte aussi des limites et un contrôle.

Assisté, certes il le sera et puissamment par la mère, ayant même mission que lui, investie de pouvoirs égaux sur l'enfant et dont l'autorité ne doit céder à la sienne que parce que, dans toute société, la puissance doit être une à peine d'anarchie. Assistance précieuse faite d'une douceur patiente qui peut réussir souvent là où échouerait la rigueur. Mais leurs efforts combinés seront parfois encore insuffisants. Nombre de parents, si bien disposés soient-ils, sont, aujourd'hui surtout, dans l'impossibilité matérielle d'élever et de surveiller leurs enfants, séparés d'eux qu'ils sont et absorbés par les exigences de leur travail. De plus, même parmi les parents pénétrés de la grandeur de leur rôle et en situation de s'y consacrer, combien peu seront capables de faire l'éducation complète d'un enfant, tant à raison du nombre et de la variété des connaissances exigées dans les classes élevées qu'à cause des avantages inhérents à l'éducation en commun ? A la

société, si intéressée à l'œuvre, de seconder, de soutenir, de faciliter l'action des parents.

Il faut aussi à l'autorité paternelle des bornes et un contrôle et pour le même motif qui la veut forte et respectée. Ce n'est pas une souveraineté indépendante : le père, ayant le devoir de bien élever ses enfants, n'a pas la liberté de les élever mal ou de ne pas les élever du tout ; leurs droits forment donc une limite naturelle à ses prérogatives. La puissance paternelle ne conservera pas son énergie première à quelque âge que soit parvenu l'enfant. Protection nécessaire et de tous les instants, même au point de vue matériel, au début de la vie, elle devra ralentir ses manifestations à mesure que, le fils grandissant, sa formation se complète ; si les parents sont portés facilement à voir en lui toujours un enfant, fût-il devenu homme, le droit naturel s'oppose à la maintenue d'un pouvoir dégénérant en injustice dès qu'il apporte une entrave au développement individuel au lieu de le favoriser. A un certain âge le fils, son éducation étant présumée terminée, doit être mis hors de tutelle en ce sens tout au moins que, non détruite mais transformée, l'autorité paternelle dépouillera certains attributs. Même auparavant d'ailleurs, ce pouvoir comporte des limites et nul ne songe à en légitimer les excès. Quand le père manque à son rôle sacré, il y a grave conflit entre les intérêts que l'exercice normal de ses attributions avait précisément pour but de combiner harmonieusement : celui du protégé et celui de l'éducateur ; tous les deux en éprouvent un sérieux préjudice, cruellement ressenti par la société tout entière. Or, si nous avons jusqu'ici supposé des parents à la hauteur de leurs fonctions et tracé un tableau de la famille telle qu'elle devrait être, il faut prévoir que certains s'écarteront de cet idéal ; la preuve en est facile à fournir à toutes les époques, de nos jours comme dans les temps passés. Bien profonde est la maxime courante : « tel père, tel fils » ; si l'éducation familiale ne donne pas toujours les fruits qu'il eût été légitime d'en attendre, les parents en sont souvent et pour une large part responsables : à eux

d'abord de se corriger avant de corriger les autres. Pour éviter les abus, un double contrôle s'impose : contrôle de l'épouse, responsable elle aussi de l'avenir de l'enfant, ayant droit sur lui, dont l'inquiète affection à son égard est une garantie de surveillance active ; puis, comme le père peut passer outre aux justes observations de la mère, comme celle-ci s'abstient peut-être d'en présenter, soit qu'elle partage les erreurs de son mari, soit qu'elle soit tombée sous son absolue domination par affection aveugle ou crainte, le pouvoir social devra exercer un contrôle suprême à titre exceptionnel mais effectif.

De cet examen rationnel d'après les données du droit naturel, il est facile de déduire, dans ses grandes lignes au moins, la théorie dont devra s'inspirer la législation positive pour concilier heureusement les intérêts distincts, mais nullement opposés, des parents, des enfants et de la société. Les principes à appliquer restent les mêmes ; seuls les détails d'application peuvent varier avec les époques. La loi devra organiser fortement la puissance paternelle, l'atténuant à l'égard du fils devenu homme sans jamais la faire disparaître absolument. La société aidera les parents dans leur tâche et la leur facilitera, sauf à se substituer à eux dans des cas tout-à-fait anormaux. Un contrôle et une surveillance seront organisés pour réprimer les abus individuels toujours possibles sans que les droits des parents dignes de ce nom soient sacrifiés, sans que, sauf le cas d'absolue nécessité, l'Etat assume une mission éducatrice pour laquelle il n'est pas fait. Enfin législateur et pouvoirs publics travailleront, chacun dans sa sphère, à relever le niveau moral de la nation.

1° La loi, disons-nous, organisera fortement la puissance paternelle. Sans doute il y a des enfants martyrs ou dépravés au sein même de la famille, c'est un affreux malheur et il y faut porter remède ; il y a des parents coupables, ils doivent être punis. Mais les institutions les plus nobles par leur origine et dans leur but ne comportent-elles pas, mises en jeu

par des hommes, les plus graves imperfections, et convient-il, à raison d'abus heureusement isolés encore, de les rejeter comme inutiles ou même nuisibles? Ne vaut-il pas mieux se contenter de parer aux plus graves dangers du moment? Sachons nous garder d'entraînements généreux mais irréfléchis en faveur des faibles opprimés par les forts: la suppression de toute autorité légitime en résulterait facilement; une généralisation hâtive serait désastreuse, quelqu'intéressantes que fussent les espèces observées, quelqu'immérités que fussent les maux exceptionnels signalés (1). Une société, rappelons-le, ne peut vivre normalement sans l'existence de familles unies et compactes, et une société démocratique moins que toute autre; or pas de famille sans autorité paternelle. Libérale à l'égard de toutes les associations qui constituent, avec l'accroissement de la civilisation, un besoin de plus en plus impérieux pour les citoyens, la législation reconnaîtra donc et respectera l'association primitive et naturelle qu'est la famille; elle consacrera, comme l'une des bases fondamentales de l'édifice social, le pouvoir des parents, « de toutes les puissances celle dont on abuse le moins (2) », celle dont nul ne doit douter même aux époques de décadence, car elle est fondée « sur la dignité créatrice et sur l'amour paternel, la plus durable et la moins égoïste des affections humaines (3) ».

Mais quels attributs la loi conférera-t-elle au père? C'est là une tout autre question d'ordre beaucoup plus contingent. Suivant le mot de M. Labbé (4), à aucune époque la formule du droit n'est définitive, elle est toujours à réviser. L'application des règles positives aux principes du droit variera suivant les lieux et les climats, suivant aussi les origines et les

(1) C'est, dit Gœthe, la caractéristique des esprits faibles que, dans leurs inductions, ils passent aussitôt du particulier au général, tandis qu'on ne doit chercher le général qne dans l'ensemble des faits particuliers.

(2) Montesquieu, *Lett. pers.*, n° 79.

(3) Le Play, *Réf. soc.*, p. 414.

(4) Introduction au livre de M. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 11.

mœurs de chaque nation ; il en résultera même une difficulté réelle à comparer deux législations quant au degré de rigueur suivant lequel elles ont organisé la puissance paternelle, les moyens les plus divers permettant d'atteindre le même but : une vue d'ensemble s'impose pour chacune d'elles et tout examen de détail est voué fatalement à l'erreur. Bien plus, au sein d'une même nation, le mode d'exercice pourra changer avec les époques et les conditions économiques de la vie. Ne l'oublions pas toutefois, toute modification en pareille matière doit être prudente, car, une fois entrée dans les mœurs par la force de la tradition, la forme d'une institution en devient presqu'inséparable et se renouvelle difficilement sans que l'institution elle-même en reçoive quelque atteinte ; il faut pourtant que le père conserve toujours une autorité adéquate à sa mission. De plus, détruire est chose plus aisée que réédifier et le changement n'est justifiable qu'à charge d'être un véritable progrès.

La loi fera donc grande l'autorité paternelle et l'État, dépositaire des richesses de la nation, pourra encourager et faciliter la mission éducatrice des parents. Un âge sera fixé d'ailleurs auquel l'enfant, majeur ou émancipé, devenant en droit comme en fait responsable, pourra agir par lui-même et en dehors de toute intervention paternelle dans les actes ordinaires de la vie ; mais l'autorité du père sera seulement transformée. Le conseiller d'Etat Réal, dans son exposé des motifs présenté, le 23 ventôse an XI, au Corps législatif, ne déclarait-il pas que, moyen de défense et de direction pendant la jeunesse, cette puissance devient, après la majorité, « toute de conseil et d'assistance et se borne à obtenir du fils de famille des témoignages éternels de respect et de reconnaissance (1). » La formule nous paraîtrait suffisante si du moins les obligations du fils étaient sérieusement sanctionnées, car elle assurerait le maintien de la famille.

(1) *Sic* Demolombe, t. VI, nos 268 et suivants ; Aubry et Rau, t. VI, § 549, note 1.

Entre autres avantages, cette stabilité rendrait inutile la tendance actuelle, d'origine socialiste, à confondre la question de la vieillesse avec la question de l'indigence, le vieillard avec le nécessiteux. Il y a là une erreur profonde conduisant à l'injustice (1) : c'est à la famille, non à la société, toutes les fois que la chose est possible, qu'il appartient d'entretenir et soutenir ses membres ; les parents doivent assistance à leurs enfants dans le jeune âge, les mœurs et la loi doivent imposer semblable obligation aux enfants à l'égard des parents devenus vieux.

2° Nous avons dit de plus qu'une législation digne de ce nom doit organiser un contrôle de la puissance et un recours contre des abus toujours possibles en même temps qu'une suppléance éventuelle pour les cas extraordinaires. Il n'est pas besoin pour l'admettre de recourir à la conception moderne des parents exclusivement débiteurs (2) ; le droit naturel commande cette solution, car la faute d'éducateurs indignes préjudicie trop à la société tout entière pour qu'elle puisse s'en désintéresser. Il importe que l'ordre règne dans la famille comme dans la cité et les précautions, toujours utiles à prendre, seront absolument nécessaires en un temps où les grands courants de la vie sociale, les transformations économiques de l'existence, les changements soudains de condition, de rang, de fortune et de lieu, si fréquents aujourd'hui, conspirent avec la dégénérescence des mœurs pour affaiblir le lien familial, symbole de permanence et de stabilité. La justice semble désignée dans un pays civilisé pour assurer, à la requête tout au moins de la mère et du repré-

---

(1) On a, à ce point de vue, critiqué non sans force la loi danoise du 9 avril 1891 sur les retraites pour la vieillesse. Elle est de nature à relâcher les liens familiaux en venant en aide à ceux dont les enfants se soustraient, même sans motif, à l'accomplissement de leurs obligations morales, tandis qu'un père, hébergé par son fils, n'a droit à aucune pension. Les proches parents ne trouveront-ils pas là un prétexte pour s'exonérer d'une charge sacrée ?

(2) *Confer.* M Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889, Rev. crit.*, t. xx, 1891, p. 16 et suiv.

sentant de la société, le respect dû aux droits des enfants et pour mettre fin à des situations de fait particulièrement intolérables. Reste à suppléer et même remplacer tout-à-fait les pères et mères absents, empêchés, indifférents ou indignes auprès de mineurs laissés dans un complet abandon matériel ou moral. Pour donner à ceux-ci un équivalent, si éloigné soit-il, j'allais dire l'illusion, de l'appui nécessaire que leur assure l'autorité paternelle, on s'adressera aux parents plus éloignés, à des tiers ou à des associations charitables éprouvés, voir même en dernière analyse à l'Etat dont l'intervention en pareil cas est sans doute un désordre, mais un désordre exceptionnel et passager, un désordre justifié par la nécessité (1).

Mais, quoi qu'il arrive, le rôle de la puissance publique sera toujours limité à la mesure strictement indispensable et elle ne devra user de son droit d'intervention qu'avec une circonspection extrême. Il y aurait perte cruelle pour tous, pour les individus comme pour la communauté, si l'autorité paternelle était déprimée, découronnée de quelque attribut important. Le mal serait plus grand encore et ce serait un crime antisocial, dès lors que la famille n'est pas une forme transitoire appelée à disparaître avec les progrès de la civilisation, si l'on prétendait substituer l'Etat aux pères d'une façon générale pour l'éducation des jeunes générations. Une telle solution renouvelée des lois spartiates, quoique aujourd'hui prônée par toute une école (2), doit être repoussée sans hésitations. Contraire à nos habitudes et à nos mœurs nationales, contraire au génie français qui repousse énergiquement

(1) Ch. Périn, *Les lois*, liv. III, ch. V, tit. I, p. 436.

(2) C'est la conception socialiste appliquée à ce point de vue particulier. Elle est assurément dangereuse par sa passion à substituer à l'association naturelle qu'est la famille des associations artificielles et arbitraires; elle est destructive de la liberté humaine. Le socialisme « veut vous prendre vos enfants pour en faire ce qu'il nomme superbement les enfants de la patrie; il veut prendre votre champ pour en faire généreusement la propriété de la patrie; il veut prendre tout enseignement afin qu'il n'y ait plus qu'une école qu'il appellerait hypocritement l'école de la patrie ». P. Félix, *Le progrès par le christianisme*, conférences de 1860, 3e conf., p. 158.

les restrictions absolues au principe de liberté (1), la prescription risquerait fort d'être inobservée. Serait-elle même exécutable dans un pays de centralisation administrative comme le nôtre où tous les groupements, d'origine relativement récente, n'ont de vie commune que sous l'influence perpétuellement ressentie du pouvoir central (2)? Où trouver l'armée de fonctionnaires indispensable pour remplacer tant bien que mal les parents exclus de leur fonction traditionnelle? Enfin et surtout on ne change pas impunément l'ordre éternel des choses et, si regrettables que soient les abus individuels reprochables aux parents, ils sont certes moins dangereux que ne le serait pour l'ensemble de la nation la tyrannie de l'État; ici surtout il est vrai de dire : « sans doute il vaut mieux beaucoup de gouvernement que beaucoup de désordre, mais c'est faire payer l'ordre bien cher si on ne peut l'avoir qu'à force de gouvernement (3). »

Par cette innovation, on détournerait d'abord les parents de ce qui est leur fonction naturelle : seuls, les moins pénétrés de leurs devoirs se trouveraient débarrassés d'un fardeau gênant tandis que les autres, les dévoués, seraient frappés injustement; une telle mission, de plus, pour laquelle l'Etat n'a pas de vocation directe, absorberait le meilleur de ses forces sans être pour cela bien remplie et lui conférerait en même temps une omnipotence dangereuse faute de contrepoids pratiquement efficace. Dans la France moderne surtout où la puissance de l'Etat n'est contrebalancée par aucune association indépendante, par aucun corps ayant quelque cohésion et fondé sur la tradition, la suppression de l'autorité

(1) Pour prendre un exemple en une autre matière, il semble bien difficile de demander sérieusement en France la prohibition de la fabrication et de la vente des liqueurs à raison des ravages malheureusement trop réels de l'alcool.

(2) Sur la vérité de cette affirmation et la comparaison de notre organisation sociale avec celle d'autres démocraties, voir Ch. Benoit, *Une démocratie historique: la Suisse*, *Rev. des deux mondes*, t. CXXVII, 15 janv. 1895, p. 280.

(3) J. Simon, *La liberté*, t. II, p. 185.

paternelle, partant de la famille, accuserait encore davantage le vice capital de notre organisation individualiste qui n'a laissé en présence que le colosse de l'État et la poussière des citoyens isolés, réduits à l'impuissance. On s'indigne avec raison contre la conduite barbare de certains parents envers leurs enfants ; combien plus graves, plus générales et surtout mieux fondées encore seraient les critiques dirigées contre l'éducation de la jeunesse par la société elle-même ! Au despotisme brutal de quelques pères on substituerait la tyrannie universelle de l'Etat, tyrannie méticuleuse, tracassière, oppressive, d'autant plus inquisitoriale qu'elle s'exercerait sur la vie privée des citoyens. Au lieu d'une action souple et appropriée aux circonstances, nécessaire dans l'œuvre de l'éducation, des règles précises et rigides auraient certes l'avantage d'atténuer l'arbitraire des fonctionnaires chargés de cette mission, mais entraveraient aussi les bonnes volontés et les initiatives heureuses. Une telle tentative en somme, si elle n'aboutissait pas à une constatation rapide d'impuissance, entraînerait de suite la perte de toute liberté.

3° Enfin, pour conserver au sein de la famille l'atmosphère de dévouement, d'abnégation réciproque, qui est indispensable à son existence normale, législateur et gouvernement s'attacheront de concert à maintenir ou relever, le cas échéant, le niveau moral de la nation ; ce ne sera pas en ce dernier cas l'affaire d'un jour. « Le peuple, a dit un savant auteur (1), qui possède la législation pénale la plus rigoureuse et la plus fidèlement appliquée, est bien près de devenir le peuple le plus foncièrement moral, s'il ne l'est déjà. » Nous n'acquiesçons pas sans réserves à cette affirmation. Avec les progrès de la civilisation nous voyons le nombre des faits punissables s'augmenter ; la perversité humaine se fait plus féconde et il en faut réprimer les nouvelles manifestations ; ce n'est pas la preuve pourtant de la moralisation des peuples. N'y a-t-il pas quelque amère dérision à considérer comme un

(1) Fuzier-Herman, *Protection légale des enfants contre les abus de la puissance paternelle*, p. 10.

progrès, au point de vue de la moralité publique, les mesures de protection nouvelles prises en faveur des enfants contre leurs parents? Qu'elles puissent à certains moments être commandées par les circonstances à raison du nombre et de la gravité des abus, ce n'est pas discutable, mais alors précisément elles sont l'indice d'une vraie décadence dans les mœurs. Est-ce bien du reste à compter du jour où le législateur les prend expressément sous sa protection que les faibles acquièrent la meilleure des conditions au sein d'un peuple? L'histoire répondrait plutôt le contraire : par exemple, à Rome, les lois édictées en faveur des esclaves ont marqué un progrès relatif par leur réaction contre les cruautés des maîtres dégénérés ; mais ces cruautés étaient inconnues, en général du moins, de la Rome primitive et, bien qu'ils fussent soumis à un pouvoir absolu, sans limites, le sort des esclaves était préférable alors. Surtout il faut rappeler ici l'ancien adage devenu banal mais resté si vrai : *Quid leges sine moribus?* On n'impose pas la vertu par décret et c'est la vertu qui fait dans un peuple les pères sages, les fils respectueux et soumis, qui inspire à tous le dévouement et le sacrifice de soi, qui leur donne la saine notion de leurs devoirs et de leurs responsabilités. L'action de la loi, si justifiée qu'elle soit à nos yeux, n'aura donc les conséquences heureuses dont quelques-uns se flattent à l'égard de la famille qu'à la condition de se combiner avec une restauration des idées morales et aussi, il faut le dire, des idées religieuses dans la masse des citoyens. Elle est insuffisante à elle seule car, tout précis et complet que puisse être un texte législatif, il devra laisser aux particuliers une certaine liberté : combien d'abus passeront inaperçus, combien de parents, sans tomber directement sous ses coups, s'emploieront mal à l'accomplissement de leur tâche !

En dehors de la répression des faits les plus graves, le législateur et le gouvernement n'auront guère qu'un rôle négatif à remplir ; je n'entends cependant pas dire par là qu'il soit sans importance. Ils éviteront et condamneront toute excitation aux passions malsaines, aux plus bas instincts

d'indépendance, et cette fièvre de déclassement qui, à certaines époques, dévore toutes les classes de la société (1). Puis, sans se décourager par la lenteur bien explicable des progrès puisqu'il s'agit de reconstituer les mœurs d'une nation qui les a perdues, ils laisseront le temps faire son œuvre en encourageant et honorant les bonnes volontés, les influences bienfaisantes. « Toute mesure législative, quelle qu'elle soit, ne peut avoir en cette matière qu'une influence très limitée ; elle peut permettre de faire le bien mais n'en peut faire beaucoup par elle-même. Le sûccès dépend ici du concours de tous (2) » ; c'est le développement de l'idée morale et religieuse qui l'assurera le plus certainement. A regarder au-dessus de soi, l'homme s'élève et ses facultés s'épurent. Placée comme base de l'éducation, la religion constitue une des plus solides garanties pour les mœurs et un sérieux obstacle aux désirs de jouissance matérielle. Dominant la famille, elle pondère l'autorité du père auquel elle montre la grandeur de sa responsabilité et fait s'harmoniser puissance et tendresse sans les sacrifier l'une à l'autre ; elle facilite chez les enfants l'obéissance à un pouvoir qui, venant de Dieu, leur paraît à la fois plus auguste et plus respectable. Comment donc la loi et le pouvoir social, même chez une nation d'incroyants, refuseraient-ils l'aide puissante de la religion dans une œuvre où leur sphère d'action propre est si limitée ? Si par une aberration fatale ils prétendaient faire abstraction d'une telle force, les tentatives de réforme les plus généreuses échoueraient, croyons-nous, fatalement.

---

(1) L'étude de ce phénomène social relativement nouveau et de ses conséquences constitue l'unité et en même temps l'intérêt puissant de l'œuvre du romancier allemand contemporain, M. Sudermann.

(2) Charmont, *Rev. crit.*, 1891, p. 534. *Sic* Pascaud, *Rev. gén.*, p. 398-400, 511 ; Baron d'Ourem, *Comm. à la Société de législ. comp., session extraordinaire de 1889*, p. 180. M. J. Challamel (*An. lég. étr.*, 1891, p. 317), parlant des efforts législatifs en cette matière, dit : « Si le principe supérieur qui les inspire est évidemment juste et bon, leur efficacité est tout entière dans l'application plus ou moins intelligente et charitable qu'on saura faire des dispositions légales. »

Le législateur français moderne s'est-il inspiré d'idées semblables dans l'élaboration de sa théorie sur la puissance paternelle ? Comment au début du siècle a-t-il exprimé en règles positives les principes par lui admis ? Quelles modifications ont été apportées depuis lors au Code civil et dans quel esprit ont-elles été conçues ? Enfin, y a-t-il des lacunes à combler, des changements à opérer en cette importante matière ? Telles sont les questions que nous nous proposons d'étudier à la lumière des principes posés plus haut. Les législations étrangères pourront nous fournir en passant d'utiles enseignements, mais, avant tout, comme le système français n'est pas une conception *a priori* des auteurs du Code civil sans racines dans le passé, il nous paraît indispensable de jeter un rapide coup d'œil sur les législations anciennes, principalement sur celles qui ont exercé une influence directe dans notre pays, c'est-à-dire le droit romain et le droit coutumier.

CHAPITRE PREMIER

Coup d'œil historique sur les législations anciennes (1).

A s'en tenir à la période historique et sans remonter à l'époque où la Cité (2) n'est pas encore constituée à côté et au dessus du groupe familial, où tous les pouvoirs à peu près devaient être réunis aux mains de son chef faute d'autre autorité humaine supérieure, nous trouvons chez tous les peuples de l'antiquité la famille réglementée par une sorte de droit religieux distinct de la législation ordinaire et respecté par elle (3). Partout l'autorité du père est reconnue et consacrée, sauf à Sparte où, à partir de leur septième année, les enfants sont attribués à l'État. Presque partout aussi l'influence de la mère, forte ou faible en fait d'après les mœurs de chaque nation, ne trouve nul appui dans les lois. D'ailleurs on peut, au point de vue de la persistance et de l'intensité d'énergie de la puissance paternelle, distinguer entre les divers peuples. Chez quelques-uns, en Judée par exemple (4), à Athènes en vertu de lois fort anciennes, et en

(1) Sur cet historique voir : Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France;* Delepierre, *Histoire de la puissance paternelle ;* Pascaud, *Rev. gén.* (1891), t. xv, p. 484 et suiv.

(2) L'antiquité ne s'est pas élevée jusqu'à la notion moderne de l'État. Pour les philosophes comme pour les législateurs, la Cité représente tous les intérêts ayant un caractère de généralité qui excèdent les limites de la famille ; extension de celle-ci, la Cité se règle sur ce type et le reproduit dans de plus grandes proportions. (Voir G. Perrot, *Essai sur le droit public d'Athènes*, ch. II, p. 132.)

(3) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 39, 40. Le culte des ancêtres rendu par la descendance mâle aux ascendants décédés se retrouve sous toutes les latitudes, aux Indes comme en Chine, chez les Cafres du sud de l'Afrique et chez les Indiens de l'Amérique du Nord *(Revue catholique des institutions et du droit*, juillet 1887, p. 75, 76). C'est un argument en faveur tant de l'admission de la parenté masculine comme base de la famille que de l'ancienneté de la puissance paternelle.

(4) Pour le droit mosaïque, voir Lenormant et Babilon, t. VI, p. 193, 194.

Égypte depuis Sésostris tout au moins, la Cité intervient dans les rapports de famille ; les deux dernières législations se montrent très préoccupées de l'intérêt de l'enfant légitime (1) : tenu à tout âge sous des sanctions sévères vis-à-vis de ses auteurs à des devoirs de respect et de déférence, il acquiert du moins, sa formation étant achevée, une personnalité distincte et dans une large mesure indépendante de celle du père. Ailleurs, en Chine par exemple (2) et selon toutes probabilités chez les peuplades italiotes et étrusques, ancêtres du peuple romain, l'autorité familiale revêt un caractère de rigidité, d'omnipotence, de perpétuité, que seules les mœurs tempèrent sous l'influence religieuse. Le chef de famille est pontife et juge suprême, maître des personnes comme des biens : le terme employé pour le désigner révèle plutôt une idée de puissance majestueuse qu'il ne rappelle le fait de la génération. Ce chef compose à son gré le groupe qu'il régit par des admissions et des expulsions arbitraires ; il prononce des condamnations sévères, même des condamnations à mort ; en lui s'incarne la famille qui est tout, absorbant et annihilant la personnalité de l'individu (3). Dans ces nations, ce droit familial et cette décentralisation de l'autorité persistent au sein de la Cité, simple fédération de familles,

— C'est un crime chez les Juifs de tuer un nouveau-né (Tacite, *Histoire*, I, 9). « Corrige ton fils et n'en désespère jamais et ne prends pas une résolution qui aille à sa mort. » (*Proverbes*, XIX, 189.)

(1) Le père a comme maximum de droit, à Athènes, la faculté d'expulser de la maison et d'exhéréder son fils (Denys d'Halicarnasse, IV, 26, 27 ; Barilleau, *Nouvelle Revue historique*, 1883, p. 116. Voir, sur la loi de Gortyne, Dareste, *Nouvelle Revue historique*, 1886, p. 254.)

(2) Schérer, *La puissance paternelle en Chine* ; Tcheng-Ki-Tong, *Revue des deux mondes*, 1884, p. 284 ; R. P. Largent, *L'infanticide en Chine*, 1885 ; Eug. Simon, p. 58 ; Berr de Turquie, *Bulletin de la société de législation comparée*, t. VIII, p. 284. — D'après M. Fustel de Coulanges, le système familial des Hindoux se rapprocherait de ce type, mais on n'y trouverait pas trace du droit pour le père de vie et de mort sur les enfants.

(3) Il en est encore aujourd'hui de même, la collectivité familiale annihilant les individus, chez les Kabyles algériens (E. Besson, *Bulletin de législation comparée*, 1894, p. 278 et suiv.). L'auteur, p. 289 et suiv., rapproche aussi les règles adoptées par les coutumes kabyles, quant à la puissance sur les femmes, des principes admis par l'ancien droit romain.

pourrait-on dire, dont la législation positive respecte les attributions étendues des chefs de groupes.

Section première. — *Droit romain.*

Entre ces deux types différents pour la constitution de la puissance paternelle, pouvoir de protection ici et là omnipotence absolue, les peuples à l'origine ont oscillé, se rapprochant plus ou moins de l'un ou de l'autre suivant le génie propre de chaque nation. Le droit romain primitif se rattache nettement à la seconde catégorie et même alors qu'avec le temps des restrictions successives auront atténué les rigueurs de la théorie, il restera quelque chose de sa rigidité première, la *patria potestas* demeurera une institution originale dont les Romains s'enorgueilliront à ce titre (1) ; on peut lui trouver des analogies mais non des équivalents complets au moins pour sa persistance dans sa pureté archaïque.

A Rome, la famille a une base essentiellement religieuse ; antérieure à la loi civile, elle a été maintenue d'abord par elle dans son intégrité avec un arrière-but politique. Primitivement les relations de droit sont restreintes aux groupes ayant par les mâles une origine commune, réelle ou fictive, aux *familiæ* et aux *gentes* ; chacun de ces groupes a son culte et son administration propres et l'unité de culte et d'administration, non les liens du sang, constitue le cercle familial seul revêtu, à l'exclusion des individus le composant, d'une personnalité incarnée dans son chef, le *paterfamilias*. L'intérêt exclusif du groupe ainsi compris fonde l'autorité paternelle, réservée par suite au seul chef de famille citoyen, car il n'existe de culte domestique que pour les nationaux, et s'exerçant uniquement sur les personnes choisies par lui suivant des formes solennelles et liturgiques. Nul autre n'y peut prétendre : ni le père naturel s'il ne fait pas partie de la maison ou s'il est lui-même en puissance, ni la mère qui, à ce titre du moins, n'a en pur droit civil aucun lien de parenté avec

(1) Gaius, I, 55.

ses enfants (1). Sans doute la famille romaine repose sur le mariage, les *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire l'union des sexes conforme aux rites liturgiques, mais le lien du sang ainsi créé n'est ni nécessaire ni suffisant pour établir la parenté juridique. Le père, a-t-on dit (2), n'est pas à Rome celui qui engendre mais celui qui commande ; maître de sa famille, il la compose à son gré : il est libre d'en refuser l'accès à l'enfant naissant qu'il juge trop faible (3) ou d'en exclure plus tard par l'émancipation son fils légitime ; il peut à l'inverse y admettre des étrangers par des modes artificiels telle que l'adoption et l'adrogation.

Bref, à l'époque primitive, la parenté par les mâles, l'agnation, seule reconnue par la loi qui range les *cognati* avec les *affines*, se confond à Rome avec la soumission au maître de la maison (4) et cette conception a été respectée par les plus anciens documents législatifs introduits dans la cité. Chaque famille est pour ainsi dire fermée et se suffit à elle-même ; on ne peut faire partie de deux familles à la fois, ce serait se placer sous deux juridictions distinctes pouvant entrer en conflit.

La *patria potestas*, apanage exclusif du chef de famille, lui appartient durant toute son existence, quels que soient l'âge et le rang social des enfants, quelle que soit aussi sa décrépitude de corps et d'esprit, il est le maître, le patriarche ; il peut seulement abdiquer ses droits à l'égard d'une personne déterminée en l'émancipant ou en conférant à un tiers le droit de *mancipium* sur elle. Les Romains des premiers siècles ont donc proclamé l'incapacité absolue du fils de famille

---

(1) *Mulier familiæ suæ et caput et finis est.* Ulpien, l. 195, § 5, *D. de verb. signif.*, L. 16.

(2) Gide, *Cond. de l'enfant nat.*, p. 32.

(3) Aristote indiquant, à la fin de son traité de la République, un plan d'éducation de la jeunesse, pose en règle que les enfants mal conformés doivent être tués dès leur naissance. La loi de Lycurgue, à Sparte, le prescrit.

(4) S. Maine, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, traduction franç., 1880, p. 86 ; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 64.

dans le domaine du droit privé alors qu'ils admettaient sa pleine capacité en droit public (1). — En même temps, la *patria potestas* est absolue, et ni les mœurs ni la législation primitive n'ont établi de contrôle sur son exercice, le *pater* est indépendant de la Cité pour la direction de sa famille, l'État a pleine confiance dans sa justice (2).

Ayant le devoir en même temps que la haute mission d'assurer la perpétuité d'une famille par le mariage *liberorum quærendorum causa*, le citoyen *sui juris* doit aussi veiller au maintien dans son intégrité du culte domestique, de l'ordre parmi ses subordonnés. Il est seul administrateur, grand prêtre et magistrat sans appel dans cette agglomération d'individus. Nulle autre influence ne pénètre dans la maison qui puisse menacer le repos et la paix domestiques. Administrateur, tous les biens lui appartiennent et il gère la fortune familiale à son gré ; bien mieux, il a un droit de quasi-possession sur ses enfants, droit qu'il peut faire valoir *erga omnes* (3) et dont il tirera profit soit en soumettant par voie de vente (4) ou de mise en gage l'enfant au *mancipium* d'un tiers soit en louant son travail à autrui ; c'est lui que lèsent les délits commis contre un membre quelconque de la *familia* comme il est responsable des délits commis par eux. Prêtre, il a seul qualité pour présider aux cérémonies des-

(1) M. Cuq, *op. cit.*, p. 67, explique la maintenue en droit romain de la puissance paternelle pendant toute la vie du *paterfamilias*, contrairement à la règle de la législation grecque, par la différence des professions auxquelles s'adonnaient les deux peuples : les Romains étaient cultivateurs, les Grecs commerçants. Cette observation très fine pourrait trouver sa confirmation dans ce fait qu'aujourd'hui encore, dans les provinces de France adonnées à la culture, on trouve souvent réunis sous une même direction tous les efforts et toutes les ressources d'une famille pour l'exploitation d'une ferme.

(2) L. 195, *D. de verb. signif.*, L. 16.

(3) Ulpien, R. V., § 1.; Paul Lacombe, *La famille dans la société romaine*, p. 129 (1889); P. L. L. et A. W., *Rev. gén. du droit*, 1887, p. 246.

(4) D'après Denys d'Halicarnasse qui attribue cette interdiction à Numa, la vente du fils marié est impossible (II, 27). La vente transfère, non la puissance paternelle inaliénable, mais le *mancipium* qui cesse en principe lors du recensement quinquennal (Gaius, I, 140, *Coll. leg. mosaic.*, II. 3).

tinées à consacrer les principaux événements modifiant la composition de la famille, notamment les naissances et les mariages ; chargé de conserver pur le groupe soumis à son autorité, c'est de sa volonté que dépend l'entrée dans ce groupe du nouveau-né ou de l'épouse de son fils ; il conclut les mariages de ceux qui lui sont soumis, les brise et peut exclure tel ou tel membre de la famille (1). Enfin, il est magistrat domestique (2): d'une part aucune action judiciaire n'est possible entre les membres d'une même famille, d'autre part il a le droit de punir tout acte répréhensible commis par l'un d'eux, cet acte constituât-il une infraction aux lois de la Cité (3). Son pouvoir lui permet de frapper l'enfant dans sa personnalité juridique, soit qu'il le vende à titre d'esclave et lui fasse perdre ainsi le droit de cité (4), soit qu'il l'exclue de la famille par voie d'*abdicatio ;* il l'atteindra aussi dans sa personne physique en le condamnant à la flagellation, à l'emprisonnement ou aux travaux forcés, voir même à la mort (5). Qu'il y ait lieu d'infliger une peine légère, une correction modérée par exemple, ou la plus grave de toutes au contraire, l'État n'a rien à voir à cette condamnation.

Telle est l'organisation primitive de la famille romaine, que la loi ancienne respecte absolument dans la sphère du droit privé (6), se bornant à régler les rapports du chef et des mem-

---

(1) L'*emancipatio* à l'origine est une véritable peine, très analogue au bannissement, faisant de l'individu un sans famille alors que la famille est tout. Elle s'opère par trois *mancipationes* à l'égard d'un enfant mâle du premier degré, par une seule à l'égard de tout autre descendant.

(2) *Domesticus magistratus.* Sénèque, *De benef.*, III, 11.

(3) Voir les cas cités dans Salluste, *Catilina*, n° 39 ; Tite-Live, I, 26 ; Valère Maxime, VI, 1, 3-6.

(4) Cicéron, *Pro Cæc.*, 34 ; *De orat.*, I, 40.

(5) L. 11, *D. de lib. et posth.;* Denys d'Halicarnasse, t. IV, 26, 27; Cicéron, *De officiis*, I, 17 ; *Pro domo*, 27; Valère Maxime, V, 8, 5 ; 9, 1 ; VI, 1, 5 ; 3, 10 ; Suétone, *Aug.*, 65 ; Dion Cassius, XXXVII, 36 ; Cuq, *op. cit.*, p. 155, 157 ; Béchamp, *Droit de vie et de mort, etc., Revue catholique des institutions*, t. XVIII, p. 56.

(6) La théorie de la *patria potestas* n'a pas d'application en droit public : le fils peut être à ce point de vue le supérieur de son père. L. 9, *D. de his qui sui*, I. 6, § 4 ; Inst. I, 12, *quib. mod. jus pot.;* Aulu-Gelle, liv. II,

bres de la famille avec les tiers, mais non entre eux. Elle est arbitraire mais puissante et met la corporation tout entière dans la main de son chef ; elle est surtout propre au génie romain (1): elle ne pouvait naître en effet que dans une oligarchie aristocratique où elle assurait la perpétuité des fortunes privées en même temps que les traditions nationales et religieuses alors confondues. Il ne faut pas croire d'ailleurs que, dans la Rome antique, la puissance paternelle ne comportât aucune limitation : c'est celle d'un magistrat et non d'un despote (2), elle doit être exercée avec conscience et à ce point de vue, la rareté, la brièveté, l'insuffisance de la loi étaient largement compensées par l'influence des mœurs et de l'opinion publique. La loi des XII-Tables permet au père de faire disparaître les enfants monstrueux (3), mais l'usage exige qu'il prenne préalablement l'avis de cinq voisins (4). De plus les coutumes gentilices (5) ont toujours admis l'intervention d'une sorte de conseil de famille composé des parents par le sang (cognats, *propinqui*) qui doit être consulté avant toute condamnation du fils dès lors qu'il s'agit d'une faute grave (6). Signalons enfin le rôle de surveillance du

---

ch. 2, *in fine ;* Cicéron, *De invent.*, II, 17. — *Confer* cependant à l'origine Denys d'Halicarnasse, II, 26.

(1) Gaius, I, 55 et 189. Le jurisconsulte va trop loin en niant l'existence d'une puissance analogue chez les autres peuples, hormis chez les Galates. La législation primitive irlandaise rappelle beaucoup le système romain. (D'Arbois de Jubainville, *Nouv. rev. hist.*, 1886, p. 466 et suiv.)

(2) Sénèque, *De benef.*, III, 11. *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate, consistere.* (L. 5, D. XLVIII, 9, *De leg. pomp. de parric.*)

(3) Cicéron, *De leg.*, III, 8. Sénèque légitime ce meurtre (*De ira*, I, 15.)

(4) Denys d'Halicarnasse, II, 15. Certaines *gentes* interdisaient même à leurs membres l'exposition des enfants. (Denys, IX, 22 ; Tite-Live, VI, 20).

(5) Le tribunal de famille est l'œuvre de la Coutume, non de la Loi. (Tacite, *Ann.*, XIII, 32.)

(6) Voir sur l'organisation et le rôle de ce tribunal domestique : de Fresquet, *Rev. hist.*, 1855, p. 125; Boistel, *Le droit de la famille*, 1re partie, p. 167; Béchamp, *op. cit.*, *Rev. cath. des inst*, t. XVIII, p. 56 et suiv.; Cuq, *op. cit.*, p. 156, 157, et les auteurs anciens qu'il cite. Ledit tribunal pouvait comprendre des amis (Denys d'Halic., IV, 66; Tite-Live, I, 58; Valère Maxime, V, 9) ; il se réunissait surtout pour l'exercice du *jus vitæ necisque* (Cicéron, *De fin.*, I, 7) et du divorce (Valère Maxime, II, 9, 2 ; Plaute, *Stichus*, 1, 2,

censeur qui, pour s'exercer surtout dans l'ordre moral, n'en est pas moins fort effectif. L'abus du pouvoir paternel, un excès d'indulgence ou de sévérité, est considéré comme un manquement aux *mores boni*. Héritier des pouvoirs de la *gens* et du droit de contrôle exercé par l'ensemble des associés sur la conduite de chacun d'eux avec possibilité de l'exclure de toutes les cérémonies du culte, le censeur frappe d'un blâme officiel le père qui manque aux devoirs imposés par la coutume, probablement aussi il le peut traduire devant l'assemblée du peuple (1). «Les Romains ont ouvert aux censeurs la porte de la maison, l'intérieur des appartements; rien de ce qui s'y passe n'échappe à leur surveillance et à leur autorité. On a pensé qu'il ne fallait pas qu'un père pût montrer trop de dureté ou de faiblesse dans l'éducation de ses enfants (2). »

La loi des XII-Tables et les autres lois anciennes ont fort peu modifié cet état de choses ; tout au plus ont-elles interdit au père de tuer ses enfants en bas âge (3) et lui ont-elles enlevé au profit des magistrats de la Cité le droit de juger son fils dans certains cas particulièrement graves (4). Ces restrictions jointes au droit du censeur ont pu suffire tant que les mœurs romaines demeurèrent austères, les traditions religieuses vivaces. La puissance exagérée du *pater-familias* trouvait son contrepoids naturel dans son affection pour les siens et dans la haute conception qu'il avait de ses devoirs sacrés ; despotique d'aspect extérieur, elle était faite

---

71). Du reste les parents assistaient à tous les événements importants de la vie : prise de la toge virile, fiançailles, etc. (Cicéron, *Ad Quint.*, II, 6.; Appien, IV, 30; Tite-Live, II, 36.)

(1) Orose, III, 9; V, 15, 16; Sénèque, *Clement.*, I. 14; Pline, *Hist. nat.*, XIV, 14; Valère Maxime, VI, 3, 9.

(2) Denys d'Halicarnasse, XX, 13. Pour le cas de faiblesse dans l'exercice de l'autorité, voir Cicéron, *De Rep.*, IV.

(3) Tertullien, *Adv. nat.*, I, 15. A nulle époque d'ailleurs on n'a, semble-t-il, tenu la main à l'observation de cette interdiction.

(4) Tite-Live, III, 13; Denys d'Halicarnasse, X, 8; Valère Maxime, IV, 4, 7; Aulu-Gelle, XI, 18; Gaius, III, 189; Plaute, *Amph.*, I, 1, 7.

en réalité d'équité et de justice (1). Participant de la rigidité propre aux premiers habitants de Rome, elle contribua pour beaucoup, toute fausse qu'elle fût, à la grandeur de la Cité naissante. Mais le jour où les vieilles règles religieuses furent tombées dans l'oubli ou tournées en dérision, quand Rome eut perdu sa moralité et sa simplicité primitives, la puissance paternelle devint une tyrannie insupportable; le poids en fut d'autant plus ressenti que, par suite du contact avec des peuples d'origine tout-à-fait différente et surtout sous l'influence de la religion chrétienne (2), les idées de liberté individuelle et de dignité humaine gagnaient chaque jour du terrain. L'émancipation, considérée jadis comme une peine fort dure, alors qu'être sans famille, dans une cité toute composée de groupes compacts et solidaires, équivalait en fait à être sans patrie, est désormais accueillie comme une délivrance; aussi est-elle imposée parfois au *paterfamilias*. En même temps une évolution juridique se produit par étapes. La Cité a pris corps, elle a conscience de sa force et entend faire respecter ses lois par tous. Le droit du père reste d'abord absolu encore ou à peu près au sein du groupe familial, tout en étant limité vis-à-vis du pouvoir central; puis, les lois générales s'imposent à l'intérieur même de la famille. Une considération morale fort juste, signalée par les penseurs et les jurisconsultes, vient, chez les empereurs païens et chrétiens, depuis les Antonins surtout, corroborer le désir de supprimer tout élément sérieux de résistance à leur omnipotence; ils sont ainsi conduits à dépouiller progressivement

(1) Valère Maxime, IV, 4, 8.

(2) La religion chrétienne, d'une part, associe la mère à l'exercice ou tout au moins à la jouissance de la puissance paternelle, d'autre part, transforme l'autorité paternelle en un devoir d'affection et de dévouement pour les enfants. « Ce n'est pas aux enfants à amasser du bien pour leurs pères, mais aux pères à en amasser pour leurs enfants. » (Saint Paul, *Epist.* II *ad Corinth.*, XII, 14.) Remarquons-le, saint Paul, joignant toujours le nom de la mère à celui du père pour consacrer le droit de puissance, s'adresse au père seul quand il en condamne les excès : il marque ainsi le contraste de la thèse nouvelle avec la théorie du droit romain (*Epist. ad Ephes.*, VI, 10, *Ad Coloss.*, III, 20).

les *patres* de leurs principales prérogatives. Ne fallait-il pas remplacer le contrôle censorial et l'autorité du tribunal de famille tombés en désuétude ? Frapper le despotisme paternel s'imposait en équité ; l'occasion était bonne pour détruire en même temps l'indépendance familiale, sujet d'inquiétude et d'ombrage pour la tyrannie impériale.

Les attributs souverains du *paterfamilias* sur la personne de ses enfants sont successivement battus en brèche. 1° L'exercice de son droit de quasi-possession est subordonné à l'existence d'une juste cause souverainement appréciée par le magistrat et lui est refusé s'il a la réputation d'un homme immoral et que son action puisse être préjudiciable à l'enfant (1) ; depuis Constantin, il perd tout droit sur lui en cas d'abandon (2). Les parents divorcent-ils, le magistrat désignera, au mieux des intérêts de l'enfant né du mariage, celui d'entre eux qui conservera sur lui les droits de garde et d'éducation (3). De bonne heure sous l'Empire, le mariage d'un descendant n'est plus laissé à l'absolue discrétion du père dont on rend l'autorisation obligatoire, quand il n'a aucune objection légitime à formuler (4). Antonin le Pieux, dans le même ordre d'idées, interdit au père de rompre arbitrairement l'union de sa fille, quand il y a entente entre les époux(5). L'enfant ne sera plus un instrument de crédit à la disposition du père : Dioclétien en prohibe la mise en gage et la vente, il édicte des peines contre les créanciers qui acceptent une telle garantie (6). Théodose et Valentinien prononcent la dé-

(1) L. 3, § 7, D. XLIII, 30.

(2) Constantin confère la puissance paternelle à qui recueille l'abandonné (L. 1, C. théod. V, 7, *De inf. expos.*). Justinien déclare l'enfant *sui juris* (L. 3, C. VIII, 52, *De inf. expos.*, Nov. 153).

(3) L. 1, C. V, 24.

(4) L. 19, D. *de ritu nupt.*, XXIII, 2.

(5) Paul, *Sent.*, V, 6, § 15 ; L. 1, § 5, D. XLIII, 30.

(6) L. 12, C. IV, 10. *Sic* Nov. Justinien 134, ch. 7 ; L. 1, C. IV, 43. La prohibition de vendre l'enfant, dès longtemps réclamée à cause des traitements barbares et des mutilations que lui faisaient subir des entrepreneurs de mendicité, eut pour conséquence son meurtre par le père trop pauvre pour l'élever; elle fut levée par Constantin, à condition que le père fût indigent

chéance de la puissance paternelle contre le père qui prostitue sa fille (1).

2° La magistrature domestique est, elle aussi, amoindrie. Aux magistrats de la Cité, à l'exclusion du père, sont réservées la connaissance et la répression de délits de jour en jour plus nombreux (2). La peine de *l'abdicatio* se transforme en une émancipation, subordonnée même, à partir du IIe siècle, au consentement de l'enfant (3); et les autres pénalités frappant la personne physique elle-même sont réglementées, limitées. En même temps que l'exposition des nouveaux-nés est prohibée comme assimilée au meurtre de l'enfant adulte (4), le *jus vitæ necisque* subit des restrictions de plus en plus générales, jusqu'au prononcé par Constantin de la peine des parricides contre le père meurtrier de son fils (5). La vie de l'enfant étant dès lors protégée, le droit de correction lui-même n'est plus exercé, en cas de faute grave, que sous le contrôle du magistrat et par son ordre (6). L'ancien abandon noxal, par lequel le père se soustrayait aux responsabilités pécuniaires naissant pour lui du fait de son fils, est supprimé par Justinien (7). Bref, au point de vue de la personne des *alieni juris*, le droit de la Cité s'est peu à peu

---

et l'enfant très jeune (L. 2, C. IV, 43, *De patr. qui fil. dist.*). Caracalla avait déjà flétri une telle vente (L. 1, C. *De lib. caus*, VII, 16). Elle persista néanmoins dans la pratique, et saint Jérôme en cite un exemple.

(1) L. 12, C. I, 4; L. 2, C. VIII, 52; L. 6, C. XI, 40. Le père est en outre, en ce cas, frappé de peines plus fortes qu'un proxénète ordinaire.

(2) Il en était déjà ainsi du *furtum manifestum* d'après la loi des XII-Tables et du crime d'adultère d'après les *leges Juliæ*.

(3) Paul, *Sent.*, II, 5, 5. *Confer* sous les empereurs chrétiens une loi de Majorien, empereur d'Occident, rendue contre les parents qui forçaient leurs enfants à embrasser l'état religieux ou ecclésiastique.

(4) Paul, *Sent.*, II, 24, 10. Le meurtre des enfants nouveaux-nés devait être bien commun pour que Tertullien (*Apol.*, ch. 9) pût mettre au défi les païens de déclarer combien parmi eux n'avaient pas tué leurs enfants.

(5) L. 1, C. IX, 17. Les empereurs avaient déjà antérieurement sévi, en pareil cas, contre le père (L. 5, D. *de lege pompeia*, XLVIII, 9).

(6) L. 3, C. *de patr. pot.*, VIII, 47 (Antonin le Pieux). Déjà Trajan avait forcé un père à émanciper son fils *quem male contra pietatem adficiebat* et l'avait privé de tout droit à la succession de l'émancipé (L. 5, D. XXXVII, 12).

(7) Inst., liv. IV, tit. 8, § 7.

substitué à la volonté du *paterfamilias* dans la famille, l'intervention et le contrôle du magistrat se développent et deviennent de plus en plus larges.

Une évolution analogue se produit quant aux biens. Le fils de famille à l'origine ne peut rien avoir en propre, tout ce qu'il acquiert appartient au père ; sur le pécule même à lui confié, il n'a pas plus de droit que n'en aurait un esclave, ledit pécule étant toujours révocable à volonté et faisant partie du patrimoine paternel. Mais, à côté de ce pécule profectice et en apparence sur son modèle, l'usage et la législation impériale en introduisent d'autres sur lesquels l'enfant aura un droit de propriété plus ou moins complet. Fondée sur des calculs politiques et sur cette idée que le *pater* ne doit pas s'enrichir d'une fortune qui n'est pas son œuvre et ne lui est pas destinée, la création successive des pécules *castrense*, *quasi castrense*, *adventitium*, finit par constituer aux enfants une fortune distincte et personnelle. Le changement s'est fait par étapes successives à compter d'Auguste (1), mais, si l'on se place à l'époque de Justinien, de son ancien monopole le *pater* ne garde plus, avec la pleine propriété du seul pécule par lui constitué, qu'un droit d'administration et d'usufruit sur les biens adventices devenus de plus en plus compréhensifs. Tant, du reste, que dure cette administration, l'enfant ne peut ni lui demander des comptes, ni disposer des biens, ni exercer les actions comprises dans le pécule (2). Or, elle est générale et ne souffre exception, ainsi que le droit de jouissance, qu'à l'égard des biens recueillis par l'enfant dans la succession *ab intestat* de ses frères et sœurs ou de ceux qui, ne lui étant pas dus à titre de légitime, lui ont été donnés ou légués à cette condition (3) ; pareille exception se produit aussi quand le fils pubère, institué héritier, fait adition contre le gré du père. L'administration, d'autre part, comme l'usu-

(1) L. 2, D. *de castr. pecul.*, XLIX, 1 ; Inst. II. 12, princ., *quib. non est permis. facere testam.*

(2) Inst. III, 28, pr.

(3) Nov. 117, ch. 1, et 118, ch. 2.

fruit paternel, est perpétuelle, mais cesse en cas d'émancipation de l'enfant quant aux biens adventices, le père, en ce dernier cas, conserve seulement l'usufruit de la moitié desdits biens (1). Le fils en puissance a d'ailleurs reçu, sinon d'Auguste lui-même, du moins d'Hadrien, la faculté de disposer par testament du pécule *castrense* (2), il en est de même depuis Justinien du pécule *quasi castrense* (3); mais jamais ce pouvoir ne lui fut reconnu à l'égard des *bona adventitia*.

Dans une théorie distincte assurément de celle de la puissance paternelle, mais très voisine au point de vue de ses effets quant aux biens, il nous faut relever aussi des changements analogues. Non seulement toutes les acquisitions faites par le fils de famille devenaient originairement la propriété du *pater-familias*, mais ce dernier était, d'après la loi des XII-Tables (4), libre de disposer par testament, sinon peut-être de tous les biens *(familia)*, du moins de sa fortune personnelle *(pecunia)* (5); il n'était nullement tenu de laisser quoi que ce fût à ses enfants, pas plus que de constituer des biens à la fille qui se mariait pour subvenir aux charges du ménage. Là encore la jurisprudence et la loi modifièrent ces règles primitives. La *lex julia*, sous Auguste, consacre l'obligation imposée par les mœurs au *pater* de doter sa fille et autorise celle-ci à s'adresser au magistrat pour faire observer cette prescription (6). Quant à

(1) Inst. II, 9, § 2. *Confer Fr. Vat.*, § 260.

(2) Mais s'il n'en disposait pas ainsi, le père reprenait le, pécule, avant Justinien du moins (Inst. II, 12, pr.), *jure peculii non hereditario* (L. 2, D. XLIX. 1).

(3) Inst. II. 12, pr., *in fine*.

(4) A l'origine très probablement le *pater*, n'étant que l'administrateur, le représentant des intérêts collectifs de la famille, ne pouvait pas modifier la dévolution du patrimoine; il l'avait eu en dépôt et le rendait nécessairement en mourant au groupe familial.

(5) *Uti legassit super pecunia, tutelave, suæ rei, ita jus esto.* Ulpien, XI, 14. Ce texte consacre-t-il au profit du père une liberté absolue de tester ou au contraire le droit de disposer seulement de la portion de sa fortune constituant la *pecunia*, à l'exclusion de la *familia*? La question est controversée. Voir Cuq, *op. cit.*, p. 282-284. En tous cas, comme nous le disons à la note ci-dessus, il consacrait une réaction contre le droit familial ancien.

(6) Loi 19, D. *de rit. nupt.*, XXIII, 2. La dot constitue pour la fille mariée une

la liberté de tester, elle subit, en faveur des personnes soumises à la puissance paternelle, des restrictions toutes de forme d'abord, les *heredes sui* devant être ou institués ou exhérédés formellement à peine de nullité du testament (1), puis des limitations plus sérieuses portant sur le fond même des dispositions : les enfants lésés par le testament du père peuvent le faire rescinder devant le tribunal des centumvirs par la voie de la *querela inofficiosi testamenti* s'ils n'ont pas reçu le quart de leur part *ab intestat*. Cette part ainsi assurée aux enfants devient la légitime du tiers ou de moitié des biens d'après les Novelles 18 et 115 de Justinien ; ils y ont un droit absolu, s'ils ne sont pas en situation de se voir opposer l'une des justes causes d'exhérédation limitativement énumérées par le législateur.

Nous venons de montrer ainsi au cours des âges l'ancienne omnipotence du père de famille de plus en plus atteinte dans ses prérogatives de toute nature. On alla plus loin et, en certains cas, on en vint à le dépouiller totalement de son autorité, non seulement, ce qui fut admis de bonne heure, s'il perdait le *jus civitatis* volontairement ou par suite d'une condamnation (2), mais encore quand il avait à se reprocher soit l'abus du droit de vente, soit le meurtre ou l'exposition de son enfant, soit la prostitution de sa fille (3), ou quand, en dehors de ces hypothèses spécialement précisées, le magistrat jugeait nécessaire de contraindre un père à émanciper

---

sorte de patrimoine propre échappant dans une certaine mesure à l'action du père qui, pour l'exercice des actions dotales, a besoin du concours de sa fille (L. 2, § 1, 3, D. XXIV, 3 ; 34, § 6, D. XLVI, 3).

(1) Sur les conditions requises pour la validité de l'exhérédation et sur les conséquences de l'omission ou de l'exhérédation irrégulière d'un *suus*, voir Gaius, II, 123 et suivants. Du reste, si *l'heres suus* est impubère, la puissance paternelle autorise le testateur à lui désigner un héritier, par substitution pupillaire, pour le cas où il mourrait *sui juris* avant sa puberté ; la règle s'applique, à l'époque classique, même en cas d'exhérédation (Gaius, II, 184).

(2) Pour adultère, inceste, *lenocinium*, incantations magiques, accusation calomnieuse, etc.

(3) Gaius, I, § 182 ; L. 1, C. IX, 17 ; L. 2, C. VIII, 52 ; L. 12, C. I, 4.

l'*alieni juris* (1). Cette déchéance est perpétuelle : résulte-t-elle d'une condamnation, la remise de la peine principale ne la fait pas disparaître, le père ne peut reconquérir ses droits qu'à l'aide d'une *restitutio per omnia* ou d'une grâce spéciale(2).D'autre part l'élévation à certaines dignités, telles que celle de *flamen Dialis* ou, au Bas Empire, de patrice eut pour effet de soustraire le fils à la puissance paternelle en le rendant *sui juris*(3). Bref, on peut dire que, sous Justinien, l'antique *patria potestas* a vécu; elle s'est humanisée et atténuée en même temps que la famille, jadis enclos muré, se fond quelque peu dans un milieu plus large, l'Etat. Là où le *paterfamilias* réunissait tous les pouvoirs sans autres limites que celles résultant de la religion et des mœurs, la Cité intervient et prend une part de plus en plus grande d'autorité. Néanmoins, même sous Justinien, la puissance paternelle, forte encore quoiqu'amoindrie, reste perpétuelle en principe : sauf les exceptions précitées, sauf aussi le cas de *capitis deminutio maxima* ou *media* soit du père soit du fils, elle persiste tant que vit le chef de famille, s'il ne consent à y mettre fin plus tôt par une émancipation volontaire.

En somme, si nous comparons la législation romaine ainsi corrigée avec les règles qui nous ont paru dictées par le droit naturel, elle s'en écarte encore tant en refusant à la mère la part qui lui revient légitimement dans l'éducation des enfants qu'en perpétuant l'autorité de l'ancêtre chef de famille et la faisant peser sur toute sa descendance au détriment du père, en puissance lui-même quel que soit en âge. C'est ce qui reste de la conception primitive : malgré des améliorations incontestables, une prédominance exagérée est donnée, parmi les intérêts en jeu, à l'intérêt du groupe familial, de sa richesse et de sa grandeur. Ajoutons que la *patria potestas* avait été instituée surtout au profit du *pater*, ainsi s'expli-

(1) Trajan en donne le premier exemple.

(2) L. 9, C. IX, 51. La clause « *ut liberos in potestate reciperet* » ne se présume pas.

(3) Gaius, I, § 130; L. 5, C. XII, 3; L. 66, C. X, 31; Nov. 81.

que cette autre singularité du droit romain qui fait dépendre de la volonté de celui-ci la composition de la famille.

Dès lors rien de plus logique qu'il ne soit pas question de puissance paternelle en dehors des *justæ nuptiæ*, avant le Bas Empire, même à l'égard des enfants nés du concubinat qui pourtant ont un père certain. A l'origine, quand la Cité n'est qu'une association de familles et que la parenté civile seule est reconnue par la loi, l'enfant naturel a dû être une sorte de paria dans la société romaine, car pas de patrie sans *patres*. Plus tard et en particulier à l'époque classique, il a été de plus en plus relié à la mère et placé à son égard sur le même pied que l'enfant légitime, d'où l'on a pu dire sans paradoxe qu'il n'y a pas en droit romain de maternité légitime (1). En revanche, jusqu'aux empereurs chrétiens, la paternité naturelle n'existe pas aux yeux de la loi (2) : il n'en résulte entre le père et le fils aucun rapport légal, favorable ou défavorable, en matière civile tout au moins (3), pas même le lien de la cognation (4) ou l'obligation aux aliments (5). Surtout, c'est là un point incontestable, ils ne sont pas agnats et le père naturel ne peut pas nommer un tuteur à son fils, il n'a pas droit à ses *obsequia* (6), *a fortiori* n'a-t-il pas la puissance paternelle sur lui et ne peut-il l'acquérir que par voie d'adoption comme vis-à-vis d'un étranger, ou excep-

(1-2) Voir, pour le développement de ce double principe, Gide, *Condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine;* Girard, *op. cit.*, p. 175 et suiv. Il y a égalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, même adultérin ou incestueux, vis-à-vis de la mère : au point de vue héréditaire (L. 2, 4, 8, D. *unde cognati*, XXXVIII, 8; L. 29, § 1, D. *de inoff. test.*, V. 2); quant aux effets de la maternité d'après les lois caducaires (Paul, IV, 9, § 1); quant à l'obligation de la *reverentia* à l'égard de la mère (L. 4, § 3, D. *de in jus voc.*, II. 4).

(3) Gide et Girard, *op. et loc. cit.* — *Contra*, en matière d'empêchement au mariage et quant à l'autorisation requise pour la citation en justice d'un ascendant, Paul, *Sent.*, I, 16, 1; L. 6, D. II, 4, *de in jus voc.*

(4) L. 2, 4, 8, D. *unde cogn.* XXXVIII, 8; L. 9, 12, C. *de nat. lib.*, V, 27 — *Contra*, depuis, une constitution de Trajan, entre les militaires et les enfants naturels qu'ils ont eus pendant leur temps de service.

(5) L. 3, § 4; 5, §§ 4 et 6, D. *de agnosc. lib.*, XXV., 3.

(6) L. 7, pr., D. *de conf. tut.*, XXVI, 3; L. 1, § 1, D. *de obseq.*, XXXVII, 15.

tionnellement quand un *matrimonium sine connubio* est transformé après sa célébration en *justæ nuptiæ* par l'effet de l'*erroris causæ probatio*, de la *causæ probatio* ou de la concession aux conjoints *du jus connubii*. L'enfant naturel naissait donc *sui juris*, et il devait lui être nommé un tuteur dès lors au moins qu'il avait des biens (1).

Avec les empereurs chrétiens, la situation change : la famille et l'autorité paternelle ont, dans une large mesure, cessé d'être des institutions exclusivement politiques et arbitraires; la loi, hostile aux relations hors mariage, attache à la filiation naturelle des incapacités qui s'imposeront strictement au père (2); mais, séparant le concubinat des autres unions passagères, elle en fait découler pour les enfants à l'égard du *pater* certains avantages (3) et la possibilité d'échapper par la légitimation à la tache dont ils se trouvent flétris. La légitimation, opérée par mariage subséquent ou par rescrit du prince, ouvre à l'enfant la porte de la famille comme s'il avait été conçu en mariage et le place sous la *patria potestas* (4). En somme un minimum de devoirs résulte désormais dans le concubinat du fait seul de la paternité naturelle et, pour y compléter l'œuvre de l'éducation, le père peut acquérir les droits compris dans la notion nouvelle de la puissance paternelle.

Reste à préciser dans le système romain le rôle subsidiaire de la Cité. Nous l'avons vue exercer de bonne heure sur les abus de pouvoirs du *pater* un contrôle confié d'abord aux censeurs, puis aux magistrats avec intervention possible parfois de la mère, à compter de l'époque classique, notamment si elle a été répudiée injustement ou si le divorce a

(1) Arg. L. 3, C. *Quand. mul.*, v, 35; L. 4, C. *de conf. tut.*, v, 29.

(2) L. 6, C. *de inc. nupt.*, v, 5; L. 5, C. *ad Sc. Orf.*, vi, 57; L. 7, § 3, C. *de nat. lib.*, v, 27; Nov. 89, ch. 12, 2, 3.

(3) Le droit aux aliments et un droit de succession limité. Nov. 18, ch. 5; Nov. 89, ch. 12, 4, 6.

(4) Ce dernier effet seul résulte de la légitimation par oblation à la Curie, procédé d'ordre surtout fiscal.

été prononcé contre le mari (1). Hors de là l'action du Pouvoir est fort restreinte. Point d'attribution d'enfants à l'Etat: le tiers éducateur, c'est-à-dire le simple particulier ayant recueilli un abandonné, le gardera malgré les réclamations d'un père indigne (2); la fille prostituée sera placée sous la protection de l'Église (3). Sans doute, pour l'application de ces décisions qui se placent à une époque où la *patria potestas*, moins exclusivement quiritaire, se fait plus humaine, les magistrats devront se prononcer, mais la Cité ne prendra pas pour elle la fonction enlevée aux parents. Du reste, pour éviter toute fraude, tout enlèvement d'enfants sous le prétexte qu'ils étaient abandonnés, l'empereur Honorius exige le dressé devant l'évêque assisté de témoins d'un acte prouvant l'exposition et la découverte; cet acte seul met l'inventeur à l'abri de toute réclamation ultérieure (4). Enfin, depuis Trajan, les empereurs romains et de riches particuliers à leur suite fournissent aux parents pauvres un subside pour l'éducation de leurs enfants (5); on peut citer notamment en ce sens deux édits de Constantin, rendus en 315 et 322 après Jésus-Christ, applicables à l'Italie et à l'Afrique (6).

Section II. — *Coutumes germaniques.*

A la conception romaine de la *patria potestas* on oppose souvent la théorie des anciennes coutumes germaniques suivant lesquelles le père eut été, non plus le maître, mais le protecteur de ses enfants, le *mundium* constituant surtout

(1) L. 1, § 3; 3, § 5, D. XLIII, 30; L. 1, C. V, 24; Nov. 117, ch. 7.

(2) Antonin le Pieux, L. 3, § 5, D. XLIII. 30; Constantin (L. 1, C. Théod. *de inf. exp.*, V, 7) met l'enfant *in mancipio*.

(3) L. 12, C. I, 4, Théodose et Valentinien.

(4) L. 2, C. Théod. *de inf. expos.*, V, 7. Le concile de Vaison, en 442, prescrit les mesures de publicité à prendre par l'inventeur.

(5) Pline, *panég.* XXVIII; *epist.* VI; L. 14, D. XXIV, 1; *Capitolinus*, 8, 9, 26. Voir Duruy, *Histoire des Romains*, t. IV, p. 273, note.— A Athènes, depuis la loi de Solon, les enfants des morts à la guerre étaient, de droit, élevés aux frais de la Cité (Diogène Laerte, *Vie de Solon*).

(6) L. 1, 2, C. Théod. *de alim. quæ inopes parentes.*

un pouvoir de défense (1). Cette antithèse, à l'examen des textes, ne paraît pas exacte. Tout comme le *pater* romain, le père germain, magistrat domestique, fonde son pouvoir sur la religion nationale et le culte des ancêtres (2) ; comme lui encore, il a la faculté d'exposer l'enfant nouveau-né, de l'exclure arbitrairement de la famille, de le vendre ou donner en gage (3), il a même, sauf controverse, le *jus vitæ necisque* (4). Sa puissance ne subit que des restrictions traditionnelles et religieuses, peut-être aussi un certain contrôle de la famille et surtout de la mère pendant la première enfance (5). L'autorité paternelle ne le cède donc en rien à la *potestas* romaine comme énergie et intensité.

Seulement, et c'est là un point important à noter, chez les Germains cette puissance est uniquement fondée sur le lien du sang (6) et à ce titre elle se raproche davantage de notre

(1) Laurent, t. IV, p. 344 ; Laferrière, t. VI, 354, n° 20 ; Pradines, *Bulletin de législation comparée,* 1880, p. 119. — *Contra* Laboulaye, *Nouvelle Revue historique*, 1884, p. 600 et suiv.; Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 314 ; *Revue catholique des institutions et du droit,* juillet 1887, p. 60, note 2 ; D'Arbois de Jubainville, *La puissance paternelle sur le fils en droit irlandais* (*Nouvelle Revue historique*, 1886, p. 466), qui rapproche le pouvoir primitif du père irlandais de celui admis par les Galates, d'après Gaius, I, 55 ; du Maroussem, *Thèse de doctorat*, 1887, p. 135 ; Bourcart, *Autorité paternelle,* p. 3 : « On se tromperait, dit-il, en cherchant des différences primordiales et fondamentales entre le chef de famille germanique et romain. »

(2) « L'enfant respectait son père comme le représentant de la divinité, car le père était prêtre chez lui, il présidait au culte domestique..... » Ozanam.

(3) Tacite, *Ann.*, IV, 72 ; Edit Théod., XCIV, Canc. 1 ; Grimm, *Deutsche Rechtsalterthum*, 329, 455, 461.

(4) César le dit expressément pour les Gaulois : *Viri in uxores ac liberos vitæ necisque habent potestatem* (*de bell. gall.*, liv. VI, n° 19). Ce point a été contesté cependant pour l'époque de la conquête romaine (Henri Martin, *Histoire de France,* t. I, p. 37 ; Lefort, *Histoire et législation des Gaulois*). *Confer* loi lombarde, Lud. Aug. Canc. 1, 209, c. 2.

(5) Leg. Wallicie de Harvell, liv. II, 44, 2 ; Lex Burg., tit. 49 ; Grimm, *op. cit.,* 457 ; Leibniz, *Corp. jur. gent. dipl.*, I, 86 ; Gide, *Condition privée de la femme*, p. 201.

(6) Voir notamment les *ancient laws of Ireland* sur le sort fait au *mac fœsma* (enfant de protection), sorte de fils adoptif. La parenté par les mâles est prise en considération pour l'appropriation de la terre salique.

conception moderne. De plus elle n'est pas perpétuelle comme à Rome. Le *mundium* disparaît quand le fils a pris une personnalité distincte, soit par un établissement séparé ou l'investiture des armes, soit même peut-être par l'atteinte d'une majorité (1). Il semble certain aussi, et c'est encore une autre différence avec la législation romaine, que l'autorité paternelle s'exerce indifféremment sur les enfants légitimes ou naturels.

Quoiqu'il en soit de ces divers points dont la solution est pour nous douteuse à raison de l'éloignement des temps, le *mundium* et la *patria potestas* ont coexisté sur notre sol. Après les invasions, tandis que les Wisigoths et les Burgondes, depuis longtemps en contact avec Rome, maintenaient la *patria potestas* telle que la concevait le Bas Empire, ailleurs, au nord et au centre de la Gaule, nous constatons l'existence de la *vouerie* ou *mainburnie*, puissance fort analogue à la première comme intensité puisque le père a, sinon le *jus vitæ necisque*, du moins un pouvoir de correction et de vente presqu'illimité (2), mais s'en distinguant profondément en ce qu'elle prend fin par le mariage de l'enfant et la *separata œconomia* qui équivalent à l'émancipation. La rudesse tout au moins apparente de cette institution n'a rien pour nous trop étonner : les mœurs encore barbares s'en accomodaient; du reste aucun contrôle n'était alors possible de la part de la société (3), l'Etat n'existait guère que de nom. Seule, à

(1) Tacite, *M. germ.*, 13. *Sic* Bernard, *op. cit.*, p. 43; Laferrière, t. I, p. 70; Gide, *Condition de la femme*, p. 201; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885; Pardessus, *Loi salique*, diss. III, p. 451. M. du Maroussem pense au contraire qu'en droit le *mundium* était perpétuel (*op. cit.*, p. 140).

(2) Grimm, *op. cit.*, p. 461. Cela résulte des prohibitions postérieures en ce qui concerne la vente (verb. grat. dans les lois d'Ostrogothie et d'Upland). Par corrélation de ses droits sur la personne des enfants, le père répond civilement et pénalement des infractions commises par eux, même majeurs, s'ils ne sont pas émancipés.

(3) Dans l'ancienne loi de Vestrogothie, le meurtre commis dans l'intérieur d'une famille, de parents à parents, n'entraînait pas de peine séculière; Nordström (*Bidrag till den Swenska samhällsforfattningen historia*, t. II,

cette époque, l'Eglise travaillait, tant par la persuasion que par la contrainte divine, à l'amélioration des mœurs, au relèvement moral, à la reconnaissance des droits des enfants; faibles et asservis, ces derniers étaient ses clients désignés, elle avait mis à leur service son influence incontestée tout en prescrivant le respect pour les parents (1).

---

p. 45) y voit la preuve de l'indépendance primitive de la famille au regard de l'Etat.

(1) Aux yeux de l'Eglise, le pouvoir du père sur l'enfant est limité par les droits de Dieu. *Quantum ad animam quæ immediate a Deo creatur, non est res parentis sed ipsius Dei.* (Saint Thomas, *Sent.*, liv. II, dist. 33, quest. 1, art. 1er.)

CHAPITRE II

Coup d'œil historique sur la législation française antérieure au Code civil.

SECTION PREMIÈRE. — *Ancien droit.*

Les siècles s'écoulant, les peuples se policent et s'agglomèrent, la législation se précise et l'Etat grandit dont les représentants vont, dans notre ancienne France comme jadis à Rome, contrôler et limiter les pouvoirs du père de famille. Disons de suite que la vente et la mise en gage, dont on retrouve des traces à l'origine au nord comme au midi, sont de bonne heure prohibées et punies par le législateur (1) pour disparaître absolument au XV^e^ siècle ; la même évolution se produit quant au droit d'exposition et au *jus vitæ necisque* (2). La puissance paternelle tend à revêtir, dans la législation comme dans les mœurs, un caractère à la fois plus humain et plus moderne, tout en maintenant au père légitime un droit de garde et d'éducation à peu près sans réserves (3) soit pendant le mariage soit même après sa dissolution par le prédécès de l'épouse. Cependant, même à ce dernier point de vue, elle reçoit une atteinte sérieuse au XVII^e^ siècle en ma-

(1) Lex Wisig., V, 4, 12 ; Canc. IV, 119 ; Edit de Pistes, 864. Voir cependant, à l'égard des parents indigents, coutume de Vitry, art. 100, 148.

(2) Le pape Alexandre III, dans une lettre de 1165, impose aux parents coupables d'infanticide sur leurs enfants légitimes ou naturels l'obligation d'aller chercher à Rome le pardon. Les lois positives suivent. L'exposition est frappée au XVI^e^ siècle de peines arbitraires (arrêt Paris 24 octobre 1576). Pour le *jus vitæ necisque*, voir cependant la coutume bordelaise : Rabanis, *Instructions judiciaires de Bordeaux, Rev. hist.*, VII, 506 ; Jean Masuer, XV, p. 217. Partout ailleurs le père meurtrier de son fils est assimilé au parricide (Bouteillier, *Somme*, II, 40). En cas d'exposition d'enfant, l'inventeur ou celui qui se charge de l'élever acquiert le droit d'en tirer ultérieurement des services.

(3) Sauf le contrôle que nous étudierons plus tard de la mère et des Parlements en cas d'abus.

tière d'éducation religieuse : l'enfant, à partir de 14 ans, puis même de 7 ans, est libre d'embrasser une religion différente de celle de son père ; il pourra, pour la suivre, quitter la maison paternelle en exigeant une pension. L'Etat à la même époque dispose souvent de l'éducation des enfants protestants (1). Notons aussi que, si le consentement paternel reste nécessaire pour le mariage de l'enfant mineur de 25 ans (2), cette majorité est abaissée relativement à l'entrée en religion qui, d'ailleurs, à la condition d'être régulière, fait, dès le XVI^e siècle, disparaître le pouvoir du père (3). Quant à la magistrature domestique et au droit de correction en découlant, les restrictions sont plus sensibles encore et le mouvement signalé en ce sens dans la législation du Bas Empire s'accentue toujours : l'intervention du pouvoir judiciaire s'impose pour le prononcé de toute peine grave (4). Enfin la puissance paternelle est d'une manière générale soumise au double contrôle de la mère et des tribunaux. Nous étudierons bientôt ce point plus en détail.

Malgré ces atténuations partout admises sur le sol français, la dualité de législation, héritage de la diversité des origines romaine et germanique, subsiste néanmoins et profonde.

1° Dans les provinces du midi où le droit écrit est en honneur, la *patria potestas* s'est conservée longtemps telle qu'elle résultait des textes du Bas Empire, sauf quelques adoucissements nouveaux et la prohibition de toute atteinte à la vie ou à la liberté de l'enfant. Comme à Rome, elle n'existe qu'à l'égard des enfants légitimes et seul en principe le père en est investi ; cependant la mère, toujours appelée à donner son consentement au mariage de son enfant, obtient en plus des mœurs

(1) Arrêts du Conseil 24 avril 1665, 2 avril 1666 ; Décl. 24 octobre 1665, 1^er février 1669, 17 juin 1681, 13 décembre 1698, 14 mai 1724.

(2) A peine de mort pour les contrevenants, d'après l'ordonnance de 1579. *Sic* Ordonnance de 1730.

(3) Ordonnances d'Orléans en 1560, art. 19, de Blois en 1579, art. 28; Edit de 1768 ; Laurent Bouchel, *Coutume de Senlis*, 221.

(4) Arrêt de la Grand'Chambre, 15 octobre 1644 ; Arrêt de règlement 9 mars 1673.

inspirées par la tradition chrétienne (1) « une certaine autorité civile raisonnable » (2) dans l'œuvre de l'éducation de ses enfants. La magistrature domestique du père se maintient avec une grande force et, en 1663 (3), la Cour de Grenoble juge comme tribunal du 2e degré, sur l'appel a *minima* du procureur général, un crime dont l'auteur avait été condamné en première instance par son père à 22 ans de galères. Au point de vue des biens, la capacité du fils s'est accrue. Cependant, même en dehors des pécules dont son père garde la jouissance pour la totalité ou, en cas d'émancipation, pour la moitié, il n'a pas la disposition complète de ses biens : il ne peut à lui seul les aliéner à titre gratuit, fût-ce par testament ou donation à cause de mort ; tout emprunt de sa part est également subordonné à l'agrément paternel. Sur la fortune de ses auteurs, d'autre part, il a peu de droits : réduit à une légitime assez modeste, il peut aussi être exhérédé dans les cas prévus par la législation romaine. Comme à Rome encore, la puissance paternelle ne s'exerce que dans la sphère du droit privé, le fils de famille, personnalité distincte au point de vue du droit public, étant apte à remplir toutes les fonctions et toutes les magistratures, mais elle est perpétuelle : seules y mettent régulièrement fin la mort naturelle ou civile du père et, de son vivant, l'émancipation, acte volontaire de sa part en principe du moins.

Sur ce dernier point cependant l'influence des mœurs adoucit la rigueur des règles primitives. La jurisprudence des Parlements, continuant la tradition du droit romain dans son dernier état, admet divers cas d'émancipation tacite qui résultent, soit de l'élévation à certaines dignités (4), soit d'un établissement séparé, soit même, dans les contrées ressortissant au Parlement de Paris, du mariage abstraction faite de toute habita-

(1) « *Deus est in utroque parentum.* » Catellan, cité par Merlin, *Répertoire*, Vo Puissance paternelle.

(2) Merlin, *Répertoire*, Vo Puissance paternelle.

(3) Basset, II, 4, 12, 6.

(4) L'épiscopat, les postes de gouverneur d'une province, de lieutenant général, ministre ou secrétaire d'Etat.

tion distincte, alors surtout qu'il y a eu donation du père en vue de cette union (1). Parfois aussi l'émancipation devient obligatoire sur l'ordre du magistrat après *cognitio extra ordinem*, quand le père a accepté un legs fait sous cette condition ou, dans un tout autre ordre d'idées, quand il maltraite son enfant, l'abandonne, lui refuse des aliments ou quand il prostitue sa fille (2). Faute, du reste, d'une énumération limitative de ces divers cas d'émancipation forcée, les Cours ont, comme le préteur romain, pleine liberté d'appréciation. Enfin la déchéance de la puissance paternelle est encourue accessoirement à certaines peines, celle de la déportation par exemple et, la peine principale fût-elle alors levée, les magistrats maintiennent encore, le cas échéant, la déchéance (3).

2° Les pays de coutumes, bien loin de suivre la doctrine romaine, en vinrent, sinon à l'origine (4), du moins d'assez bonne heure, à la répudier formellement. « Droit de puissance paternelle n'a lieu », disent Dumoulin et Loysel, ce qu'il faut entendre en ce sens, non que le père de famille est sans droits sur la personne et les biens de ses enfants, mais que la *patria potestas* avec son caractère de perpétuité est inconnue. L'autorité du père, « pouvoir de direction tempéré par la piété paternelle et qui ne va pas au-delà selon nos mœurs » (5), contre-partie de ses devoirs d'autant plus grands que l'enfant est plus jeune et de la responsabilité civile qu'il encourt du chef des dommages causés par son fils, perd, sous l'influence du droit canonique, ses attributs les plus énergiques au jour où l'enfant n'a plus besoin d'une surveil-

(1) *Sic* Argou, I, 26 ; Henrys, t. II, p. 715. Dans les pays de pur droit écrit il en est autrement (Argou, I, 25 ; Bretonnier, p. 716, n° 11). On n'y considérait aussi l'habitation séparée que comme un signe manifestant l'intention conforme du père (Henrys, sur Bretonnier, 721). Dans ces mêmes provinces, les enfants nés du mariage n'entraînant pas émancipation tombaient sous la puissance de l'aïeul.

(2) Boerius, 1690, déc. 318, 2 ; Bourcart, *Fr. jud.*, t. VII, p. 501.

(3) Henrys, sur Bretonnier, p. 721, t. II, liv. IV, q. 127.

(4) Bouteiller, *Grand coutumier de France*, liv. II, ch. 40.

(5) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 40. *Sic* Baquet, *Des droits de justice*, ch. 21, n° 59.

lance continue et incessante. Elle cesse donc, du moins sous sa forme rigide, non seulement comme en pays de droit écrit par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant, mais partout aussi par la prise d'un ménage à part, par le mariage abstraction faite de toute habitation séparée (1), enfin et surtout par la majorité qui devient elle-même émancipatrice (2).

Cette majorité est, après quelques hésitations et divergences, universellement fixée à 25 ans au XVIII[e] siècle. Jusqu'à cet âge, les droits de garde, d'éducation, de correction, de consentement au mariage (3), etc. subsistent aux mains du père, qu'il s'agisse d'ailleurs d'enfants légitimes ou naturels; jamais sa personnalité civile n'absorbe celle du mineur au point de vue des biens qui peuvent appartenir à ce dernier, mais du moins il est l'administrateur désigné par la loi desdits biens et peut agir en justice en cette qualité. De plus, dans une partie des provinces coutumières (en Poitou et en Bourbonnais par exemple), l'usufruit de la fortune personnelle de l'enfant appartient au père dont les créanciers le peuvent saisir dans toute la part excédant la somme nécessaire pour procurer des aliments à la famille; ailleurs, un droit d'usufruit, parfois général sous le nom de légitime administration (4), parfois grevant les seuls biens de l'époux prédécédé (encore dans une mesure très variable quant aux meubles (5)) est imparti au survivant des époux comme compen-

(1) Bouteillier, *Somme*, p. 978 (édit. 1621). La coutume de Bretagne exige que le mariage soit fait du consentement du père (D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, art. 472.)

(2) Coutumes de Paris, Chartres et Orléans. Quelques autres coutumes exigent qu'à la majorité s'ajoute le mariage (Poitou, art. 310-318) ou la séparation de fait (Berry, Bretagne, Angoumois, Troyes, etc.).

(3) L'enfant peut passer outre au défaut d'autorisation paternelle à partir de 18 ou 21 ans, suivant le sexe, pour prononcer des vœux religieux (édit de 1768). Le fils s'engage librement à compter de 16 ans dans l'armée royale (Beaune, art. 539).

(4) Sedan, Reims, Vermandois, Montargis, Chalons, Auvergne, Berry. Lorsque cet usufruit était saisi par les créanciers du père, les enfants avaient un droit de rétention jusqu'à concurrence des aliments à eux nécessaires.

(5) Le droit du gardien, d'après certaines coutumes, comprenait la pleine

sation des charges résultant pour lui de la garde noble ou exceptionnellement, dans la coutume de Paris, de la garde bourgeoise. Cette jouissance prend fin d'ailleurs avant la majorité de l'enfant, tout au plus tard dès qu'il a vingt ans et, dans tous les cas, quand l'administrateur est convaincu d'abus, de malversation ou de mauvaise conduite (1). En somme les droits des parents sur les enfants mineurs variaient de coutume à coutume, moins stricts cependant en général qu'à Rome, mais, et c'est là le point caractéristique commun à presque toutes, la majorité émancipe à elle seule.

Il ne faut pas s'imaginer d'ailleurs que le majeur échappait complètement à l'autorité paternelle. Rien ne serait plus faux. Tout d'abord, quelqu'âge qu'ils eussent atteint, les enfants, pour contracter mariage, devaient toujours demander par voie d'actes respectueux un conseil à leurs ascendants investis du droit de leur faire à ce sujet des remontrances (2). De plus, il restait aux parents un moyen de sanction qui, pour ne pas rentrer dans la notion de la puissance paternelle *stricto sensu*, n'en est pas moins fort énergique : c'est le droit d'exhérédation admis dans un nombre assez considérable de cas; car, sur ce point, le droit coutumier avait sanctionné, en les élargissant encore, les règles de la Novelle 115 de Justinien (3). Enfin et surtout, les mœurs, à défaut de texte, faisaient de chaque père de famille un véritable « souverain au foyer domestique ; son autorité fut d'autant plus réelle qu'il ne fut pas nécessaire de recourir à des pouvoirs étrangers pour la faire triompher (4) » ; si bien qu'en fait, sinon en droit, sa si-

---

propriété des meubles. D'autres ne lui en accordaient que la jouissance. D'après d'autres encore, il n'en avait que l'administration et en restait comptable.

(1) Voir, sur ce point, Pascaud, *L'autorité paternelle sur la personne et sur les biens des enfants légitimes ou naturels*, *Revue générale*, 1892, t. 16, p. 214, 215.

(2) Edits février 1556 et novembre 1697; Déclaration 26 novembre 1639.

(3) Les règles relatives à la succession, notamment celles qui ont trait à la réserve coutumière, dérivent de principes tout spéciaux, de la volonté de maintenir les biens dans les familles.

(4) Bernard, *op. cit.*

tuation était sensiblement la même au nord qu'au midi du royaume. C'est que, dans l'ancienne France, tout l'état social reposait sur la constitution de la famille, centre des traditions, des croyances et des affections, « c'est la famille que l'on aimait, dit Talleyrand, bien plus que les individus que l'on ne connaissait pas encore. » De là, entre tous les parents du même nom, une solidarité et une cohésion telles que le déshonneur de l'un rejaillit sur tous. De là aussi l'autorité du père. Habitués que nous sommes aujourd'hui à considérer uniquement les rapports d'individu à individu sans tenir compte de l'idée de famille, nous sommes tentés de la condamner *a priori* comme exagérée. Elle paraissait autrefois chose toute naturelle: le roi, constitué au sens vrai du mot patron des intérêts domestiques de ses sujets, n'hésitait pas à mettre sa puissance à son service, car, dit Etienne Pasquier, les vraies images de Dieu sur la terre sont les père et mère envers leurs enfants. Sans doute la peine prononcée par le père contre son fils était rendue sous réserve du contrôle du pouvoir royal et subie dans les prisons de l'Etat, mais il faut attendre jusqu'au 9 mars 1673 pour trouver un arrêt du Parlement de Paris interdisant l'internement des majeurs de 25 ans sur la simple réquisition de leurs pères et règlementant la mise en prison des mineurs.

Encore cette interdiction quant aux majeurs demeura-t-elle à peu près lettre morte, sauf que le père dût, préalablement à l'emprisonnement, obtenir de l'autorité publique une autorisation qui n'était jamais refusée en présence d'un motif sérieux. A la veille de la Révolution, Malesherbes admet que, si l'intérêt de la maison est en jeu, le père peut faire enfermer son fils, ce dernier fût-il lui-même marié et père de famille. Tel était l'objet de ces lettres de cachet auxquelles, tout en constatant l'abus qui en a été fait, M. Funck Brentano a restitué leur véritable caractère inconnu de presque tous (1): c'était le moyen, mis, sous le contrôle de l'Etat, à la portée

(1) *Les lettres de cachet, Revue des deux mondes,* 15 octobre 1892, p. 821 et suivantes.

de tous (et les plus humbles en usaient), de sauvegarder l'honneur familial compromis par un seul.

Si respectée qu'elle fût d'ailleurs, l'autorité paternelle ne devait pas dégénérer en abus. Pour la maintenir dans de justes limites, l'ancien droit comptait beaucoup sur l'influence de la mère et conférait en outre un pouvoir tant de règlementation que de surveillance aux tribunaux. La mère a des droits et une aptitude naturelle à l'éducation des enfants, elle est donc associée au père, soit implicitement, soit même expressément (1), par les coutumes, dans la jouissance solidaire de l'autorité paternelle ; sa coopération à l'œuvre commune paraît si nécessaire que, dans certaines provinces, cette autorité disparaît ou diminue d'intensité par la mort d'un des parents, fût-ce de la mère (2), et que l'arrêt de règlement précité du 9 mars 1673 met le père remarié sur la même ligne que la mère veuve relativement au droit de correction. Sans doute, pendant le mariage et pour éviter les conflits, l'exercice de l'autorité est réservé au père ; mais, d'une part, dès que la puissance maritale prend fin en droit ou même en fait par l'absence ou la démence du mari, l'épouse prend la direction de la famille (3) ; d'autre part, la mère peut, par voie d'action en justice, contraindre le père présent à donner aux enfants une éducation conforme, non seulement à la décence et aux bonnes mœurs, mais encore à leur situation sociale. Le Pouvoir y tiendra aussi la main et, sans parler des interventions arbitraires de l'autorité royale dans les rapports de père à fils (4), les Parlements règlementent les droits de garde, d'éducation et de correction.

Leur intervention est fort discrète en faveur des enfants mineurs quand les deux parents existent, le pouvoir judiciaire ne fait alors sentir son action qu'en cas d'abus très graves, en-

(1) Chartres, art. 103 ; Dreux, art. 93 ; Montargis, VII, art. 3 ; Vitry, art. 63.
(2) Laurière, *Gloss.*, V° Celle.
(3) Pothier, *Traité des personnes*, n° 134.
(4) Lettre de Pontchartrain, citée par Bernard, *Journal* de Barbier, t. IV, p. 401.

core semble-t-il presque s'en excuser : « il n'y a, dit Catellan, que de mauvais traitements qui aient fait ôter l'éducation au père marié. » Celui-ci dirige donc en principe son fils mineur comme il l'entend; outre le droit de *castigatio levis* (1), il a celui de le faire interner dans telle prison de l'Etat qu'il choisira, fixant le temps et le caractère de la détention, libre d'améliorer ce régime par la suite ou de le maintenir dans toute sa rigueur. Il vaut mieux, pensait-on, laisser quelques excès impunis que d'énerver par une répression trop fréquente le principe même d'une autorité jugée bienfaisante et nécessaire, alors qu'elle s'exerce dans les conditions normales, c'est-à-dire dans le mariage. Mais la règle change et le contrôle des tribunaux devient plus strict et plus sévère en faveur, soit des enfants naturels (2), soit des enfants légitimes quand le mariage est dissous. Alors surtout s'applique la formule de François de Cormis, au XVIII^e^ siècle : « La question d'éducation des enfants est arbitraire au juge » (3), et le Parlement statue en vertu de son pouvoir souverain en dehors même de toute conclusion des parties (4). Dès 1279, Beaumanoir nous le montre intervenant, à la demande d'un parent ou même d'un étranger, pour enlever à un père qui abuse du droit de correction ou entretient son enfant avec trop de parcimonie les droits de garde et d'éducation qu'il confiera à l'aïeul ou à un tiers, pour autoriser les enfants à se séquestrer ; cette jurisprudence s'est maintenue et développée jusqu'à la Révolution. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt de règlement du 9 mars 1673 soumet à une autorisation du

(1) Saint-Simon, t. I, p. 13 ; Bernard, *op. cit.*, p. 257.

(2) Chardon (*Traité des trois puissances*, puissance paternelle, n° 12) cite un arrêt du Parlement de Paris du 18 juin 1607 obligeant un riche bourgeois à donner à ses fils naturels un métier plus relevé que celui qu'il leur destinait. De même l'éducation et la garde des enfants illégitimes sont confiées tantôt au père, tantôt à la mère, tantôt à un tiers, couvent ou collège.

(3) *Recueil de consultations sur diverses matières intéressantes*, t. II, p. 1130.

(4) Paris, 30 juillet 1665, dans Soëfve, *Recueil de plusieurs questions notables*, t. II, c. III, ch. 59, p. 292.

lieutenant civil, après avis d'un conseil de parents, la mise en détention d'un mineur par le père remarié ou la mère tutrice. Tout parent a le droit de saisir le tribunal des faits de correction légère ou d'emprisonnement et l'action du père sera contrôlée sévèrement (1).

Bref, à considérer la terminologie, les origines et les textes, il semble que, même à la fin du XVIIIe siècle, il y ait encore une différence profonde dans la conception de la puissance paternelle entre les pays de coutumes et les provinces de droit écrit : absolue et perpétuelle aux mains du père dans celles-ci, elle serait dans ceux-là temporaire et mitigée par l'intervention tant du juge que de la famille et de la mère. Ce point de vue tout extérieur serait inexact. D'abord la généralisation du principe de la majorité émancipatrice n'eut pas été pour le midi de la France une cause de bouleversement : la pratique y avait obtenu un résultat fort analogue par la multitude des émancipations taisibles, la forme plus que le fond eut donc été modifiée, Lamoignon le reconnaissait formellement (2). Dans les mêmes provinces, des habitudes constantes et certaines consacraient les droits de la mère. Surtout, dans toute l'étendue de la France, au nord comme au midi, l'autorité paternelle était contrôlée mais aussi protégée par la loi et les mœurs traditionnelles, entourée d'un respect religieux, honorée par tous et considérée comme inviolable ; on y voyait, et non sans raison, la clef de voûte de la famille et la condition essentielle de sa durée.

Ce respect, exagéré peut-être, amenait incontestablement des abus, surtout dans la classe vicieuse et frivole de la noblesse de cour, dont les membres commençaient à trouver surannés les principes sévères et le rigide sentiment de l'honneur, apanage de l'ancienne société française. Mais ces

(1) Parlement de Bretagne, 26 avril 1559 ; Merlin, Vo Correction ; Paris, 25 mai 1680; Brillon, Vo Débauche.

(2) Arrestez, 1702, 1re partie, p. 7; 2e, p. 5; Edit. 1777, titre II, art. 1 : « Es pays ... où la puissance paternelle a lieu, les enfants de famille seront émancipés de plein droit, du jour qu'ils ont atteint 25 ans. »

abus étaient beaucoup moins généralisés qu'on le pourrait croire d'après les exemples fournis par la portion tout à la fois la plus en vue et la moins saine de la nation française (1) ; dans la noblesse de province et dans les autres classes, les sentiments religieux et moraux dominaient incontestablement, assurant l'observation de tous les devoirs, facilitant l'exercice de tous les droits. Déjà cependant, avec la connivence plus ou moins avouée de ceux qui allaient être les premières victimes du triomphe de leurs doctrines, les philosophes sapaient l'antique institution. Ils nient l'existence d'un rapport quelconque de dépendance dans la famille ; « les parents, dit l'Encyclopédie, n'ont pas le droit de donner des ordres à leurs enfants, bien moins encore d'employer les menaces et les châtiments. » Il n'y a qu'une supériorité légitime, l'Etat; lui seul a le droit de commander. D'après J.-J. Rousseau (2), l'oracle du XVIII^e^ siècle à son déclin, les enfants « ne restent liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver; sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. »

Malgré ces critiques acerbes, il est facile de signaler les importants progrès accomplis par notre ancien droit français dans la matière de l'autorité paternelle. La théorie s'est humanisée et de plus en plus, parmi les intérêts en jeu, ceux de la famille et de l'enfant ont pris le pas sur celui du père. La puissance paternelle a perdu, en droit ou en fait, son antique perpétuité et son intensité première ; mais les mœurs, tout imprégnées de la solidarité familiale, lui ont conservé une grande force et un éclat tout spécial, à quelqu'âge que soient parvenus les descendants. D'autre part, tous les enfants, ayant également besoin de protection, y sont soumis, si irrégulière que soit leur naissance. En même temps un double contrôle, efficace dans sa discrétion, s'exerce sur les abus d'autorité des pères.

(1) *Sic* Funck Brentano, *op. et loc. cit.*, p. 853.

(2) *Contrat social*, c. II. *Sic* Kant, Locke, *Gouv. civ.*, chap. *Pouvoir paternel.*

Restent les enfants privés de la direction de leurs parents morts, absents, inconnus ou indignes. Ce sont des institutions charitables particulières qui les recueillent et les élèvent, elles sont investies dans ce but, par l'usage principalement, des pouvoirs nécessaires. Dès le VIII[e] siècle, de semblables asiles avaient été fondés par l'Eglise et le canon 40 du concile de Francfort sur le Mein, en 794, enjoignait aux évêques de confier les orphelines à des femmes chrétiennes. Ce mouvement charitable croîtra avec les siècles. La charge d'entretenir les enfants trouvés incombait en droit aux seigneurs justiciers là où ils avaient un droit de succession quant à eux (1), ailleurs et plus tard d'une façon générale aux communautés d'habitants ou paroisses ; ces divers obligés s'acquittaient le plus souvent en fait de leur charge à l'aide d'une subvention annuelle donnée à titre d'abonnement à l'hospice du lieu. Il n'y avait pas d'institutions de charité publique destinées aux enfants; on avait donc recours aux œuvres privées et des ordres religieux se fondèrent avec l'assistance des petits délaissés pour mission spéciale. A partir du XVII[e] siècle, la charité s'organise davantage: saint Vincent de Paul crée à Paris la maison de la Couche que l'édit de juin 1670 rattache, en lui laissant une vie propre, à l'hopital général (2) et l'exemple est suivi tant à Paris qu'en province.

Jamais du reste, sous l'ancien régime, il n'y eut un service uniforme pour toute la France en faveur des enfants assistés; encore moins fut-ce un service d'Etat. Pendant longtemps, l'Etat se contente de veiller dans la mesure du possible aux intérêts des enfants, soit qu'il facilite et contrôle leur placement en nourrice (3), soit que, par ses subventions ou par

(1) Le Parlement de Paris, par des arrêts de 1547 et 1552, consacre la faculté pour les enfants abandonnés de faire valoir en justice leurs droits à l'assistance contre les seigneurs.

(2) Le succès de la fondation fut si grand que les enfants y étaient envoyés de partout. Le Parlement dut, en 1663, interdire ces envois, chaque ville et chaque province devant nourrir ses pauvres.

(3) Règlement du 21 juillet 1670, rédigé par Colbert, sur la direction et la surveillance des enfants trouvés.

divers autres procédés, il assure aux hospices les ressources suffisantes pour accomplir leur tâche. C'est en somme l'Eglise catholique qui, jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, a ici le rôle prépondérant comme dans tous les services d'assistance publique. Il faut seulement constater à partir de Louis XIV le développement d'un système de centralisation au point de vue des dépenses incombant du chef des enfants assistés à l'Etat, successeur des seigneurs justiciers, et les conséquences funestes qui en résultèrent pour les enfants eux-mêmes, la charité faisant place à l'intérêt privé par exemple là où leur nourriture était mise en adjudication (1). Quoi qu'il en soit de ces détails dont le seul but est de montrer la diversité régnant en cette matière comme en tant d'autres à la fin de l'ancien régime, la direction des mineurs abandonnés appartenait, répétons-le, aux institutions qui les recueillaient, sous le contrôle des Parlements et de l'autorité royale : elles exerçaient quant à eux par la force des choses les prérogatives du père sans en être officiellement investies.

SECTION II. — *Droit intermédiaire.*

Faire disparaître tout vestige de la puissance paternelle du droit écrit et transformer définitivement l'institution en un devoir de protection au profit exclusif des enfants sans tenir compte de l'intérêt du groupe, soumettre à un contrôle rigoureux tous les actes des parents réduits à une condition subalterne, telle fut l'œuvre poursuivie par le législateur révolutionnaire avec l'ardeur téméraire qui caractérise ses réformes visant, dans la sphère du droit privé, la destruction des traditions autoritaires (on disait alors féodales et tyranniques) de l'ancien régime. La puissance paternelle ne fut pas épargnée : par avance bafouée et ridiculisée dans les pamphlets et les clubs, elle fut, à la demande de Mirabeau, déclarée suspecte par la Constituante, et Danton put déclarer, aux applaudissements de tous, que les enfants appartiennent à la République avant

(1) Sur tout cet historique voir Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés et délaissés*, p. 100-248.

d'être à leurs parents. Si tels étaient les sentiments des législateurs, on voit de suite quelles ont été les lois. Elles font table rase du passé et peuvent se résumer en ces deux points : 1° généralisation et aggravation de la majorité émancipatrice ; 2° institution d'un comité de surveillance permanente auprès du père exerçant son autorité.

1° En reconnaissant formellement et d'une façon uniforme pour toute la France la vertu émancipatrice de la majorité (1), l'Assemblée législative réalisait, il faut le dire, un progrès : elle généralisait les règles coutumières qui, en fait, tendaient également à prévaloir dans les pays de droit écrit. La réforme était mûre et le principe en était parfaitement équitable. Beaucoup plus contestables sont l'abaissement à 21 ans, au lieu de 25, de l'âge de la majorité (2), et surtout le soin jaloux avec lequel le législateur a poursuivi, à l'égard des majeurs, l'anéantissement de tout vestige de la puissance paternelle considérée comme empreinte de féodalité. En matière de mariage le consentement du père ne leur est plus nécessaire, ils n'ont même aucun conseil à demander à leurs parents.

2° La seconde innovation de l'époque révolutionnaire est encore plus critiquable en elle-même. Toute solidarité hiérarchique dans la famille étant considérée comme un instrument de tyrannie, on voulut, pour organiser quelque chose qui la suppléât, instituer un contrôle destiné non pas tant à réprimer les abus accidentels qu'à participer à l'exercice même de cette autorité ; on pensait éviter ainsi de consacrer, chose inadmissible, la puissance directe d'un homme sur un autre, fut-il son fils mineur, tout en assurant à ce dernier l'éducation virile dont chacun sentait le besoin (3). Dans ce but, la loi des 16-24 août 1790, tit. x, art. 15 et 16, compose des parents les plus proches de l'enfant un tribunal domes-

(1) Décrets 28 août 1792 et 1er février 1793.

(2) Loi 20 septembre 1792, tit. IV, art. 3, interprétée le 1er février 1793.

(3) Le 1er projet de Cambacérès en 1793 (Fenet, p. 5) propose sérieusement dans ce but de nourrir les enfants, comme Achille, avec de la moelle de lion.

tique chargé, au cas de dissolution du mariage ou de séparation de corps, de statuer sur la garde et l'éducation des enfants, chargé aussi, même au cours du mariage, de prendre part à l'exercice du droit de correction paternelle. L'autorité du père, déjà amoindrie à ce dernier point de vue puisque seul désormais le mineur pouvait être emprisonné et pour une durée d'un an au maximum, était singulièrement énervée par l'institution de ce tribunal auquel il devait soumettre toute mesure de correction à l'égard de son fils; c'était en fait la lui retirer complètement. Cette assemblée de famille, véritable anachronisme renouvelé du plus ancien droit romain aux temps où la Cité n'avait pas encore pris conscience de sa force, avait d'ailleurs une situation étrange, car ses sentences devaient être soumises au président du tribunal du district libre de les faire exécuter ou de les modifier à son gré (1). L'innovation échoua lamentablement: humiliante pour le père, elle laissait fort indifférents les autres parents dont l'intervention, dépourvue de sanction, n'avait rien de pratique; elle n'eut aucun des bons effets qu'on en attendait (2).

On pensa réussir autrement et laisser seulement en présence de l'enfant à élever le père n'ayant que des obligations de surveillance et de protection sous le contrôle absolu de l'Etat dont il eut été le représentant subalterne (3). Sur certains points on précise les devoirs du père. L'histoire romaine étant remplie de beaux traits sur les grands ci-

---

(1) Guichard, *Trib. de famille*, p. 128.

(2) Elle n'empêcha même pas que, dans les massacres de septembre à Bicêtre, fussent compris des enfants placés en correction (Mortimer-Ternaux, *Histoire de la Terreur*, XII, p. 294).

(3) Les trois projets de Code civil de Cambacérès (9 août 1793, 23 fruct. an II, messidor an IV, Fenet, t. I, 1, 17, 99, 146) sont conçus dans cet esprit. « C'est tromper la nature que d'établir ses droits par contrainte;... surveillance et protection, voilà tous les droits des parents. » (1er rapport Cambacérès.) « La patrie a le droit d'élever ses enfants, elle ne peut confier ce dépôt à l'orgueil des familles... Nous voulons que l'éducation soit commune et égale pour tous les Français. » (Robespierre, Rapport 18 floréal an III.)

toyens agriculteurs, il devra enseigner à son fils l'agriculture, ou du moins un art mécanique (1). Il se conformera aussi aux lois récentes décrétant l'enseignement primaire obligatoire, à peine d'amende, dit le décret du 29 frimaire an II, de déchéance de toute puissance paternelle, ajoute le 2e projet de Cambacérès (2).Une peine identique frappe le père noté pour inconduite ou incivisme ou « manquant aux devoirs d'affection que sa qualité lui impose (3) » ; dans ces divers cas d'interprétation fort élastique, on transporte la surveillance des enfants « à des hommes sages et vertueux ». C'est la Nation qui se charge de l'éducation, de la formation de la jeunesse, par l'intermédiaire de délégués qu'elle choisit à son gré.

Ces diverses prescriptions s'appliquaient, sauf dans le 3e projet de Cambacérès, à tous les enfants sans distinction, légitimes, naturels, ou même adultérins, car tous avaient des droits égaux (4). A cette première cause de désorganisation de la famille légitime, assimilée à une union passagère quelconque, s'en joignait d'ailleurs une autre, le divorce, qui, admis par la législation nouvelle avec une déplorable facilité, se multiplie chaque jour. Par voie de conséquence nécessaire, le nombre des enfants abandonnés s'accroît et, les institutions charitables d'antan ayant été dépouillées de leurs biens puis dissoutes, les seigneurs hauts justiciers n'ayant plus les charges comme les privilèges nés du droit féodal, la loi du 27 frimaire an V doit, pour parer aux premiers besoins, placer les nouveaux-nés ainsi délaissés dans les hospices, aux frais du Trésor national. Un règlement du 30 ventôse an V détermine

(1) 1er projet Cambacérès.

(2) L'école obligatoire avait été instituée par l'édit de 1698 ; elle l'est à nouveau sous la Révolution ; nous retrouverons une prescription analogue dans la loi du 28 mars 1882. Nous verrons à ce moment-là si ces trois tentatives n'ont pas été inspirées par un même esprit et dans quelle mesure cette atteinte à la liberté des pères de famille nous paraît acceptable.

(3) 3e projet Cambacérès.

(4) Voir, en matière héréditaire, les lois des 4 juin 1793 et 12 brumaire an II, assimilant les enfants naturels simples aux enfants légitimes.

la façon dont ils y seront élevés et instruits. Enfin l'autorité paternelle reçoit un nouveau coup, terrible quoiqu'indirect, des lois des 7 mars 1793 et 17 nivôse an II qui, dans l'ordre successoral, suppriment absolument le droit de tester (1) ou ne laissent aux parents qu'un droit de disposition presqu'insignifiant au profit seulement d'étrangers.

En somme, on avait pris le contre-pied absolu de l'état de choses antérieur, on avait aboli la puissance paternelle et l'autorité maritale, les conséquences suivirent de près : une corruption extrême des mœurs publiques, s'ajoutant aux erreurs du législateur, allait, si l'on ne réagissait au plus vite, consommer la ruine de la famille et, partant, de la société française. L'expérience était décisive, elle fut comprise et le projet de Code civil de l'an VIII annonce l'intention formelle, sans répudier les améliorations de détail obtenues, « de restituer à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre (2) ». Le même sentiment inspire tous les législateurs de 1804. L'État a essayé de se constituer le père de famille universel; devant les résultats de cette tentative, on en revient à l'autorité paternelle.

---

(1) Le droit de tester a toujours eu cette singulière fortune d'être attaqué par ceux-là surtout des législateurs qui se déclarent les plus zélés partisans de la liberté. (Voir le projet actuel sur les successions, déposé par M. Barodet et ses collègues à la Chambre des députés.)

(2) Projet Jacqueminot, 30 frim. an VIII, *Idées prélim.*, Fenet, 331.

CHAPITRE III

La puissance paternelle aux débuts du droit moderne.

Les premières années du XIX^e^ siècle ont été, après une époque de bouleversements terribles, une ère de reconstitution, de régénération, pour la France. Le génie puissant qu'elle s'est donné pour maître entend remettre de l'ordre partout, dans les finances comme dans l'organisation administrative, dans le droit privé comme dans le droit public ; tous les besoins sociaux semblent connus de lui, il y pourvoit d'une main sûre et ses collaborateurs qu'il sait si bien choisir admirent son aptitude merveilleuse à s'assimiler les connaissances les plus variées. La rapidité avec laquelle il accomplit cette œuvre immense, dont le temps a respecté la plus grande partie, étonne encore aujourd'hui ; c'est que, cherchant dans le passé de notre nation presque tous les matériaux utilisables, il eut l'art de transformer ces éléments traditionnels et de les approprier aux conditions nouvelles d'une société désorganisée au point de donner l'illusion d'une complète innovation.

Pour refaire la nation française, il était nécessaire de lui rendre un droit privé ayant ses racines dans la législation et la pratique anciennes mais unifié et modernisé, il était indispensable de reconstituer la famille sous la direction de son chef. Napoléon I^er^ ne l'ignorait pas. De là l'intérêt extrême et la part considérable pris par lui à l'élaboration du Code civil ; de là aussi l'autorité véritable reconnue au père légitime sur ses enfants. Sans doute le législateur se préoccupera des enfants nés hors mariage, sans famille ou abandonnés par leurs parents ; ils ne sauraient rester sans guides et sans protecteurs, il leur faut une direction : la loi donnera donc sur eux des droits aux parents illégitimes ou à des représentants de la société, nous dirons plus loin comment.

Mais c'est la famille dans les conditions normales et régulières, la famille légitime, qui est l'objet des préoccupations les plus pressantes, parce que son existence importe au salut de la nation. Pour elle, et pour elle à peu près exclusivement, le texte du Code civil va restaurer la puissance paternelle ; l'intention est si évidente que l'article 203 semble même, et par la place qu'il occupe et par la façon dont il est conçu, faire découler l'obligation pour les parents d'élever leurs enfants non du fait de la paternité mais du mariage. La famille légitime avec le mariage pour base et l'autorité paternelle pour lien, il y avait là aux yeux des législateurs de 1804 un des plus puissants leviers pour relever la France; l'idée était juste et féconde en heureuses conséquences. Au milieu du désordre matériel et moral du temps, ont-ils pris les meilleurs procédés pour atteindre le but poursuivi ? S'ils n'ont pas complètement réussi, faut-il s'en prendre uniquement aux mœurs modifiées et aux circonstances, ou bien leur œuvre présente-t-elle quelques défauts ? C'est ce que nous devrons nous demander par la suite. Il nous faut d'abord exposer l'œuvre elle-même en nous plaçant avant tout, pour étudier la puissance paternelle, sur le terrain par eux choisi.

SECTION PREMIÈRE. — *Puissance paternelle sur les enfants légitimes.*

En consultant les travaux préparatoires au titre IX du Code civil, certains esprits ont cru pouvoir relever chez ses auteurs des divergences profondes d'opinion dont ils font remonter la cause aux deux principes romain et coutumier qui se partageaient l'ancienne France. Qu'il y ait dans la façon de parler de chaque orateur des différences de terminologie et même de tendances suivant son pays d'origine, cela est incontestable et même il ne pouvait en être autrement : hommes de pratique et traitant d'une matière dont ils avaient vu les applications sous l'ancien régime, les législateurs de 1804 se ressentaient forcément de leur passé. Ainsi Réal et Vézin

sont des jurisconsultes coutumiers, Tronchet et Malleville se rattachent au droit écrit, leur façon de s'exprimer l'indique surabondamment. Mais si l'on va au fond des choses, on les trouve tous d'accord sur la thèse fondamentale elle-même : le père a des devoirs envers son enfant en même temps que des droits sur lui et il y a lieu de contrôler et de limiter ceux-ci pour les empêcher de dégénérer en oppression ; mais aussi il est investi d'une sorte de magistrature à laquelle il importe de donner de la force si l'on veut en attendre d'heureux effets, l'intérêt social exige le règne du bon ordre dans la famille pour en assurer le maintien dans la société. La notion de l'autorité paternelle a ainsi deux faces, deux aspects ; chaque orateur, suivant son tempérament, insiste sur l'un ou sur l'autre, paraissent-ils se contredire, il n'en est rien cependant. Réaction contre les excès de l'époque intermédiaire et relèvement de l'autorité paternelle, tel est leur but à tous ; quant aux moyens, ils n'ont pas d'idée absolue et cherchent des solutions pratiques tenant compte des divers intérêts en jeu, chacun met en relief celui de ces intérêts qui lui paraît prédominant. Ils ont fait, a-t-on dit non sans quelque dédain, une œuvre de transaction. L'affirmation est vraie quant aux détails d'application empruntés à des sources diverses (1). Mais en pouvait-il être autrement dès qu'on voulait substituer à des coutumes variées une législation unifiée pour toute la France ; n'en faudrait-il pas dire autant de presque tout le Code civil ? N'était-ce pas du reste légitime si de cette fusion d'éléments distincts par leur origine devait sortir une législation améliorée ? N'était-ce pas habile enfin, car les lois privées sont comme les constitutions politiques, elles

(1) Cette constitution éclectique de la théorie dans le Code civil l'a fait présenter par les uns comme une restauration presque complète de la *patria potestas* (Pradines, *Journal officiel*, 1881, annexe n° 5 ; Proposition Roussel au Sénat, exposé des motifs ; Brueyre, *Loi du 24 juillet 1889*, p. 17), par d'autres comme la reproduction exacte des principes coutumiers (notamment Laurent, t. IV, n° 258 ; Tribunal de la Seine, 27 janvier 1890, S. 1891, 2, 20). Les deux points de vue nous semblent trop étroits, quoique le second soit plus vrai.

n'ont de chances de durée sérieuses qu'à la charge de répondre aux mœurs formées par l'habitude ; le progrès véritable s'opère lentement.

Sur le terrain des applications pratiques, les discussions ne manquèrent pas. Le premier Consul eut voulu réglementer minutieusement les rapports entre parents et enfants, prévoir notamment les abus d'autorité et édicter une sanction; peut-être jugeait-il les mœurs nouvelles insusceptibles, faute de traditions, de suppléer aux lacunes de la loi. On recula devant les difficultés d'une tâche qui n'eût jamais pu, il est vrai, être complète et l'on décida de s'en tenir à des règles générales (1). Ce premier point admis, on s'accordait encore pour attribuer à l'âge et au mariage une vertu émancipatrice (C. civ., art. 476 et 488), c'était consacrer les résultats de l'évolution historique. Mais les divergences se firent jour quand, après avoir, sous une sanction assez mal déterminée d'ailleurs, imposé aux parents dans l'article 203 le devoir d'entretenir et d'élever leur enfant, on voulut préciser au titre IX leurs droits sur lui; on discutait même quelle qualification donner à l'ensemble de ces prérogatives. Serait-ce la puissance ou l'autorité paternelle? Longtemps la question fut en suspens. Attachement sans doute de chacun à la terminologie en usage dans sa province, mais aussi quelque chose de plus, car cette apparente querelle de mots masque une divergence de vues sur les moyens à adopter pour reconstituer la puissance du père. Les partisans de la puissance paternelle sont les jurisconsultes des pays de droit écrit, ils sont plus portés à accentuer les droits du père dans le texte même de la loi; les tenants de l'autorité paternelle, rattachés à la doctrine coutumière, veulent des règles plus douces et s'en remettent davantage aux mœurs pour le surplus. En définitive on est arrivé, dans la forme surtout, à « une espèce de composition (2) ». A la théorie du droit

(1) Fenet, t. x, p. 435. Tronchet répondit au premier Consul qu'il fallait négliger d'abord les détails et les questions isolées; il n'en fut plus reparlé.
(2) Vézin, Fenet, t. x, p. 519.

écrit on rapporte d'ordinaire et la rubrique du titre IX « De la puissance paternelle » et encore l'article 371 exigeant de l'enfant, à tout âge, honneur et respect pour ses père et mère; mais aucun des jurisconsultes coutumiers n'eut songé à protester contre cette affirmation, d'ailleurs dénuée de sanction, d'un principe incontesté. Pour tout le reste, la doctrine coutumière prévaut tout au moins dans ses grandes lignes, le mal est seulement qu'elle est insuffisamment développée et précisée.

En quoi consiste la puissance paternelle ou en d'autres termes quels attributs rentrent dans cette notion, qui en est investi et comment elle prend fin, tels sont les points à examiner pour se rendre compte de la théorie du Code civil. Nous nous demanderons aussi quel est son champ d'application et si elle doit être appliquée aux étrangers en France.

§ I. — Attributs de la puissance paternelle.

La puissance paternelle, avons-nous dit au début de cette étude, comprend l'ensemble des moyens mis à la disposition des parents pour assurer l'éducation de leurs enfants et la conservation de la famille ; dès lors, tout en s'atténuant à mesure que l'enfant devient homme, elle ne doit jamais absolument disparaître. La conception des rédacteurs du Code civil était-elle contraire? On pourrait le croire peut-être à la simple lecture du titre IX; mais si l'on rapproche en un faisceau des textes épars, on se convaincra bientôt qu'un tel jugement serait inexact. L'extension de l'idée de puissance paternelle à des droits ne figurant pas dans les textes du titre IX n'est pas une innovation de la loi du 24 juillet 1889 et certaines paroles du conseiller d'État Réal en 1804 nous permettent de dire que le Code civil distingue deux degrés successifs dans l'exercice de cette autorité : plus stricte et comportant des droits plus étendus jusqu'à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire tant que le père a envers lui des devoirs plus étroits et encourt de son chef une responsabilité personnelle, elle persiste en-

suite (1), mais presque exclusivement comme autorité morale, toute de conseil et d'assistance, hommage à la dignité des parents auxquels sont toujours dus la déférence et le respect des enfants. C'est là une différence capitale entre la puissance paternelle et la tutelle qui ne laisse aucune trace après la majorité : elle se justifie d'elle-même par l'intérêt de la famille.

Certains attributs des parents sont, il est vrai, à leur défaut, exercés par le tuteur pendant la minorité du pupille, mais c'est qu'en cette circonstance anormale, il est indispensable d'assurer une protection à celui-ci. Il convient donc que, dans une mesure restreinte et à titre subsidiaire, le tuteur, chargé en cette qualité uniquement de la gestion des biens, remplace aussi les parents quant à la personne du mineur. Cela ne nous empêche pas de faire légitimement rentrer dans la notion de l'autorité paternelle *lato sensu* au moins tous les droits de nature à faciliter la tâche des parents (2) et d'en réserver l'exercice en principe au survivant d'eux quand, vis-à-vis de son enfant, il se trouve en concours avec un tuteur.

A. — Puissance paternelle stricto sensu.

Envisagée uniquement comme pouvoir de direction protectrice pour le mineur, la puissance paternelle du Code a été définie « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la puissance des biens des enfants (3) ».

(1) *Sic* Aubry et Rau, t. VI, § 549, note 1 ; Demolombe, t. VI, n° 268 ; Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. I, n^{os} 64-65. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 267 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 958 ; Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle*, n° 22.

(2) M. Leloir, *op. cit.*, t. I, n° 89, considère comme droits de puissance paternelle : 1° ceux se rattachant intimement à l'un des droits fondamentaux énumérés dans les articles 372 et suivants, C. civ.; 2° en principe et sauf disposition contraire formellement exprimée dans la loi, ceux qu'un texte confère successivement aux parents et au tuteur.

(3) Glasson, *Eléments du droit français*, t. I, n° 72.

Le Code civil a résumé dans l'article 203 les obligations des parents qui doivent « nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Relativement simples et faciles à remplir pendant les premières années, elles deviennent plus complexes et délicates à mesure que le mineur avance en âge et réclame des soins de plus en plus grands pour son développement intellectuel et moral. Remarquons toutefois que l'art. 203 ne sanctionne pas expressément la règle qu'il pose et que, dans tous les cas, l'obligation n'a pas toute l'extension que lui avait jadis donnée la législation positive, « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » (C. civ., art. 204) (1).

Quant aux droits des parents, ils leur sont expressément attribués par les textes, surtout au titre IX du livre I, ou ils s'en induisent nécessairement; ils portent soit sur la personne soit sur les biens du mineur. Les premiers sont les droits de garde, d'éducation et de correction. Les droits relatifs aux biens sont la jouissance et l'administration légales accordées aux parents par les articles 384-387, 389.

I.— Sur la personne de l'enfant, la loi attribue aux parents des pouvoirs étendus (2).

1° Le droit d'éducation n'est pas formellement inscrit dans les textes qui voient là uniquement un devoir; mais tenus d'élever leur fils, les père et mère doivent avoir le moyen de le faire. L'éducation est le but même et la raison d'être de l'autorité paternelle, le père a donc le pouvoir de la diriger; cela résulte du reste des deux droits accessoires et sanctionnateurs expressément consacrés, ceux de garde et de correction. Par suite, tout ce qui a trait au genre et au degré d'instruction en matière religieuse, intellectuelle et morale, au métier, à la profession à choisir, dépend du père de famille. C'est à lui qu'il appartient d'intervenir au contrat d'appren-

(1) C'est la tradition coutumière : « Ne dote qui ne veut. »

(2) Nous retrouverons plus loin ces droits admis par la plupart des législations étrangères mais avec des limitations fréquentes et une plus grande précision des devoirs des parents.

tissage conclu relativement au mineur, de l'autoriser à faire le commerce (Code com., art 2), à passer les examens nécessaires pour l'obtention des grades universitaires, à se faire inscrire dans les diverses facultés ou écoles (1). Le père est maître de régler le genre de vie de ses enfants, de surveiller leurs relations et leurs correspondances. Il est libre, quelle que soit sa fortune, de refuser à son fils l'instruction secondaire, peut-être même, jusqu'en 1882, toute instruction si élémentaire soit-elle. Le Code civil ne contient aucune réglementation sur ce point et semble s'en remettre aux habitudes et à l'amour propre des parents de corriger ce qu'il peut y avoir d'excessif dans ce pouvoir absolu de direction. Le père a enfin droit aux services de son fils tant qu'il l'a sous sa puissance, c'est la récompense légitime des soins qu'il a pour lui.

2° Le droit de garde comporte celui de fixer la résidence de l'enfant, de conclure pour lui les contrats de tutelle officieuse, d'apprentissage, de louage de services, de l'autoriser à contracter un engagement décennal dans l'instruction publique. D'une façon plus générale, il comprend la faculté de déterminer les personnes auxquelles le mineur pourra être confié, sinon de le retenir à la maison paternelle. C'est parce qu'il est investi d'un tel droit que le père encourt une responsabilité civile par suite des faits dommageables, imputables à son enfant(2). Sauf donc au cas exceptionnel prévu par l'art. 374 C. civ. retivement à l'entrée dans l'armée (3), le fils ne peut quitter sans autorisation le domicile paternel et la règle est stricte:

---

(1) *Sic* Arr. minist. 8 août 1890, art. 2.

(2) Cette responsabilité cesse s'il prouve qu'il n'a pu empêcher l'acte commis malgré toute sa précaution ou s'il a délégué ses droits à un tiers, à un maître de pension par exemple, chargé par lui de surveiller l'enfant (C. civ., art. 1384).

(3) Cette exception a été maintenue, mais à partir seulement de la 20e année, par les dernières lois militaires (Loi du 15 juillet 1889, art. 59; Décrets 28 septembre 1889, art. 6; 24 décembre 1889, art. 6; 28 janvier 1890, art. 7). Il y a là une atteinte injustifiée à l'autorité paternelle (Glasson, t. 1, n° 73; de Sauzet, *Rome devant l'Europe, le Code civil et les lois romaines*).

s'il contrevient à cette interdiction, le père réclamera l'intervention tant de l'administration que de la justice (1) pour rechercher et ramener le fugitif, fût-ce *manu militari*. L'enfant est-il aux mains d'une tierce personne qui le retient de gré ou de force, les parents auront contre elle une action analogue à la revendication, pouvant s'exercer par voie de simple référé (2), sans préjudice d'une action en dommages-intérêts par application de l'art. 1382 C. civ.

Aux droits de garde et d'éducation on a voulu rattacher la règle de l'art. 108, § 2, du Code civil fixant le domicile du mineur non émancipé « chez ses père et mère ou tuteur ». Sans nier tout lien entre ce rapport de droit et la puissance paternelle (3), nous constatons qu'il ne résulte pas de l'existence du droit de garde. En cas de divorce par exemple, nous le verrons, la garde de l'enfant peut être confiée par les tribunaux à une personne étrangère et cependant son domicile légal reste chez son père. D'autre part, tandis que le droit de garde, comme en principe tous les droits sur la personne de l'enfant, subsiste après dissolution du mariage au profit du survivant des époux même s'il n'est pas investi de la tutelle (C. civ., art. 477, 478; C. com., art. 2), les art. 108 et 450 C. civ. combinés fixent, contrairement à l'opinion de Pothier dans notre ancienne jurisprudence, le domicile du mineur en tutelle par suite de la mort d'un de ses auteurs chez son tuteur quel qu'il

---

(1) Une ordonnance du président du tribunal suffit pour cela, d'après l'opinion dominante. Valette sur Proudhon, t. II, p. 241, note a; Demolombe, t. VI, n° 308 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550 ; Chardon, t. II, n° 24 ; Boistel, p. 288 ; Bernard, p. 186 ; Delepierre, p. 253 ; Leloir, t. I, n° 106. — Dans les travaux préparatoires (Locré, t. VII, p. 20), le 1er Consul a formellement admis l'emploi de la *manus militaris* en pareil cas.

(2) Demolombe, t. VI, n° 307 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 12 ; Leloir, t. I, n° 108. Le président compétent est alors celui du domicile du défendeur ou du lieu où l'ordonnance doit être exécutée.

(3) L'art. 1er de la loi du 24 juillet 1889 affirme expressément, nous le verrons, ce lien en rangeant parmi les droits éteints par suite de la déchéance de la puissance paternelle celui pour les parents de fixer chez eux le domicile de leurs enfants. Mais nous doutons que telle ait été l'idée des rédacteurs du Code civil.

soit, parent survivant ou autre (1). Telle est la règle posée par l'art. 108 dès que l'enfant n'est plus domicilié chez ses père et mère, c'est-à-dire dès que le mariage est dissous. Le motif en est que le domicile légal est une fiction juridique se rattachant principalement à l'administration des biens (C. civ., art. 102) alors que le droit de garde concerne surtout la personne. Rien d'étonnant dès lors que, pour la fixation de ce domicile, le Code civil ait suivi la même règle que pour l'administration légale cessant au jour de la dissolution du mariage. C'est donc à cet attribut de la puissance paternelle que nous rattacherons la détermination du domicile du mineur pendant le mariage de ses parents.

On songerait au contraire tout naturellement à rapprocher des prérogatives relatives à la garde et à l'éducation du mineur les principes relatifs à l'acquisition pour lui de la nationalité. Il ne saurait bien entendu être question de faire découler de l'idée de puissance paternelle le fait de la transmission de la nationalité par la filiation (2) ; nous ne rencontrons ici aucun acte juridique et volontaire de la part du père, c'est la loi qui confère à l'enfant la nationalité, comme le nom du père, comme l'aptitude à sa succession. Quant au changement de nationalité, le rattachement que nous signalons n'est pas étranger au législateur français, nous en trouverons la preuve en étudiant la loi du 26 juin 1889. Mais il faut dire aussitôt que la question ne se posait pas avant ces dernières années : le mineur, d'après le Code civil, était absolument incapable, tant par lui-même que par autrui, d'acquérir une nationalité nouvelle, voir même de fixer sur sa tête une nationalité que la loi lui conférait conditionnellement.

3° Après le droit d'éducation, devoir à remplir en même temps et but à poursuivre, après le droit de garde, moyen d'y

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, § 187, note 2 ; Demolombe, t. I, n° 559 ; Aubry et Rau, t. I, § 143, note 9 ; Leloir, t. I, n° 112.

(2) *Sic* toute la doctrine. — *Contra* cependant Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 11 et 83, note 1.

parvenir, voici le droit de correction, droit sanctionnateur. Par le fait même qu'elle en autorise l'exercice tout en le réglementant en cas de graves sujets de mécontentement, la loi moderne permet implicitement l'emploi de la *levis castigatio* dans un but d'amendement moral et sans autre limitation formelle que les art. 302, 304, 315 C. pén., en cas de coups et blessures graves (1); il en est de même de la séquestration privée tant que, n'excédant pas les limites d'une correction modérée, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 341 du même code.

Exceptionnellement, le législateur, par souvenir du règlement du 16 mars 1673, fait intervenir l'autorité judiciaire(2) pour l'exécution et même pour le prononcé de la peine : c'est le président du tribunal civil du domicile du père qui prescrit l'internement de l'enfant(3). Seulement s'il appartient à ce seul magistrat d'ordonner la mise en détention, son ordre est de pure forme et ne comporte aucun pouvoir d'appréciation sur les motifs déterminant la requête, le père agit par voie d'autorité même après dissolution du mariage, toutes les fois du moins qu'il n'est pas remarié et que l'enfant, mineur de 15 ans, n'a ni profession, ni biens personnels (C. civ., art. 376, 380, 382). « Le magistrat, disait l'exposé des motifs, ne fait que *légaliser* pour ainsi dire, ne fait qu'ordonner l'exécution pure et simple de la volonté du père(4). » La détention n'excédera pas un mois. Une seule des diverses conditions énumérées manque-t-elle, soit que la situation indépendante de l'enfant puisse être

(1) Demolombe, t. VI, n° 309 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550 ; Chardon, t. II, n^{os} 26, 35 ; Leloir, t. I, n° 126 ; Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, p. 219 ; Rivière, *Limitations du droit de garde, Rev. cath. des inst. et du droit*, t. XVII, p. 132. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 275.

(2) Les principes de la loi du 24 août 1790 sont absolument abandonnés.

(3) Une note ministérielle d'octobre-novembre 1889 (*Bull. just.*, 1889, p. 309) donne à tort compétence au président du tribunal de la résidence de l'enfant.

(4) *Sic* Laurent, t. IV, n° 276 ; Fuzier-Herman, n° 47 ; Pascaud, *op. et loc. cit.*, p. 220 ; Leloir, t. I, n° 141. — *Contra* Marcadé, t. II, n° 137 ; Demolombe, t. VI, n° 314 ; Bernard, p. 189 ; Delepierre, p. 256 ; surtout Demante, t. II, n° 121 *bis*.

compromise par une détention arbitraire (1), soit que l'impartialité du père soumis à une influence étrangère devienne suspecte, l'emprisonnement, requis seulement par ce dernier, sera ou non ordonné, pour un mois au maximum à l'égard du mineur de 15 ans et ensuite pour six mois au plus, par le président du tribunal civil, après examen de l'affaire et avis du procureur de la République; il pourra non seulement être refusé au père mais encore être réduit dans sa durée, il ne sera jamais augmenté (C. civ., art. 377, 380, 382). La mère, exerçant la puissance paternelle pour une cause quelconque, n'a que le procédé de la réquisition pour faire incarcérer son enfant; encore a-t-elle besoin du concours des deux plus proches parents paternels (2) et perd-elle absolument ce droit si elle se remarie (C. civ., art. 381 et 468).

Tandis qu'aucun recours n'est admis au profit des parents contre le rejet de leur requête à fin d'internement, la voie de l'appel est ouverte à l'enfant détenu sur simple réquisition, quel que soit le motif ayant fait écarter l'incarcération par voie d'autorité (3). Sur le vu d'un mémoire adressé par lui au procureur général, le premier président, après avis donné au père et examen de

---

(1) Réal a donné de cette restriction au droit du père une assez mauvaise raison quand il a dit au Corps législatif : « Si l'enfant a pour père un dissipateur, il est *hors de doute* que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera du refus de l'enfant et que, peut-être, il lui fera acheter sa liberté. »

(2) A défaut de parents paternels, on s'accorde à exiger l'assistance de deux amis de la famille (Marcadé, t. II, n° 139; Demolombe, t. VI, n° 353; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 17; Boistel, p. 318; Delepierre, p. 259; Leloir, t. I, n° 152). — *Contra* Allègre, *Le Code civil, sous l'art. 381 :* cet auteur applique alors l'art. 468 C. civ. — En cas d'opposition des parents paternels, s'il y en a, la mère est désarmée et ne peut saisir de la question le conseil de famille.

(3) Telle est, du moins, l'opinion généralement admise : on entend l'art. 382 dans un sens large (Valette, *Cours de code civil*, p. 492; Demolombe, t. VI, n° 331; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 22; Delsol, n° 342; Boistel, p. 305; Bernard, p. 191; Delepierre, p. 258). Quelques auteurs sont cependant contraires et restreignent l'application de l'art. 382 au cas où le mineur a des biens personnels (Marcadé, t. II, nos 141 et 142; Laurent, t. IV, n° 288; Chardon, t. II, n° 29; Leloir, t. I, n° 146); ils invoquent en ce sens les paroles de Cambacérès dans les travaux préparatoires (Locré, t. VII, p. 41).

l'affaire, rapportera ou modifiera au besoin la première sentence (C. civ., art. 382 généralisé). Cet appel n'est jamais suspensif. Que l'ordre, d'ailleurs, ait été obtenu par voie d'autorité ou par voie de réquisition, la détention constitue un acte de juridiction domestique ; le parent qui l'a provoquée reste « toujours libre d'en abréger la durée (1) », ou même d'user simplement de l'ordonnance du président comme d'une menace contre les rébellions futures de l'enfant. En revanche, même après la peine subie, de nouveaux écarts peuvent motiver une seconde détention (C. civ., art. 379). Pour éviter toute publicité de nature à nuire plus tard au mineur, l'ordre d'arrestation est la seule pièce écrite à son sujet, encore n'est-il pas motivé ; il n'y a ni écriture préparatoire, ni formalité judiciaire, aucune mention par exemple sur les registres d'écrou (2).

Les parents, sauf le cas d'indigence bien constaté (3), doivent s'engager par avance à subvenir aux frais de l'internement (4). La loi ne dit rien quant aux lieux où il doit s'effectuer, mais les travaux préparatoires démontrent la répulsion de ses auteurs pour l'idée de mêler les jeunes prisonniers aux condamnés ordinaires dans les prisons de droit commun (5).

II. — Quant aux biens, la puissance paternelle, au sens étroit du mot, confère aux parents les droits d'administration et de jouissance légales sur la fortune propre de leurs enfants.

---

(1) On s'accorde généralement à ne pas exiger de la mère qu'elle prenne en pareil cas l'avis de deux parents du côté paternel (*Contra* cependant Marcadé, t. II, n° 140 ; Laurent, t. IV, n° 283 ; Leloir, t. I, n° 153).

(2) Voir Règlement du 30 octobre 1841, art. 113, et Décret du 11 novembre 1885, art. 31.

(3) Le ministre de l'intérieur, sur la proposition du préfet (Règlement du 30 oct. 1841, art. 112), est seul qualifié pour accorder une telle dispense grevant les finances de l'État. Pour les pièces à fournir en ce cas au président du tribunal, voir Lett. minis. 20 fév. 1822, Déc. minis. 3 avril 1876.

(4) On discute le point de savoir si le père doit consigner une somme ou s'engager seulement à payer les aliments (voir Décr. 11 nov. 1885, art. 30, et une Lettre de la direction de l'administration pénitentiaire, le 12 août 1891, dans Leloir, t. I, nos 137-139).

(5) Nous verrons plus loin, à propos de la loi du 5 août 1850, ce qui a été fait pratiquement à ce point de vue.

1° Pendant le mariage, dit l'art. 389 du Code, le père (1) est administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs non émancipés : comme tel, il les représente dans tous les actes de la vie civile, sauf évidemment quand il y a entre eux opposition d'intérêts. C'est là pour le père une charge, car il est comptable de la fortune et même des revenus desdits biens quand il n'en a pas la jouissance. Mais c'est un droit aussi en ce sens que, conformément aux principes admis dans notre ancienne jurisprudence, les intérêts de l'enfant issu du mariage étant, tant qu'il dure, garantis par la présence simultanée de ses protecteurs naturels, l'administration du père est une gestion de confiance qui ne comporte pas pour le mineur les mêmes garanties que la tutelle : elle est affranchie du contrôle permanent d'un subrogé tuteur et d'un conseil de famille ; l'hypothèque légale ne frappe pas les biens de l'administrateur. Telles sont, du moins, les conclusions qui découlent forcément, semble-t-il, sinon du texte de la loi, du moins des travaux préparatoires (2) et de cette idée essentielle que l'art. 389, tout inséré qu'il soit au titre de la tutelle, réglemente une prérogative de la puissance paternelle. Pendant le mariage, en effet, il ne peut être question de tutelle (3).

Cependant, quant à l'étendue de ce droit d'administration légale, le laconisme extrême du législateur laisse une grande place au doute. Evidemment le père ne peut se soustraire à l'obligation de gérer, puisque cette obligation est attachée à sa condition de père. D'autre part, c'est un administrateur de biens appartenant à autrui et, comme tous autres, notamment comme le mari administrateur des biens de sa femme, il est obligé de gérer les biens en bon père de famille et, si-

(1) La mère peut l'être aussi, d'après l'opinion commune, mais dans le seul cas d'impossibilité physique de la part du père.

(2) Observations au Tribunat et exposé des motifs par Berlier (Locré, *Lég.*, VII, p. 215, n° 2, et 234, n° 3.

(3) *Sic* Marcadé, t. II, p. 154 ; de Fréminville, t. I, n° 18 ; Demolombe, t. VI, n^os^ 420, 422 ; Aubry et Rau, t. I, § 123, note 7, et t. III, p. 206 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 137 *bis*, II, et t. IX, n° 82 *bis*, IV ; Laurent, t. IV, n° 310 ; Oudot, *Droit de famille*, p. 199.

non de faire nécessairement un inventaire, du moins de s'assurer les moyens de rendre plus tard son compte. Mais il faut s'en tenir à ces principes généraux et se garder, par exemple, de lui appliquer par analogie les déchéances ou pénalités édictées par les art. 451 et 1442 C. civ. à l'égard du tuteur négligent : *pœnalia sunt restringenda*. Il semble bien aussi, sauf controverse, que l'accomplissement au nom de l'enfant d'un acte quelconque rentrant dans la notion de l'administration n'est jamais soumis à une autorisation quelconque : la loi ne prescrit aucune formalité de ce genre, les travaux préparatoires montrent l'intention chez le législateur de laisser au père plus d'indépendance qu'à un tuteur (1), enfin il n'y a pas de conseil de famille possible pendant le mariage. Quant aux actes de disposition excédant les pouvoirs ordinaires d'un administrateur, les mêmes raisons devraient *a priori* faire admettre que, seul, le tribunal peut intervenir pour habiliter le père de famille (2). Cette dernière question est-elle controversée, il est certain du moins que, pour la reddition des comptes de gestion, la responsabilité du père administrateur se détermine, non par les règles de la tutelle, mais d'après les principes de droit commun, et aussi que ses pouvoirs sont plus larges que ceux découlant de la tutelle. Si donc l'enfant ne doit souffrir d'aucune prescription ou déchéance qu'eût évitée une gestion prudente, cependant on ne peut, par argument des art. 472 et 474 C.

(1) Fenet, t. x, p. 608.

(2) *Sic* Marcadé, t. II, n° 150 ; Pont, *Pet. cont.*, t. II, n° 560 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 995 ; Laurent, t. IV, n°s 313, 314 ; de Fréminville, *Minorité*, liv. II, n° 3 ; Seligman, *Rev. crit.*, 1875, p. 701 et suiv.; Lespinasse, *Rev. crit.*, 1879, p. 24 et suiv.; Pascaud, *Rev. gén.*, 1892, p. 312 ; de Loynes, note, D. 92, 2, 233 ; Cass. 3 juin 1867, S. 67, 1, 273 ; Amiens, 1er mars 1883, D. 84, 2, 150.— *Contra* Demante, t. II, n° 137 *bis*, III ; Demolombe, t. VI, n° 446; Aubry et Rau, t. I, § 123, note 8 ; Leloir, t. I, n° 158. — Le système exposé au texte trouve un puissant argument dans ce fait que les formalités prescrites par la loi du 27 février 1880 pour la vente des valeurs mobilières d'un mineur sont certainement inapplicables au père administrateur (Travaux préparatoires et circ. min. just. 20 mai 1880. *Sic* Trib. Seine, 4 mai 1896, D. 97, 2, 23).

civ., faire tomber tout traité conclu entre lui et son père avant la reddition d'un compte détaillé et la remise des pièces justificatives ; de plus, les intérêts du reliquat à la charge de l'administrateur ne courront, conformément aux art. 1153 et 1996 C. civ., qu'après mise en demeure par une demande en justice. Telle est dans ses grandes lignes la physionomie de ce droit spécial sur lequel, on le voit, le législateur ne s'est malheureusement pas suffisamment expliqué.

Cessant souvent avant les autres attributs de la puissance paternelle, l'administration légale ne saurait survivre au jour de la dissolution du mariage par divorce ou mort d'un époux. Tandis donc que le conjoint survivant conserve ses prérogatives sur la personne de l'enfant, la situation change à l'égard des biens ; la tutelle légale s'ouvre en principe, prolongement de l'administration et, comme elle, privilégiée, mais s'en distinguant en ce qu'elle est régie par les principes généraux de la tutelle : il y a un conseil de famille, un subrogé tuteur, une hypothèque légale sur les biens du tuteur. Cette tutelle se rattache encore cependant à la puissance paternelle en ce que le père survivant en est investi de plein droit (C. civ., art. 390) et réunit désormais aux droits d'un père sur la personne ceux d'un tuteur sur les biens du mineur. Pareil attribut compète aussi à la mère survivante avec cette triple différence : qu'elle peut toujours refuser la fonction, qu'elle ne la conservera en cas de second mariage qu'à la charge d'y être maintenue par le conseil de famille, enfin que le mari prémourant peut nommer à sa femme un conseil spécial dont l'avis sera nécessairement pris pour tout acte relatif à la tutelle (C. civ., art. 391, 392, 394-396).

Enfin, effet extrême de l'autorité paternelle, le dernier mourant des parents, fut-il mineur, a le droit de désigner à ses enfants un tuteur, parent ou étranger, soit par testament, soit par déclaration devant le juge de paix (C. civ., art. 397, 398). Toutefois, pour exercer une telle prérogative il faut, admet-on généralement, que le survivant soit investi de la tutelle légale, l'art. 399 C. civ. est une simple application d'un prin-

cipe général (1). Sur ce point encore d'ailleurs, les droits de la mère remariée sont restreints par l'art. 400 : eut-elle été maintenue en tutelle, la désignation par elle d'un tuteur ne vaut qu'après confirmation par le conseil de famille.

2° L'art. 384 C. civ. confère au père pendant le mariage et, après sa dissolution, au survivant des époux la jouissance des biens de ses enfants tant que ceux-ci n'ont pas atteint l'âge de 18 ans, s'ils n'ont été émancipés auparavant. Ce n'est pas là un souvenir de l'usufruit du *pater* dans le droit romain du Bas Empire sur le pécule adventice, car en droit français les enfants soumis à la puissance paternelle sont pleinement capables d'acquérir et de posséder un patrimoine. C'est plutôt une généralisation de l'ancienne garde noble dans le but de simplifier autant que possible les comptes de gestion à rendre par le père. Le droit de jouissance légale a un caractère nettement compensatoire, les revenus propres aux enfants font la contre-partie des charges pécuniaires résultant pour les parents de leurs devoirs de garde, d'entretien, d'éducation et d'instruction.

La jouissance légale des père et mère, en principe universelle, s'étend sur tous les biens des enfants, quelles qu'en soient la nature et la provenance. Il faut toutefois faire exception avec la loi (C. civ., art. 387 et 730) quant aux biens acquis par le fils, soit à titre gratuit sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas (2), soit à l'aide d'un travail ou d'une industrie séparée, et aux successions à lui échues par suite de l'indignité de ses parents. Ces diverses restrictions sont motivées par la volonté de n'apporter aucune entrave à

(1) Demolombe, t. VII, nos 158 et suiv.; Aubry et Rau, t. I, § 100, notes 5, 6 ; Leloir, t. I, n° 167. En général aussi on entend limitativement l'art. 397 C. civ. à un autre point de vue et l'on refuse le droit de désigner un tuteur au prémourant des époux quand, en fait ou en droit, le survivant ne peut exercer la puissance paternelle (Demolombe, t. II, n° 325, et t. VII, n° 156; Aubry et Rau, t. I, § 100, note 4; Leloir, t. I, n° 166).

(2) La condition ne vaut pas pour la part constituant la réserve légale de l'enfant : il la tient en effet de la loi, non de la volonté du disposant. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 12; Laurent, t. IV, n° 327. — *Contra* Colmet de Santerre, t. II, n° 133 *bis*, II.

certaines intentions libérales au profit de l'enfant seul, de développer chez celui-ci les habitudes laborieuses et économes et d'enlever aux parents tout profit, même indirect, dans une succession dont ils ont été écartés comme indignes.

Si grande analogie qu'elle ait avec l'usufruit, la jouissance légale s'en distingue cependant. Faute d'inventaire à la dissolution de la communauté, l'art. 1442 en prive l'époux survivant sur les biens advenus à l'enfant par succession ou autrement, mais les parents sont dispensés de fournir caution (C. civ., art. 601). Conservent-ils en nature les meubles soumis à leur droit, ils deviennent comptables de ceux qu'ils ne pourront représenter pour leur valeur, sauf peut-être s'ils prouvent n'avoir aucune faute à se reprocher (1). De plus, à côté des charges ordinaires incombant aux usufruitiers, la jouissance légale en comporte d'autres énumérées par l'art. 385 et découlant des devoirs de la paternité : tels les frais d'entretien et d'éducation des enfants selon leur fortune propre, le paiement des intérêts relativement aux capitaux dus au début de la jouissance, les frais funéraires et de dernière maladie (2). Enfin il s'agit ici d'un attribut de la puissance paternelle, d'où, bien que la loi ne défende pas expressément aux parents de s'en faire un instrument de crédit, nous croyons la jouissance légale insusceptible d'être vendue, hypothéquée ou saisie comme un droit d'usufruit ordinaire, à raison de l'affectation obligatoire desdits revenus aux dépenses de l'éducation des enfants. Tout au plus devrait-on autoriser les créanciers des parents à en saisir la portion restant libre aux mains de leurs débiteurs après acquittement de toutes ces charges (3).

---

(1) *Sic* Huc, *Comment. du Code civil*, t. III, n° 191. M. Demolombe, t. VII, n° 524, met les cas fortuits à la charge des parents.

(2) Il s'agit des frais occasionnés par celui de qui l'enfant tient sa fortune personnelle. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, notes 21, 22; Colmet de Santerre, t. II, n° 30 *bis*, II.

(3) *Confer* en ce sens Demolombe, t. VI, n° 527; Aubry et Rau, t. II, § 227, et t. VI, § 550 *bis*, note 25 ; Marcadé, art. 385, n° 2 ; Massé et Vergé, t. I, § 189, note 14; Pascaud, *Rev. gén.*, 1892, p. 315. — *Contra* Chardon, t. II, n° 107.

Bref, droit d'éducation qui est en même temps un devoir avec les droits de garde et de correction pour sanction, droits de jouissance et d'administration légales avec tutelle légale et faculté de désigner un tuteur après sa mort, tels sont les moyens légaux mis à la disposition du père pour accomplir sa mission pendant la minorité de l'enfant, alors que, ce dernier en ayant le plus besoin, la puissance paternelle s'exerce dans toute son intégrité. Il faut encore ajouter à cette énumération le droit d'émancipation qui est l'abdication volontaire par les parents de leur autorité ; nous le retrouverons plus loin.

B. — Puissance paternelle lato sensu.

A côté des attributs donnés par le législateur comme le moyen immédiat et direct d'accomplir l'œuvre de l'éducation, nous en avons annoncé d'autres, moins énergiques en général dans leur application, mais survivant à la majorité ordinaire. Ils correspondent à cette idée, exprimée par Réal dans les travaux préparatoires, que la majorité de l'enfant transforme radicalement la puissance paternelle sans la faire disparaître absolument.

L'idée fondamentale de la puissance paternelle largement entendue est formulée dans l'art. 371 Code civil, « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère (1). » Cette disposition très générale, qu'aucun autre texte ne développe et ne sanctionne, paraît moins une règle législative qu'un précepte de morale, et le tribun Albisson le constatait dans les travaux préparatoires. Il était nécessaire cependant, ajoutait-il, de la mettre en tête des règles relatives à une autorité temporaire pour bien marquer que l'honneur et le respect devaient survivre à la crainte inspirée par des attributs plus rigoureux ; ce précepte d'ailleurs, pourrait devenir « pour les juges un point d'appui en beaucoup d'occasions, telles par exemple que les contestations d'intérêt entre les enfants

(1) *Honora patrem tuum et matrem tuam. Deutéronome.*

et leurs parents où ceux-là passeraient, dans leurs moyens d'attaque ou de défense, les bornes que le respect doit leur prescrire... » Quelque sages et élevées que soient ces observations, il nous paraît impossible, en présence d'un droit ou d'une action reconnu légalement à l'enfant, de lui en dénier l'exercice pour éviter une atteinte à la considération du père, en invoquant uniquement une règle aussi vague dans son énoncé que celle de l'article 371 du Code civil. On a soutenu, il est vrai, en se fondant sur l'article 15 de la loi du 22 juillet 1867 suivant lequel la contrainte par corps ne peut être requise par un descendant contre son ascendant, qu'une semblable interdiction existait à l'égard de toute action dite déshonorante. La preuve du contraire se trouve dans l'article 380 du Code pénal (1), qu'on a bien à tort invoqué en sens contraire (2) : si en effet ce texte affranchit de toute peine le vol commis par un ascendant au préjudice d'un descendant, comme d'ailleurs le vol commis par un descendant au préjudice d'un ascendant, il réserve au volé, quel qu'il soit, l'action en réparation civile, déshonorante pourtant au premier chef. Ce n'est pas non plus l'article 371 du Code civil mais le défaut d'intérêt pécuniaire actuel qui motive la défense faite par l'art. 187 aux enfants nés d'un précédent mariage de poursuivre la nullité d'une seconde union de leur auteur, tant que vivent les époux (3) : ils peuvent, en effet, agir après la dissolution du second mariage alors même que leur auteur survit. Tout ce que l'on peut induire de l'article 371, c'est la faculté pour les juges d'exiger des descendants qui plaident contre leurs auteurs certaines atténuations de pure forme (4).

---

(1) Valette, sur Proudhon, t. II, p. 238, note a ; Demolombe, t. VI, n° 275 ; Demante, t. II, n° 113 *bis;* Laurent, t. IV, n° 270 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 960 ; Boistel, p. 177 ; Leloir, t. I, n° 68.

(2) Proudhon, t. II, p. 238 ; Duranton, t. III, n° 350 ; Magnin, t. I, n° 266.

(3) Leloir, t. I, n° 69. — *Contra* Boistel, p. 181.

(4) *Confer* en sens divers sur ce point : Demolombe, t. VI, nos 275 et suivants ; Magnin, t. I, n° 266 ; Demante, t. II, n° 113 *bis* ; Delsol et Lescœur, *Exposition élémentaire du Code civil*, 3e édition, t. I, n° 535 ; Laurent, t. IV, n° 270 ; Marcadé, t. III, n° 133 ; Delepierre, p. 246 ; Boistel, p. 177 et suivantes ; Le-

Certains textes, du moins dans nos lois, paraissent inspirés par le principe même de l'article 371. Ainsi les articles 13, 299, 312, 323 du Code pénal aggravent les peines encourues pour homicide ou voies de fait, quand la victime est un ascendant du coupable (1). Il semblerait juste aussi d'y rattacher les règles du Code civil dont nous allons parler maintenant.

Alors surtout qu'il s'agit pour l'enfant d'accomplir un acte engageant sa personne et pouvant compromettre irrévocablement, sinon son indépendance, du moins sa situation pour la vie entière, le Code civil a maintenu quelques droits aux parents, même après la majorité de l'enfant. Avant 25 ans le fils ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère ou du survivant d'eux, et l'enfant, quel que soit son sexe, doit, à tout âge, leur demander à tous deux en pareil cas un conseil préalable (C. civ., art. 148-153). Ici donc tout d'abord la majorité est repoussée à 25 ans pour le fils que l'accomplissement de sa 21e année n'émancipe pas quant au mariage. Lambeau de la *patria potestas*, a-t-on dit, qu'on aurait dû se dispenser de recueillir (2). Ce n'est pas, répondrons-nous, un respect exagéré du passé qui a inspiré en la circonstance le législateur de 1804, mais bien cette idée qu'en matière de mariage, les entraînements étaient fréquents et faciles à prévoir autant que graves dans leurs conséquences ; or supprimer le contrôle des parents à compter de 21 ans était le rendre illusoire à l'égard du fils, les hommes ne se mariant guère avant cet âge. N'était-il pas naturel enfin, pour un acte aussi grave intéressant au plus haut degré l'avenir de la famille, de faire intervenir son chef ? Pour les mêmes motifs, même après cette majorité repoussée, l'enfant demandera conseil à ses parents, tant qu'ils vivront, sur l'union qu'il projette et, s'ils lui refusent leur approbation, il faudra leur

---

loir, *op. cit.*, nos 67-69 ; Blanchet, *Revue de droit français et étranger*, 1848, t. V, p. 417.

(1) Remarquons cependant que ces articles assimilent les ascendants légitimes aux parents proprement dits à ce point de vue.

(2) Viollet, *Précis*, 445.

adresser, successivement de mois en mois, trois actes respectueux et formels, pour les filles jusqu'à 25 ans, jusqu'à 30 pour les garçons. Passés ces âges respectifs, un acte respectueux est encore exigé et la célébration du mariage repoussée à un mois après sa notification (1). Par là, les enfants sont forcés d'attendre avant de donner suite à leurs projets matrimonaux et, en pareille matière, gagner du temps est déjà beaucoup pour triompher de certaines passions et provoquer les réflexions sages et sérieuses.

Inspirées dans une large mesure par l'intérêt de l'enfant, ces formalités ont aussi pour but de préserver la famille contre l'introduction de membres indignes et pour sanction le droit d'opposition à mariage toujours reconnu aux parents sans qu'ils aient même besoin de formuler de motifs (C. civ., art. 173), puis la faculté de poursuivre la nullité de l'union s'ils n'ont pas adhéré à sa célébration (C. civ., art. 182). L'affection présûmée des père et mère les fait aussi ranger parmi les personnes ayant qualité pour provoquer l'annulation du mariage infecté des vices prévus par les art. 184 et 191.

Des règles analogues sont portées par la loi relativement à l'adoption d'un enfant ou à son entrée dans les ordres sacrés, au prononcé des vœux monastiques. Pour faire l'un ou l'autre de ces actes, le fils mineur de 25 ans devra justifier du consentement de ses parents ou du survivant d'eux ; il en est de même jusqu'à 21 ans de la fille, fût-elle émancipée, qui veut faire ses vœux dans une communauté religieuse (2). Du jour, d'ailleurs, où le consentement des parents n'est plus nécessaire, ils doivent néanmoins encore, en matière d'adoption, être consultés (C. civ., art. 346; Décrets 18 février 1809, art. 7, et 28 février 1810, art. 4) (3).

---

(1) Ces règles ont été récemment modifiées.

(2) La fille elle-même ne peut se donner en adoption avant 25 ans sans le consentement de ses parents.

(3) Quelle est la sanction relativement à l'entrée dans les ordres sacrés? Le décret de 1810 n'en porte aucune. Ce serait peut-être une déclaration d'abus contre l'ordinant. En tous cas, au point de vue religieux, le sacrement de l'ordre est ineffaçable.

Certains auteurs (1) refusent de rattacher à la puissance paternelle ces diverses prérogatives. Ils font remarquer que, si les parents prédécèdent ou sont dans l'incapacité de manifester leur volonté, elles passent aux ascendants supérieurs et même parfois au conseil de famille (2) ; or, disent-ils, seuls les père et mère ont l'exercice de l'autorité paternelle. Il y a du vrai dans cette dernière affirmation ; il est au moins douteux que le législateur de 1804 ait songé, comme l'a fait plus tard la loi du 24 juillet 1889, à investir les ascendants autres que les père et mère de l'autorité paternelle (3), mais il est exagéré d'en conclure que le droit de consentir au mariage du mineur de 25 ans, par exemple, ne rentre pas dans cette notion générale pour ce seul motif que le Code civil en consacre, dans son article 150, l'exercice par tous les ascendants. Aux yeux de la loi en effet, de 21 à 25 ans, le jeune homme n'a pas absolument besoin d'une autorisation protectrice pour se marier, puisqu'il a pleine liberté à ce point de vue dès sa 21e année s'il n'a ni parents ni ascendants. Quand donc, dans le cas contraire, la loi prolonge jusqu'à 25 ans sa majorité, c'est dans l'intérêt de la famille, pour la maintenir cohérente et forte. Telle est l'idée génératrice de la puissance paternelle. Remarquons-le d'ailleurs, le consentement au mariage, requis des ascendants à défaut seulement des parents, est, dans une mesure plus restreinte, donné par le conseil de famille, en l'absence de parents et d'ascendants. Or, nous l'avons vu, une règle analogue existe dans le Code à l'égard de tous les attributs de la puissance paternelle, des droits d'éducation, de garde, même de correction (C. civ., art. 468). Réservés aux parents tant qu'ils vivent et sont en état d'exprimer leurs volontés, ils passent par la force des choses en d'autres mains si leurs titulaires naturels disparaissent,

(1) Laurent, t. IV, nos 267, 359 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, no 958 ; Nillus, *op. cit.*, no 22.

(2) Par exemple, le droit de consentir au mariage des mineurs de 21 ans.

(3) *Contra* Leloir, t. I, nos 65, 168, 169, qui rattache à l'idée d'autorité paternelle la théorie de la tutelle légale des ascendants.

amoindris, mais persistant dans la mesure où ils peuvent encore remplir leur but, soit de protection pour l'enfant, soit de maintien de l'unité dans la famille. A ce double titre, le droit de consentir au mariage du mineur de 25 ans, acte qui engage au plus haut point l'avenir, rentre nécessairement dans le pouvoir de direction reconnu aux parents avant tous autres ; après eux les ascendants l'exercent largement, parce qu'ils représentent l'autorité morale dans la famille; puis le conseil de famille en est investi, mais seulement dans la mesure jugée strictement nécessaire pour la protection de l'enfant. N'est-ce pas la meilleure preuve de l'importance d'un tel attribut et n'en faut-il pas conclure qu'il a sa source dans la puissance paternelle ?

En revanche, on ne peut reconnaître la même origine aux prérogatives attribuées par le Code civil à d'autres personnes concurremment avec les père et mère, qui, relatives à la disposition des biens, n'ont pas ce caractère de direction inhérent à l'autorité paternelle. Telle est la faculté d'accepter une libéralité entre vifs pour le mineur, même émancipé, consacrée au profit de tous les ascendants par l'art. 935. Tel encore le droit de substitution existant, quant à la quotité disponible, aussi bien entre frères et sœurs qu'entre parents et enfants (C. civ., art. 1048). Nous appliquerons *a fortiori* la même solution en présence de textes créant une situation de réciprocité entre ascendants et descendants, comme les art. 205 et suivants du Code sur l'obligation alimentaire, les art. 746 à 749, 913 et 915 sur les droits de succession et de réserve, comme aussi les articles 728 C. civ. et 248 C. pénal. Incontestablement le lien de famille avec les devoirs en résultant est la base de ces règles et par là elles se rattachent à notre sujet, mais nous ne croyons pas qu'en 1804 le législateur les ait fait dériver de l'idée de puissance paternelle.

Cependant, parmi les droits que nous venons d'indiquer, il en est un dont nous ne pouvons faire complètement abstraction, soit pour une comparaison nécessaire avec d'autres législations, soit même pour un examen rationnel des préro-

gatives du père de famille. On voit du premier coup d'œil que le plus ou moins de liberté laissée aux parents dans la disposition de leurs biens, quand ils ont des enfants, influera nécessairement, à titre de moyen de sanction parfois fort énergique, sur l'étendue et l'intensité de leur autorité. Insistons donc quelque peu sur les articles du Code qui consacrent l'existence au profit des enfants d'une réserve dans la succession des parents et l'obligation pour ceux-ci de laisser à leur descendance une part importante de leur fortune. Si la loi a répudié sur ce point les règles étroites de la législation intermédiaire, du moins aux enfants qui se portent héritiers de leur père, sauf le cas d'indignité (C. civ., art. 727), est assurée une portion de sa succession en pleine propriété, nécessairement « exempte de toutes charges, conditions ou restrictions relatives à la dévolution, au partage, à l'administration ou à la disposition des biens qui la composent (1) ». Cette réserve porte sur tous les biens indistinctement et, pour en être remplis, lesdits héritiers feront réduire les libéralités testamentaires de leur auteur d'abord, puis aussi les donations faites par lui de son vivant; elle varie avec le nombre des descendants (C. civ., art. 913), depuis la moitié de la succession si les parents ne laissent qu'un enfant, jusqu'aux trois quarts s'il en reste trois ou un plus grand nombre. Elle doit leur advenir en pleine propriété nonobstant toutes dispositions en usufruit ou en nu-propriété : alors même qu'en dehors des biens ainsi donnés, la valeur totale de l'hérédité excèderait le chiffre de la réserve, les réservataires auraient le droit de restreindre ces libéralités aux limites de la quotité disponible sans pour cela être obligés d'abandonner aux bénéficiaires les autres biens héréditaires en compensation; s'agit-il toutefois de dons ou legs ayant pour objet une rente viagère, un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ils doivent opter entre l'exécution pure et simple de la libéralité ou l'abandon au bénéficiaire de la portion disponible en toute propriété

(1) Aubry et Rau, t. VII, § 679, p. 165.

BIBLIOTHÈQUE GRENOBLE UNIVERSITAIRE

(C. civ., art. 917). Chacun des enfants a droit à une part égale dans cette réserve et, si le père veut avantager l'un d'eux, c'est uniquement sur la quotité disponible qu'il peut le faire. *A fortiori* la loi n'a pas maintenu la faculté ancienne d'exhérédation, si juste qu'en puisse être en fait le motif. Le père ne peut même pas céder au désir naturel chez l'homme d'assurer la perpétuité de sa fortune dans sa famille. En principe, les majorats (1) et les substitutions sont interdits. Il lui est loisible seulement, dans la mesure de la quotité disponible, d'obliger un ou plusieurs de ses enfants à conserver les biens par lui donnés pour les rendre par égales portions à leur propre descendance (C. civ., art. 1048 et suivants) (2). Si donc ses enfants n'ont pas de postérité et présentent peu de garanties de bonne administration, le père de famille n'aura pas le moyen d'empêcher à bref délai la dispersion des biens qu'il avait amassés.

§ II. — A QUI APPARTIENT LA PUISSANCE PATERNELLE ?

Fidèle à la tradition coutumière, le Code civil confère l'autorité paternelle à la mère en même temps qu'au père et les en investit seuls tant qu'ils vivent et sont en état d'exprimer leur volonté, mais il n'associe pas, expressément tout au moins, les ascendants à cette puissance. Peu importe d'ailleurs que les parents soient mineurs, ils sont, une fois émancipés par le mariage, en pleine possession de leurs droits à notre point de vue (3).

Seulement, tant que le mariage subsiste et sauf les cas où un texte formel de la loi met les deux époux sur un pied d'égalité (C. civ., art. 148, 371), l'autorité paternelle est exercée exclusivement par le père (C. civ., art. 373) et se con-

---

(1) Les lois des 12 mai 1835 et 7 mai 1849 ont aboli, pour le présent et l'avenir, les majorats fondés en biens particuliers en vertu du décret de 1806.

(2) L'extension apportée par la loi du 17 mai 1826 au droit de substitution, tel que l'avait consacré le Code civil, a disparu depuis la loi du 7 mai 1849.

(3) *Sic* Aubry et Rau, t. VI, § 549 ; Chardon, t. II, n° 21 ; Leloir, t. I, n° 295.

centre en lui ; la mère n'intervient alors que comme influence morale auprès de son mari. C'est là une nécessité de fait : il faut une voix prépondérante sous peine d'énerver l'autorité partagée et d'ouvrir la porte à d'incessants conflits ; le mari n'est-il pas du reste le chef du ménage à qui la femme doit obéissance? L'art. 373 s'explique par la règle de l'art. 213 (1). Il n'en reste pas moins vrai que l'autorité est commune aux deux parents, d'où, même dans les situations normales, l'enfant, placé dans ses premières années sous la domination presqu'absolue de la mère, demeure, plus tard encore, sous la surveillance de celle-ci pour son éducation et son instruction ; d'où surtout, le père vient-il à manquer, qu'il soit fou, interdit, absent, condamné subissant sa peine ou déchu au cas de l'art. 335 C. pén., la mère prend sa place en fait comme en droit : cette suppléance est tacitement admise par le législateur. En pareil cas la mère exerce exceptionnellement, comme dans notre ancienne jurisprudence, son autorité pendant le mariage et les prérogatives qui y sont attachées lui compètent toutes (les art. 141,149 C. civ. et 2 C. com. en font foi) (2), à l'exception peut-être du droit de jouissance légale susceptible d'une possession passive et même inconsciente sans exiger de la part de son titulaire d'actes positifs de volonté (3). Elle peut même, croyons-nous, émanciper l'enfant. Il est grave sans doute de lui permettre de détruire une puissance qu'elle n'exerce qu'à titre provisoire ou accidentel et d'enlever ainsi parfois au père la jouissance légale, mais les termes des art. 477 C. civ. et 2 du Code de commerce nous paraissent dicter cette solution ; la validité de l'émanci-

(1) De Loynes, note, D. 91, 2, 73.

(2) Marcadé, t. II, n° 134 ; Demante, t. II, n° 115 *bis* ; Demolombe, t. II, nos 213, 214, et t. VI, n° 296 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 5 ; Chardon, t. II, nos 49 et suiv., 61, 70 ; Boistel, p. 196 ; Bernard, p. 183 ; Delepierre, p. 250 ; Leloir, t. I, n° 301. — *Contra* Proudhon, t. II, p. 241.

(3) *Sic* Demolombe, t. II, n° 318, et t. VI, n° 483 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 40 ; Leloir, t. I, n° 305. — *Contra* Marcadé, t. II, n° 155. Mais MM. Leloir, *op. et loc. cit.*, et Chardon, t. II, nos 117 et 123, attribuent à la mère les bénéfices de la jouissance légale en cas d'absence déclarée du mari suivie de l'envoi en possession provisoire de ses biens.

pation ne sera même pas subordonnée à l'approbation du tribunal (1).

Cette extension anormale des droits de la mère, supposée plus que réglementée par la loi, soulèvera parfois des questions délicates lorsque les facultés intellectuelles du père, d'ailleurs non interdit ni interné, sont oblitérées ou altérées et aussi quand il est éloigné, à l'étranger par exemple, sans être absent. Pour devenir plus difficile, l'exercice par lui de la puissance paternelle n'est pourtant pas absolument impossible. Quelle sera la situation faite alors à la mère ? On s'accorde à la faire intervenir pour les actes de la vie courante au moins, à titre de mandataire tacite et présumée de son mari, et à déclarer les tribunaux compétents pour apprécier, relativement aux actes plus graves, si le père est ou non en état d'agir lui-même (2). Mais ce sont là questions de fait surtout et le principe est certain : la mère succède au père empêché dans l'exercice de la puissance paternelle sauf à voir restreindre entre ses mains certaines attributions, le droit de correction par exemple, comme au cas où elle est veuve (3).

Même en présence du père, la mère a des droits qu'elle tient non d'un mandat de son mari mais de la loi (4); investie par l'art. 372 C. civ. de la puissance paternelle, elle n'a pas un rôle absolument effacé, relativement surtout aux attributs ayant un caractère honorifique. Le fils doit, à tout âge, honneur et respect à sa mère; la loi lui impose formellement l'obligation sinon d'obtenir d'elle un consentement à son mariage ou à son entrée soit dans les ordres sacrés soit en religion, du moins de la consulter à ce sujet. Bien mieux, le refus de con-

(1) Valette, *Code civil*, p. 305 ; Demolombe, t. II, n° 316, t. VI, n° 300, t. VIII, n° 206 ; Aubry et Rau, t. I, § 129, note 10 ; Laurent, t. V, n° 201 ; Magnin, t. II, n° 744; Chardon, t. II, n°s 170, 178; Leloir, t. I, n° 306. — *Contra* Marcadé, t. II, n° 288. — MM. Boistel, p. 203, et Demante, t. II, n° 243 *bis*, IV, exigent du moins l'approbation du tribunal.

(2) Demolombe, t. II, n° 314, t. III, n°s 41-43, t. VI, n°s 296, 299 ; Aubry et Rau, t. I, § 160 ; Boistel, p. 198 ; Leloir, t. I, n° 302.

(3) Demolombe, t. II, n° 313, et t. VI, n° 348 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 15 ; Laurent, t. IV, n° 284. — *Confer* Boistel, p. 202.

(4) Boistel, p. 190 et suiv.

sentement de la mère est un obstacle absolu, malgré l'avis favorable du père, à l'adoption de l'enfant commun ou à la constitution d'une tutelle officieuse pour lui. Enfin, même pendant le mariage et à la condition de respecter les prérogatives du mari, la mère peut traduire son pouvoir en actes ; avec l'autorisation maritale ou de justice, elle poursuivra valablement l'annulation du mariage de l'enfant, notamment au cas des art. 184 et 191 C. civ. D'autre part, le mari prescrit-il, ou du moins tolère-t-il un manque de respect de l'enfant envers la mère, c'est de sa part une injure grave autorisant celle-ci à introduire contre lui une demande en divorce ou en séparation de corps (1).

Quand le mariage se dissout par la mort d'un des époux, les effets de la puissance paternelle subissent une transformation profonde quant aux biens de l'enfant. A l'administration légale succède, nous l'avons déjà indiqué, une véritable tutelle, légale il est vrai, mais susceptible d'être refusée par la mère ou restreinte entre ses mains par le mari prédécédé (C. civ. art. 391, 392, 394), comportant dans tous les cas et les garanties assurées par la loi aux mineurs en tutelle et des causes d'excuse, de dispense, d'exclusion ou de destitution, tant générales à toutes tutelles que spéciales à celle-là (C. civ., art. 395, 396, 427 et suiv., 444). La jouissance légale subsiste, mais frappée désormais, aux mains de l'épouse survivante, d'une cause d'extinction particulière (C. civ., art. 386).

Quant aux droits sur la personne, le survivant, père ou mère, en est investi sans autre restriction que celle de l'art. 381, relatif à l'exercice par la mère du droit de correction. Peu importe en principe qu'il se remarie, les art. 380, 381 et 399 le prouvent par les exceptions qu'ils apportent à la règle (2). Peu importe aussi, en règle générale, que, pour un motif quelconque, il ne soit pas tuteur légal. La loi ne permet pas plus

(1) *Sic* Chardon, t. II, nos 33 et 34 ; Leloir, t. I, no 299.

(2) La mère remariée n'aura pas besoin pour exercer ses prérogatives de l'autorisation de son second mari. Demolombe, t. VIII, no 203; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 27. — *Contra* Laurent, t. V, no 202.

au mari prémourant de limiter les pouvoirs ultérieurs de sa femme à ce point de vue qu'elle n'autorise le conseil de famille à resteindre de tels droits aux mains du survivant ou à les lui retirer. Le parent est-il donc tuteur légal, il n'aura même pas à consulter le conseil pour exercer ses droits sur la personne, pour fixer par exemple le lieu et le mode d'éducation de l'enfant; les règles de l'organisation tutélaire sont inapplicables ici. Ne l'est-il pas, fût-ce par suite d'exclusion ou de destitution motivée par son inconduite (1), il n'en reste pas moins chargé de l'éducation de ses enfants et, comme puissance paternelle et tutelle sont choses fort distinctes ne résidant pas nécessairement sur la même tête, il conserve tous les droits inhérents à la première. Il n'y a pas à tirer argument contre cette solution de l'art. 450 C. civ.: en confiant au tuteur le soin de la personne du mineur le texte règle le *plerumque fit* sans viser l'hypothèse spéciale où le tuteur se rencontre avec un parent. Il semble même qu'il faille maintenir au parent non tuteur la faculté de mettre fin par la voie de l'émancipation tant à ses propres droits qu'aux pouvoirs du tiers tuteur, sauf toutefois, bien que la loi ne le dise pas car la fraude fait échec à toutes les règles, la possibilité pour les tribunaux d'annuler un tel acte s'il avait uniquement pour but d'éluder la décision du conseil de famille ou de la justice écartant le survivant de la tutelle (2).

Avant de quitter le cas de dissolution du mariage par la mort d'un des époux, rappelons ici les effets du deuxième ma-

---

(1) *Sic* Marcadé t. II, nos 135 et 244; Demolombe, t. VI, nos 379 et suiv.; Laurent, t. IV, nos 263 et suiv.; Magnin, t. I, nos 439, 442; Chardon, t. II, nos 66 et suiv.; Bernard, p. 207; Leloir, t. I, n° 310; de Loynes, note, D. 91. 2, 73. — *Contra* de Fréminville, t. I, n° 806; Rivière, *Rev. cath. des inst.*, 1881, t. XVII, p. 135; Demante, t II, n° 117 *bis*, II. La loi du 26 juin 1889 a adopté ce dernier système quant aux déclarations de nationalité à faire au nom de l'enfant mineur.

(2) Valette, *Code civil*, p. 585; Demolombe, t. VI, n° 405, et t. VIII, n° 204; Aubry et Rau, t. I, § 129, notes 8 et 9, t. VI, § 551, note 7; Laurent, t. V, nos 199, 200; Chardon, t. II, n° 177; Bernard, p. 214; Leloir, t. I, n° 312. — *Contra* de Fréminville, t. II, n° 1029; Marcadé, t. II, nos 288, 289; Demante, t. II, n° 243 *bis*, II.

riage du survivant et voyons si la perte de certains attributs de la puissance, conséquence de cette deuxième union, persistera après une nouvelle dissolution par mort ou divorce avant la majorité des enfants. En cas de deuxième mariage, le père, pour provoquer l'emprisonnement correctionnel de son fils, ne procède plus que par voie de réquisition, la mère perd absolument le droit de correction et la jouissance légale, elle doit être confirmée dans la tutelle par le conseil de famille (C. civ. art. 380, 381, 386, 395). La plénitude d'attributions renaîtra-t-elle à la dissolution du second mariage? Si la négative est universellement adoptée quant à l'usufruit légal de la mère à raison des termes formels de l'art. 386 : « la jouissance cessera (1) », la question est très discutée aux divers autres points de vue. Pour nier la disparition des effets du second mariage en cas de dissolution, on fait remarquer que les nouvelles affections ainsi contractées survivent au décès du second époux dont l'influence persiste chez son conjoint à défaut même d'enfants du second lit (2). L'observation est exacte, néanmoins le texte frappe seulement l'époux remarié ; n'en faut-il pas conclure que, redevenu libre, il échappe à la déchéance ; les attributs de la puissance paternelle sont indissolublement liés par le Code à la personne des parents et n'en peuvent être détachés qu'en vertu d'une disposition formelle (3).

Il n'est question, au titre IX du Code civil, que de la dissolution du mariage par la mort d'un des époux. Le législateur semble avoir oublié le divorce et la séparation de corps,

(1) Demolombe, t. VI, n° 562 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 32 ; Huc, t. III, n° 202 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 131 *bis*, VI ; Chardon, t. II, n° 161 ; Leloir, t. I, n° 175. Ces auteurs admettent cette solution même en cas d'annulation du second mariage.

(2) Demolombe, t. VI, n° 324 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, § 187, note 16 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 126 *bis*, IV ; Bernard, p. 190 ; Leloir, t. I, nos 154, 160, 175 ; Huc, t. III, nos 180-181.

(3) Marcadé, t. II, nos 137, 140 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, notes 19, 20 ; Laurent, t. IV, n° 277 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, nos 966, 968 ; Boistel, p. 298.

le premier rompant, la seconde relâchant le lien conjugal ; cependant ce sont là événements toujours possibles et pouvant même être motivés entre les parents par un conflit relativement à l'éducation des enfants. Pour en étudier les effets sur la puissance paternelle, il faut consulter les textes qui leur sont spéciaux ; encore ne nous procureront-ils que de très minces renseignements dans le Code de 1804.

En cas de divorce, l'art. 386 prive cependant de la jouissance légale l'époux contre lequel il est prononcé ; les deux époux, s'il l'est contre tous les deux Le texte ne dit pas, quand le père est ainsi frappé, si la jouissance sera alors dévolue à la mère ou si les enfants profiteront de son extinction, mais son texte semble favorable à la première de ces opinions (1); elle a du reste l'avantage de supprimer la question, discutée dans la théorie contraire, de savoir si l'usufruit éteint renaît au profit de la mère en cas de prédécès du père, par application de l'art. 384 C. civ. L'administration légale survivrait au divorce, si l'on s'en tient à l'art. 390 C. civ. ne donnant ouverture à la tutelle légale qu'après la mort d'un des époux. Mais, d'autre part, l'art. 389 confie l'administration au père pendant le mariage seulement, et le divorce dissout l'association conjugale. En définitive la loi n'a pas donné de solution précise sur la question et, dans le conflit des principes invoqués par les systèmes contraires, ce n'est pas sans hésitations que nous nous prononçons pour le maintien du droit au profit du père (2).

Quant aux pouvoirs sur la personne de l'enfant, deux textes dans le Code de 1804, les art. 267 et 302, le premier à titre provisoire et pour la durée de l'instance seulement, l'autre pour

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, § 148; Demante, t. II, n° 131 *bis*, I; Laurent, t. III, n° 296 ; Leloir, t. I, n° 358 ; Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 299. *Sic* Trib. Seine, 25 novembre 1896, D. 97, 2, 297.

(2) *Sic* Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. II, n° 755; Sirey, *Rép.*, V° Administration légale, n° 133; Leloir, t. I, n° 354. — *Contra* de Fréminville, t. I, n° 31; Goirand, *op. cit.*, p. 298; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 752.

l'avenir, confèrent aux tribunaux le soin de statuer souverainement sur le choix de la personne (l'un des parents, un membre de la famille ou même un étranger), à qui sera confiée la garde des enfants. La loi crée bien une sorte de présomption en faveur de l'époux triomphant dans l'instance, mais les juges n'en restent pas moins entièrement libres de désigner l'autre, s'ils le jugent préférable. Le sort des enfants peut aussi être réglé d'une manière diverse, les uns étant remis au père, les autres à la mère, tous ou quelques-uns d'entre eux seulement confiés à un tiers, le tout pour le plus grand intérêt de chacun et à la demande des parties intéressées, d'un ou de plusieurs membres de la famille, ou encore du ministère public. Ces mesures sont prises, soit pour tout le temps de minorité de l'enfant, soit pour une durée moindre ; d'ailleurs elles sont toujours et essentiellement révocables, d'après les circonstances et dans l'intérêt du mineur, à la condition que le tribunal soit régulièrement saisi.

Le gardien ainsi désigné n'est pas *ipso facto* intégralement investi de la puissance paternelle : s'il a toutes les prérogatives attachées aux droits de garde et d'éducation, s'il est libre, à défaut de décision spéciale dans le jugement, de déterminer la religion et le mode d'éducation de l'enfant, il exerce ces attributions sous le contrôle de l'autre ou des deux époux. L'article 303, en effet, reconnaît formellement à ces derniers un pouvoir de surveillance et, faute d'un texte les en dépouillant, ils conservent évidemment les autres attributs de leur puissance. Sans aucun doute, alors surtout que la garde de l'enfant peut être confiée au conjoint contre lequel le divorce est prononcé, celui qui en est privé, et tous les deux, si un tiers en est investi, sont toujours à considérer comme existants, et il y a lieu de distinguer entre la puissance paternelle et le droit de garde. On peut seulement discuter si, à l'exclusion de cette prérogative spéciale, la puissance paternelle subsistante continue à appartenir au père seul, comme pendant le mariage, ou va être exercée dorénavant, après rupture de

l'union conjugale, concurremment par les deux époux sous le contrôle de la justice chargée de trancher les conflits (1).

En ce qui concerne l'influence de la séparation de corps sur l'autorité paternelle quant à la personne de l'enfant, le Code de 1804 est absolument muet. Si, à la rigueur et par suite du renvoi de l'art. 307, on pouvait étendre à cette matière la disposition de l'art. 267, une telle extension était bien difficile à admettre relativement à la dévolution du droit de garde d'après l'art. 302. Dans le silence absolu de la loi sur ce point, il semble qu'en droit pur et théoriquement au moins, ou dût s'en tenir à la règle de l'art. 373, puisque le mariage n'est pas dissous : le père, même indigne, contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, devait être maintenu dans toutes ses prérogatives sur la personne comme sur les biens des enfants, quelque préjudiciable que cela pût être pour eux (2).

En résumé la puissance paternelle dans la famille appartient aux seuls parents, à l'exclusion de tous autres ; ajoutons qu'elle est d'ordre public et ne peut, en conséquence, faire l'objet d'une cession ou d'une convention de nature à en modifier les conditions d'exercice. Si, en effet, l'art. 1388 du Code civil interdit aux futurs époux de déroger dans leur contrat de mariage aux droits conférés au survivant d'eux par le titre de la *Puissance paternelle*, il leur est défendu également de modifier les prérogatives du père pendant le mariage, fut-ce au profit de la mère, de stipuler par exemple qu'au point de vue religieux, en cas d'union mixte, les en-

(1) Dans le premier sens : Demolombe, t. IV, n° 511 ; Leloir, t. I, n° 347. Dans le second : Laurent, t. III, n° 294; Saint-Auban, note, *Pand. fr.*, 87, 2, 75.

(2) *Sic*, sauf le droit pour les tribunaux de réprimer les abus de la puissance paternelle, Marcadé, t. I, n° 776 ; Demante, t. I, n° 312 *bis* ; Aubry et Rau, t. V, § 494, note 13. — *Contra*, par application à la séparation de corps de l'art. 302, Valette, *Code civil*, p. 373 ; Demolombe, t. IV, n° 511 ; Laurent, t. III, n° 350 ; Chardon, t. I, n° 360, et toute la jurisprudence. — L'usufruit légal subsiste donc même au profit de celui qui a succombé sur l'instance en séparation de corps, mais, s'il y a plus tard conversion de la séparation en divorce, il en sera privé, la conversion eût-elle été prononcée à sa requête.

fants ne relèveront que de celle-ci. Une telle convention, obligatoire en conscience, serait nulle en droit comme contraire à l'ordre public (C. civ., art. 6) et la femme serait sans action pour en assurer l'exécution (1). Pareille cession faite par avance au profit d'un tiers serait *a fortiori* viciée et inefficace.

L'art. 1388 vise uniquement les conventions antérieures au mariage, mais le principe plus général dont il consacre une application particulière doit faire annuler toute cession faite par le père de ses attributs de puissance à un tiers quelconque, alors qu'il s'agit de droits nés et actuels par suite de la célébration du mariage et de la naissance des enfants. Nous irons même jusqu'à refuser à ce père, sauf à mettre à part la jouissance légale en raison de son caractère nettement compensatoire, la faculté d'abdiquer, de renoncer à l'exercice de ses prérogatives, notamment sur la personne de ses enfants ; la mère survivante elle-même ne pourrait pas, en se remariant, les abandonner aux ascendants. Les parents peuvent confier certainement l'éducation et l'instruction libérale ou manuelle de leur descendance à des maîtres ou patrons plus en situation qu'eux d'inculquer certaines connaissances ; mais ces contrats d'apprentissage ou de louage de services n'emportent pas cession des droits inhérents à la puissance paternelle, ils sont essentiellement révocables et, pendant leur exécution, les maîtres ne sont que les préposés des parents. Une règle presque identique s'applique à la constitution d'une tutelle officieuse, préliminaire de l'adoption. Le tuteur officieux va participer à l'exercice de l'autorité paternelle ; les art. 364 et 365 du Code civil lui confèrent les droits de garde et d'éducation et les lui conservent nonobstant toute

(1) Nîmes, 12 mai 1886, *Pand. fr.*, 86, 2, 292 ; Trib. Versailles, 15 janvier 1856, *Droit* du 24 janvier ; Trib. Marseille, 7 février 1891, *Loi* 20 février. — Demolombe, t. VI, n° 295 ; Aubry et Rau, t. V, § 504, note 2, et t. VI, § 550, note 9 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 363, note 2 ; Laurent, t. IV, n° 294 ; Leloir, t. I, n° 93. — *Contra* Rodière et Pont, *Cont. Mar.*, t. I, n^{os} 55 et suiv — D'après le droit commun allemand au contraire, en cas de mariage mixte, les conventions sur la religion des enfants ont force obligatoire.

volonté contraire des parents par la suite. Mais le consentement de l'un et l'autre de ceux-ci est indispensable pour que ladite tutelle s'ouvre et surtout ils ont toujours le droit de correction et de consentement au mariage, l'usufruit légal avec l'administration des biens soumis à cette jouissance; enfin au profit du père subsiste sur les actes du tuteur un droit de surveillance et de contrôle inhérent à son titre même et dont l'art. 303 du Code civil fournit une application en matière de divorce.

Les parents ne peuvent pas légalement céder à autrui les attributs de la puissance paternelle ni même y renoncer; la meilleure preuve en est qu'il a fallu un texte pour autoriser de leur part l'émancipation de l'enfant à compter de sa 15e année. Ils ne sauraient davantage être dépouillés par autrui de leur droit indélébile: est donc réputée nulle et non écrite, dans une libéralité adressée au père ou au fils, toute condition portant atteinte aux prérogatives relatives à la personne du mineur (1).

Quand l'enfant reste orphelin avant sa majorité, la puissance paternelle, au sens propre du mot, cesse; cependant il ne peut être laissé sans protection: le tuteur et le conseil de famille pourvoiront à ce besoin. Chargé de « prendre soin de la personne du mineur » (C. civ., art. 450), qui a désormais sa maison pour domicile légal (C. civ., art. 108), le tuteur exerce les droits d'éducation et de garde sous le contrôle du conseil de famille et des tribunaux; il élève l'enfant chez lui ou le place, soit dans un établissement d'instruction, soit en apprentissage, soit dans le commerce ou l'industrie. Ce n'est, du reste, qu'un délégué, un suppléant, tenu en matière grave, par exemple quant au choix d'une religion pour son pupille, de se conformer aux volontés du dernier mourant des parents s'il en a exprimées (2). De plus, au conseil de famille

(1) Demolombe, *Don.*, t. I, n° 238; Laurent, t. XI, n° 586; Bartin, Th. doc., *Des conditions impossibles et illicites*, p. 154.

(2) Colmar, 19 novembre 1857, D. 59, 2, 36; Magnin, t. I, n° 604; Leloir, t. I, n° 550. — *Contra* Laurent, t. V, n° 4.

sont réservés le droit de correction, tout au moins quant à l'emprisonnement correctionnel et seulement par voie de réquisition (C. civ., art. 468), puis la faculté d'autoriser le mariage du mineur, son engagement dans l'armée ou la constitution d'une tutelle officieuse à son profit (C. civ., art. 159, 160, 361 ; Loi 15 juillet 1889, art. 59). Enfin par ledit conseil et sur la demande du tuteur, le mineur, à compter de 18 ans, est émancipé ou peut se voir retirer l'émancipation. Tous autres droits de la puissance paternelle ont disparu ou sont transformés.

§ III. — Limitations et controle.

Les deux pouvoirs compensateurs et de contrôle placés par l'ancien droit à côté du père avaient dans la pratique amené de bons résultats qu'il eût importé de développer : la mère et, par son intermédiaire ou même en dehors d'elle, les magistrats avaient le moyen de rappeler le père au respect de ses devoirs. Presque toutes les législations étrangères actuelles comportent une solution semblable ou analogue, nous le dirons plus loin. Seul, le Code civil n'exprime pas des règles dont la nécessité cependant était reconnue par ses auteurs.

Le contrôle de la mère subsiste : nous l'avons vue, non seulement chargée de remplacer le père pendant le mariage s'il est incapable d'accomplir sa mission, mais encore, même en présence du père et quoique non associée à l'exercice de l'autorité, invitée à donner son avis. Comme sanction en cas de dissentiment prenant le caractère d'un véritable conflit entre les époux, le divorce ou la séparation de corps peuvent être provoqués par elle. S'il y a divorce (1), la loi fait intervenir les tribunaux quant aux droits de garde et d'éducation (C. civ., art. 267, 302). La situation ne saurait comporter d'autre issue : rompant le lien conjugal, le divorce a mis fin à la

(1) Une jurisprudence bien assise, nous l'avons dit et le reverrons d'ailleurs plus en détail, étend l'application de l'art. 302 C. civ. au cas où le lien conjugal est seulement relâché par la séparation de corps.

situation subordonnée de la femme et permis une lutte entre des autorités égales ; les tribunaux sont seuls en mesure d'organiser une situation de fait provisoire, jusqu'au jour où la mort d'un des conjoints remettra la puissance aux mains du survivant.

Le Code civil établit aussi un contrôle sur certains actes de l'époux survivant revêtu de l'autorité paternelle. Pour la détention de l'enfant à titre correctionnel, une décision favorable du président du tribunal est nécessaire si le père est remarié (1) ; elle l'est toujours, ainsi que le consentement de deux parents paternels de l'enfant, si l'emprisonnement est requis par la mère chez laquelle on redoute les entraînements passionnés (2). Puis pour remplacer, au jour de la dissolution du mariage, le partage d'autorité existant jusque-là au point de vue moral au moins au profit de l'enfant, la tutelle légale s'ouvre, le survivant jouant le rôle de tuteur sous le contrôle du conseil de famille. Ici, il est vrai, le législateur n'a vraiment pas atteint son but, car le survivant, exclu ou destitué de la tutelle comme indigne, ou non maintenu en fonctions par le conseil de famille s'il s'agit de la mère remariée, conservera néanmoins, comme titulaire de la puissance paternelle, ses droits sur la personne de l'enfant ; la règle s'impose dans le silence de la loi, car les déchéances ne s'induisent pas (3). Dans tous les cas, il reste certain que les textes admettent le contrôle de la mère et légitiment l'intervention des tribunaux dans les divers cas où les liens du mariage sont détruits.

Mais un pouvoir compensateur quelconque existe-t-il encore de la part de la femme et des tribunaux pendant le mariage, alors que seul le père exerce la puissance paternelle ?

(1) Rappelons que cette intervention du magistrat, avec même pouvoir de décision, est exigée pendant le mariage aux cas prévus par les art. 377 et 382.

(2) La mère remariée perd absolument la faculté de requérir l'emprisonnement.

(3) On conçoit donc que l'exposé des motifs du futur Code civil allemand rejette ce système de tutelle au profit du survivant comme ne méritant aucune approbation.

Plus spécialement, l'art. 203, imposant à ce dernier le devoir d'éducation, a-t-il une sanction qui puisse être invoquée contre lui ? A la question ainsi posée, si, faisant abstraction des nécessités pratiques, l'on s'en tient uniquement au texte, il faut, croyons-nous, répondre négativement. Nul, à notre sens, n'est qualifié pour forcer le père à faire donner à son fils une éducation et une instruction conformes à sa fortune et à son rang social; le législateur s'en est remis aux sentiments de famille et à l'amour propre du soin de l'y décider. D'où, avant 1882, la loi étant muette sur ce point, un père était strictement en droit de refuser toute instruction à son fils ; pour criminel que fût en conscience un tel procédé, il n'engageait la responsabilité de son auteur que s'il se doublait d'un abandon matériel tombant sous le coup de l'art. 349 C. pén. L'obligation, inscrite dans l'art. 203 sans sanction pénale ou civile, échappait à tout contrôle effectif.

La jurisprudence et d'éminents auteurs adoptent, nous ne l'ignorons pas, une opinion différente. La puissance paternelle, disent-ils, doit être un pouvoir de protection ; donc il faut permettre aux magistrats d'en surveiller l'exercice, même dans le silence des textes. Les rédacteurs du Code civil, les travaux préparatoires en font foi (1), ont voulu limiter l'autorité du père par celle du juge : s'ils ont proclamé expressément les devoirs du premier, il faut, à peine de faire de l'art. 203 une lettre morte, en déduire nécessairement le droit de surveillance des tribunaux. Telle est la règle formelle au cas de divorce ; on doit sans hésitations généraliser une telle solution, seule capable d'empêcher des abus peut-être monstrueux. La puissance paternelle ne peut être plus rigoureuse qu'en droit romain (2).

(1) Fenet, t. x, p. 512.

(2) Marcadé, t. II, nos 135, 244, 289; Demolombe, t, VI, nos 367 et suiv., 398-401 ; Aubry et Rau, t. VI, §§ 547, p. 72, 550, note 24, 551, notes 5, 6, 14; Chardon, t. II, nos 40 et suiv.; Boistel, p. 214 et suiv.; Bernard, p. 208, 221; Bourcart, *Quelques mots sur les projets de déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. jud.*, 1re partie, t. VII, p. 497 et suiv.; *De la déchéance de la puissance paternelle*, *eod. loc.*, t. XVI, 1892, 1re partie, p. 135.

Cette doctrine est équitable, morale et conforme au droit naturel ; mais elle n'a, il faut en convenir, aucun fondement dans les textes et il est d'autant plus difficile de la croire consacrée par le Code civil que, si l'on trouve dans les travaux préparatoires un projet de contrôle judiciaire sur le père de famille, cette proposition a été rejetée. L'art. 203 est comme l'art. 371, il énonce un devoir moral et ne comporte pas de sanction. Inutile de chercher dans le Code l'attribution au profit de qui que ce soit d'une action contre le père pour l'obliger à remplir son devoir d'éducateur : un texte de ce genre ne s'y rencontre pas. Théoriquement donc et non sans en faire grief au législateur de 1804, nous croyons qu'il a omis de sanctionner efficacement l'art. 203 (1). Les tribunaux n'ont pas l'*imperium* comme le préteur romain; ils ne peuvent statuer sans être saisis d'une demande. Or le ministère public n'agit valablement, en matière d'état, qu'en vertu d'une déclaration formelle de la loi (L. 20 avril 1810, art. 46) ; incapable de provoquer la destitution d'un tuteur (C. civ., art. 446), il est moins qualifié encore pour provoquer une limitation de l'autorité paternelle. Les ascendants ou le conseil de famille n'ont pas plus de pouvoirs : la loi ne fait pas mention des premiers quant à l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage ; le conseil de famille, d'autre part, n'a, même en cas de tutelle, relativement à l'éducation du pupille, d'autre droit que celui de fixer le chiffre de la dépense annuelle (C. civ., art. 454), il ne saurait être mieux armé au cours de l'union conjugale ; on ne conçoit même pas son intervention alors, car il présuppose l'existence de la tutelle et celle-ci ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage. Enfin les tribunaux ne nous paraissent pouvoir être saisis, contrairement à l'ancienne législation, ni par l'enfant mineur puisque l'exercice de toutes les actions le concernant est confié au père, ni même par la mère. Sur ce dernier point pourtant la lutte est

(1) Laurent, t. IV, nos 291, 292, t. V, no 199 ; Fuzier-Herman, no 50 ; Delepierre, p. 266 et suiv.; Leloir, t. I, no 15 ; Charmont, *La loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, 1891, t. XX, p. 502.

très vive : on a, en effet, présenté l'épouse, soit comme subrogé tutrice naturelle de l'enfant, soit comme créancière personnelle du mari en vertu de l'art. 203. Subrogé tutrice, elle ne l'est pas légalement parlant, car il n'y a pas de tutelle et, s'il est certain que le législateur compte sur son influence et ses conseils pour tempérer l'autorité du père, sans conteste aussi elle doit, comme femme mariée, obéissance à son mari sur les actes duquel la loi ne lui octroie aucun pouvoir effectif de surveillance ; son rôle est tout moral. Créancière, mais pour la considérer comme telle, il faut, dans l'art. 203, entendre les mots « contracter ensemble » comme signifiant prendre l'un envers l'autre un engagement exécutoire en justice, alors que le sens obvie des expressions semblerait indiquer une obligation prise par les deux époux au même titre. Enfin, en principe et sauf disposition formelle de la loi, un intérêt pécuniaire est exigé de qui veut agir en justice ; ici la loi est muette et, pour grand qu'il soit, l'intérêt de la mère est purement moral. La puissance paternelle est d'ordre public, ne l'oublions pas, et, si révoltant qu'il puisse paraître de ne pas appeler la mère à en contrôler l'exercice abusif, il n'appartient pas à l'interprète de rectifier l'œuvre du législateur dont la solution, toute critiquable qu'elle est, s'expliquerait au besoin tant par une répugnance marquée pour les luttes judiciaires entre époux (1) que par les utopies humanitaires dont certains rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas complètement encore affranchis.

Ce que nous disons du droit d'éducation est encore plus vrai des autres droits constitutifs de la puissance paternelle. Quelque étranges et préjudiciables à l'enfant que soient les décisions du père, nous ne voyons pas la loi permettre d'une façon générale à la mère ou à la famille de saisir les tribunaux de la question, à ceux-ci de la trancher, qu'il s'agisse d'ailleurs de la personne ou des biens du mineur. Cette abstention est d'autant plus significative que des tempéraments

(1) *Sic* Laurent, t. III, n° 41; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 561.

ont été apportés sur des points de détail à ladite autorité, notamment à l'égard de la jouissance légale et du droit de correction. Le Code pénal prévoit aussi et punit les mauvais traitements particulièrement graves (art. 309 et suivants). Son article 66 permet de parer parfois aux inconvénients du droit de garde. Mais tous ces palliatifs sont bien peu importants; les limitations à la puissance paternelle sont rares dans la législation, au début du siècle. *A fortiori* a-t-elle en général refusé aux tribunaux le pouvoir d'en dépouiller le titulaire indigne.

§ IV. — Fin de la puissance paternelle.

Nous n'examinerons le point de savoir quand prend fin la puissance paternelle d'après le Code civil qu'à l'égard des droits rentrant dans la notion la plus stricte de cette autorité. L'obligation d'honneur et de respect (devoir plus moral que juridique) existe pour les enfants vis-à-vis de leurs parents tant que ceux-ci vivent, nous l'avons dit déjà suffisamment. Nous savons aussi que, pour le mariage, l'adoption ou l'entrée dans les ordres sacrés, le consentement du père ou du survivant des époux (des deux conjoints même pendant le mariage pour l'adoption) doit être rapporté par le mineur de 25 ans, tenu, après cet âge, de prendre leur avis tout au moins pour son mariage ou son adoption.

Les prérogatives de la puissance paternelle *stricto sensu* sur les biens de l'enfant comportent des causes d'extinction spéciales. La jouissance légale est susceptible de renonciation ; elle cesse en cas d'abus de jouissance (C. civ., art. 618) et dès que le mineur atteint sa 18e année ; elle est perdue pour la mère qui se remarie, pour l'époux contre lequel le divorce a été prononcé (1) ou pour le survivant qui, à la dissolu-

(1) Cette déchéance ne peut être étendue par analogie au cas de séparation de corps, c'est une peine civile et d'ailleurs le lien conjugal persiste après la séparation. Demolombe, t. IV, n° 510 ; Aubry et Rau, t. V, § 494, note 12; Colmet de Santerre, t. I, n° 344 *bis*, I, et II, n° 131 *bis*, II ; Leloir t. I, n° 356. Encourue en cas de divorce, disparaît-elle en cas de nouveau mariage con-

tion de la communauté, a omis de faire inventaire (C.civ., art. 384, 386, 1442). De son côté, l'administration légale disparaît pour faire place à la tutelle légale quand le mariage se dissout par la mort d'un des conjoints (C. civ., art. 390) ; mais le divorce, du moins nous le croyons, n'en dessaisit par le père.

Les droits d'éducation, de garde et de correction subsistent normalement jusqu'à la majorité fixée à 21 ans, à moins que l'enfant ou les deux parents ne viennent à mourir avant cette époque ; dans la dernière de ces hypothèses, certaines de ces prérogatives, fort atténuées d'ailleurs, passent au conseil de famille et au tuteur. Cependant, même avant que l'enfant ait atteint l'âge de 21 ans, la puissance paternelle, attachée à la qualité indélébile de père et de mère, cessera sous certaines conditions par un acte de volonté expresse des parents. Non que nous attribuions un tel effet à la constitution d'une tutelle officieuse ou à l'adoption de l'enfant : tout au plus, au premier cas, l'exercice de l'autorité est-il paralysé dans la mesure où il serait incompatible avec les droits conférés par la loi au tuteur officieux relativement à la garde et à l'éducation de son pupille, le père conserve toujours la surveillance des actes du tuteur. Mais l'émancipation, qui a joué un rôle de plus en plus large dans le droit romain et notre ancien droit écrit, est encore admise aujourd'hui ; conséquence forcée du mariage de l'enfant (C. civ., art. 476), elle résulte aussi d'une déclaration solennelle faite à partir de sa 15e année au juge de paix par le père ou la mère (C. civ., art. 477). Par elle prennent fin les droits d'éducation, de garde, de correction et aussi de jouissance légale (C. civ., art. 108, 377, 384) ; désormais le mineur contractera en dehors de ses père et mère un engagement valable dans les armées de terre et de mer (1).

---

tracté entre deux époux précédemment divorcés ? Il faut répondre négativement, car il ne peut dépendre des époux d'effacer les droits acquis aux tiers, aux enfants communs dans l'espèce. Si donc le divorce a été prononcé aux torts des deux époux, l'usufruit définitivement éteint ne saurait renaître et, s'il a été prononcé contre un seul d'entre eux, celui-ci n'y pourra aucunement prétendre au décès de son conjoint.

(1) Demolombe, t. VIII, n° 265; Aubry et Rau, t. I, § 130, note 2 ; Leloir, t. I,

Néanmoins la puissance paternelle ne disparaît ni complètement, l'autorisation des parents est encore indispensable par exemple pour habiliter le mineur à faire le commerce (C.civ., art. 487; C. com., art. 2), ni pour toujours, car elle redevient pleine et entière jusqu'à la majorité de l'enfant, au cas prévu par l'art. 485 C. civ., s'il y a révocation d'une émancipation expresse.

La loi admet donc l'émancipation volontaire; consacre-t-elle aussi ce qu'on appelait autrefois l'émancipation forcée, intervenant en cas d'abus sur l'ordre du magistrat? Oui sans doute, mais dans une mesure beaucoup trop restreinte. Craignant d'amoindrir une autorité dont la nécessité lui paraissait à bon droit évidente, le législateur de 1804 a exagéré le respect sans se rendre compte peut-être que frapper les pères tout à fait indignes c'est rendre hommage à la puissance paternelle. Seul d'après le Code civil, le condamné frappé de mort civile était déchu de ses attributs à ce titre comme d'ailleurs de tous ses droits (1). Les articles 334 et 335 du Code pénal prononçaient en outre la déchéance contre les parents convaincus d'avoir excité, favorisé ou facilité la débauche de leur enfant mineur; mais cette déchéance, devant, comme toute peine, être interprétée restrictivement, n'est applicable qu'à l'égard de l'enfant corrompu à l'exclusion des autres et laisse subsister vis-à-vis du premier les droits d'émancipation et de consentement à mariage. Encore la déchéance ne sanctionne-t-elle que les actes immoraux présentant une gravité toute particulière; peut-être même, et les travaux préparatoires au Code pénal fournissent argument en ce sens, l'art. 335 frappe-t-il uniquement, conformément aux précé-

---

n° 394, qui exige l'autorisation du conseil de famille par analogie de la loi du 15 juillet 1889, art. 59, § 6. Cette dernière solution nous paraît très contestable quand l'émancipation émane des parents : ils n'ont pas abdiqué leur droit de contrôle sur un acte exclusivement relatif à la personne du mineur pour en investir le conseil de famille.

(1) La loi du 31 mai 1854 en supprimant, avec beaucoup de raison d'ailleurs, la mort civile est venue restreindre encore le nombre déjà si faible des cas de déchéance.

dents législatifs, le proxénétisme exercé dans un but de lucre et de trafic en laissant impunie la satisfaction des passions personnelles et coupables (1). Au surplus la loi est muette et l'interprète doit s'incliner, car la déchéance est une peine et il n'y a pas de peine sans texte. Certes une telle protection est insuffisante à l'égard de victimes innocentes exposées à la brutalité ou aux mauvais exemples de leurs parents, le maintien de l'autorité est injustifiable en des mains avilies ; mais il faut se résigner à cette conclusion. En nulle autre hypothèse le Code ne permet d'enlever la puissance paternelle aux parents, fussent-ils incapables de l'exercer comme en cas d'interdiction judiciaire, en fussent-ils indignes par leur inconduite notoire ; la dégradation civique même n'entraîne pas cette conséquence (2). Le pouvoir judiciaire est désarmé faute d'un moyen analogue aux anciennes émancipations forcées ou à la destitution de la tutelle. En vain a-t-on proposé de faire à la puissance paternelle une application *utile* des règles écrites dans l'art. 444 (3), ce sont là des expédients prétoriens, sans fondement dans les textes ; ils ne sauraient donc être admis. En dehors des deux ou trois cas expressément prévus, un père ne peut être frappé de déchéance judiciaire, eut-il été destitué de la tutelle de ses enfants.

Sans doute, pendant que, condamné au criminel, il subit sa peine, l'interdiction légale dont il est frappé lui enlève l'exercice de son autorité (4). De même, l'art. 66 C. pén., qui

(1) *Sic* Loi 19-22 juillet 1791, titre II, art. 9 ; Message du Directoire exécutif, 17 nivôse an IV ; Rapport Monseignat au Corps législatif (Locré, t. XXX, p. 521). Cass. (ch. réunies), 17 mai 1841 et 1er mai 1854 ; *Bulletin criminel*, 41, p. 220, et 54, p. 203 ; Bastia, 15 avril 1880, D. 81, 1, 91. Chauveau et Faustin Hélie, t. IV, p. 232. — *Contra* Cass. 12 février 1865, D. 66, 5, 32 ; 22 juillet 1880, D. 81, 1, 91. Blanche, *Code pénal*, 5e édition, p. 149 ; Bourcart, *op. cit.*, p. 503 ; Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *France judiciaire*, 1892, t. XVI, 1re partie, p. 137. Dans cette théorie les juges ont un pouvoir d'appréciation assez large quant à la gravité des actes immoraux pouvant motiver la déchéance.

(2) Bourcart, *op. cit.*, p. 503 ; Charmont, *op. cit.*, *Revue critique*, 91, p. 502.

(3) Demolombe, t. VI, n° 367. *Sic* Chardon, t. II, p. 14 ; Testoud, *Revue critique*, t. XX, 1891, p. 20.

(4) Encore certains auteurs déclarent-ils maintenu au père en ce cas

autorise le pouvoir judiciaire à placer jusqu'à l'âge de vingt ans dans une maison de correction le mineur acquitté comme ayant agi sans discernement, permet de le soustraire dans cette mesure même à la garde de ses parents. Mais, qu'on ne s'y trompe pas, dans ces deux cas, il y a simple suspension, totale ou partielle, de l'autorité paternelle, non déchéance absolue. La peine est-elle subie et l'interdiction légale levée, les vingt ans de l'enfant sont-ils atteints, le père reprend de plein droit son empire (1). Telle est la loi.

§ V. — La puissance paternelle en droit international privé d'après le Code civil.

Nous avons vu en quoi consiste d'après la législation de 1804 la puissance paternelle dans son cadre normal, c'est-à-dire dans la famille légitime, à qui elle appartient, comment elle prend fin. L'étude, pour être complète, appelle l'examen de la question suivante : cette législation s'applique-t-elle aux Français en quelque pays qu'ils habitent; régit-elle au contraire tous les habitants du territoire français, même étrangers ?

La réponse est donnée par la règle générale de l'article 3 du Code civil, mais il nous faut être préalablement fixés sur le caractère intime des dispositions légales en notre matière. Or les prérogatives du père ont pour corrélatifs des devoirs dont elles sont destinées à faciliter l'accomplissement; elles ont pour but d'assurer l'unité dans la famille en même temps que la protection des mineurs. Nul doute donc que les textes les précisant aient trait à l'état et à la capacité des personnes. Ils sont, par suite, applicables en principe aux seuls Français, mais les suivent même à l'étranger; à l'inverse, les

---

l'exercice de quelques attributs de la puissance. Nillus, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1889*, n° 22 ; *France judiciaire*, t. XV, p. 225 et suivantes, 1re partie.

(1) *Sic* Demolombe, t. VI, nos 363, 364 ; Bourcart, *op. cit.*, p. 504. C'est inadmissible en raison et au point de vue moral. D'Haussonville, *Revue des deux mondes*, 1er juin 1878.

étrangers en France sont régis par la loi de leur pays. En d'autres termes, la puissance paternelle relève exclusivement de la législation nationale des intéressés (1), sauf à faire des réserves quant aux dispositions contraires à l'ordre public.

La loi nationale d'une famille étrangère décidera donc en France à qui appartient l'autorité et pour quelle cause elle prend fin : nos tribunaux (2) ne pourraient l'attribuer à la mère dans une famille bavaroise à défaut du père, ou en prononcer la cessation, par le fait seul de la majorité, avant toute émancipation ; la loi de Bavière se distingue en effet à ce double point de vue de la loi française. De même, la loi nationale fixe les obligations et les droits dérivant de la puissance : ainsi, une fille autrichienne pourra réclamer en France une dot à son père (C. civ. autrichien, art. 1220), tandis qu'une telle action serait interdite à une jeune Française même en Autriche (C. civ. français, art. 204). Un père italien serait en droit, même en France, de tenir, à titre de correction paternelle, son fils éloigné de sa famille en lui assurant les aliments strictement nécessaires (C. civ. italien, art. 212). Un raisonnement identique quant aux droits sur les biens (3) fait attribuer la jouissance légale en France au père étran-

(1) Laurent, t. VI, nos 12 et suivants ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. III, no 224 ; Audinet, *Principes du droit international privé*, n° 582.

(2) Même dans le système de la jurisprudence déclarant les tribunaux français incompétents pour juger les contestations entre étrangers, ce principe comporte des exceptions et des tempéraments. (Voir sur ce point Audinet, *Principes du droit international privé*, nos 440 et suivants.)

(3) Si l'on est assez porté à considérer universellement comme droits naturels devant être sanctionnés partout les attributs de la puissance paternelle portant sur la personne de l'enfant (la loi du 26 juin 1889 peut être invoquée en ce sens, car elle autorise les pères et mères étrangers à faire des déclarations de nationalité pour leurs enfants en France), quelques auteurs, relativement aux droits sur les biens, présentent l'autorité paternelle comme une institution de pur droit civil (Demolombe, t. I, no 88, et t. VI, no 486) et refusent toujours la jouissance légale aux parents étrangers en France (Aubry et Rau, t. I, § 78, note 60). Mais cette opinion est en général repoussée (Laurent, t. VI, n° 18 : Fiore, *Droit international privé*, n° 164 ; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 360 et 759 ; Huc, t. III, no 226 ; Audinet, no 593).

ger dont la loi personnelle consacre cet attribut, comme en Italie, en Prusse ou en Saxe, et dans la mesure fixée par cette législation (1) ; en revanche, il la fera refuser en France à un Russe, un Anglais ou un Autrichien, parce que sa loi nationale ne la lui reconnaît pas.

Telle est la règle. Elle comporte deux séries d'exceptions :

1° Certaines dispositions des législations étrangères en matière de puissance paternelle peuvent être considérées par la loi française comme contraires à l'ordre public, elles ne seront pas sanctionnées par la justice : telle l'obligation imposée au père, par la loi hongroise, d'élever son enfant dans un culte déterminé ; tel encore l'emploi de certains procédés de correction répudiés chez nous par les textes ou les mœurs. L'enfant ne pourra donc jamais être incarcéré pour un temps plus long que le Code civil ne le permet ; c'est une atteinte à la liberté individuelle et la détermination de sa durée moyenne est une règle d'ordre public. D'autre part, les châtiments corporels fussent-ils expressément permis par une loi étrangère (2), ils entraîneraient pour leur auteur en France, le cas échéant, une condamnation pour coups et blessures, sans qu'il pût se défendre en disant n'avoir pas excédé les limites de la correction écrites dans sa législation.

2° En sens contraire, certaines dispositions du Code civil français, relatives à la puissance paternelle, ont pour but de garantir le bon ordre dans la famille et dans l'Etat ; elles intéressent donc l'ordre public et peuvent être invoquées en France par des étrangers, leur législation ne présentât-elle rien de similaire, comme lois de police obligatoires pour tous sur le territoire. Ainsi, à nous en tenir même au Code de 1804, on s'accorde à permettre aux parents étrangers, sans distinction, de faire incarcérer leur enfant à titre de correc-

(1) Ainsi, entre père et fils italiens, l'usufruit durera jusqu'à la majorité en principe, mais cessera si le père se remarie auparavant. (Code italien, art. 228, 232.)

(2) Lois d'Angleterre, d'Autriche, de Prusse, de Russie.

tion paternelle (1); la loi anglaise pourtant n'admet rien de semblable pour ses nationaux. Mais la société tout entière est intéressée à ce que le père ait des moyens de sanction suffisants pour accomplir son œuvre d'éducation, pour réprimer chez l'enfant les premiers écarts afin d'éviter des fautes plus graves; les procédés de correction admis par la loi nationale de ce père sont peut-être prohibés par la loi française, il faut donc de toute nécessité qu'il puisse employer les moyens français, à peine de n'en avoir aucun. Sans d'ailleurs être à proprement parler une peine, l'incarcération correctionnelle peut être considérée comme une mesure de police et de sûreté.

Nous avons toujours raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où le père et l'enfant, tous deux étrangers à la France, appartiennent du moins à la même nationalité. Les mêmes principes régiront évidemment l'hypothèse où le statut personnel des parents ne sera pas celui de l'enfant, sauf à préciser auquel des deux il conviendra de se référer en pareil cas. La question ne laisse pas d'être délicate. Sans conteste, doit être préférée la loi nationale du principal intéressé aux yeux du législateur organisant la puissance paternelle. Ce sera donc, disent les auteurs modernes, celle de l'enfant (2) : il la faudra consulter non seulement quant aux causes de cessation ou de déchéance et aux attributs qu'elle comporte sur la personne du mineur, mais aussi relativement aux droits sur les biens, notamment à la jouissance légale. Cependant cette dernière attribution paraît faite surtout dans l'intérêt du père; et d'une façon plus générale ce n'est pas au profit unique de l'enfant, d'après certaines apparences même c'est en faveur des parents que le Code civil a constitué et organisé la puissance, conséquence de la qualité de père et résumé de ses

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 82, § 31; Demolombe, t. VI, nos 357, 486; Bernard, p. 193, 194; Fiore, no 161; Leloir, t. I, no 294; Audinet, no 590. — *Contra* Weiss, p. 576.

(2) Weiss, p. 576; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, p. 329; Audinet, nos 582, 595.

droits. La tradition juridique française nous semble donc commander, en pareil cas, de s'en référer à la loi nationale du père (1).

SECTION II. — *Puissance paternelle sur les enfants naturels.*

Si nous avons déjà relevé quelques graves lacunes dans la théorie de la puissance paternelle sur les enfants légitimes d'après le Code civil, nous la trouvons bien plus concise encore et insuffisante à l'égard de la famille naturelle. Deux points doivent d'abord être mis hors de doute : les enfants légitimés sont, à compter du mariage de leurs parents, assimilés aux légitimes ; à l'inverse, il ne peut être question d'autorité paternelle quant aux enfants qu'aucun lien légal ne rattache à leurs auteurs (2).

Mais, à l'égard des enfants naturels légalement reconnus, il y a lieu, pour tout législateur qui, en pareille matière, se propose comme but même accessoire la protection de la jeunesse, il y a lieu, dis-je, d'organiser cette autorité, sauf à multiplier autour d'elle les pouvoirs de contrôle tant à raison de son origine même que pour réserver une dignité supérieure aux parents légitimes. Or le texte du Code est par rapport aux enfants naturels d'un laconisme confinant à l'obscurité et laisse la plupart des questions non résolues. Presque en tous points, on est obligé de procéder par induction sans rencontrer de règles formelles et positives ; seul l'art. 383 traite du droit de correction au profit des parents naturels, encore sa rédaction laisse-t-elle à désirer.

Que la parenté naturelle crée des devoirs envers les enfants et des droits corrélatifs à ces devoirs, la raison l'affirme et les rédacteurs du Code l'ont compris, cela résulte des travaux préparatoires et de quelques dispositions de la loi. Mais comment et dans quelle mesure s'exerceront ces droits ? La question devient singulièrement délicate, la loi étant à peu

(1) *Sic* Leloir, t. I, n° 294 ; Huc, t. I, n° 150, et t. III, n° 227.
(2) *Sic* Demolombe, V, n° 597 ; Laurent, IV, n° 418 ; Leloir, I, n° 373.

près muette. Parmi les attributs de la puissance paternelle entendue strictement, il en est certainement dont ne jouissent pas les parents illégitimes, ce sont les droits sur les biens. La solution, quoique implicite, résulte formellement du texte des art. 384 et 389. L'administration légale est présentée par le législateur comme inséparable du lien conjugal. De même, c'est au profit du père pendant le mariage et, après sa dissolution, au bénéfice du survivant des époux que la jouissance légale est établie ; l'historique de la rédaction de l'art. 384 et son placement intentionnel après la disposition relative aux enfants naturels témoignent du reste de la volonté de réserver ce droit aux seuls parents légitimes (1). Dès sa naissance donc, l'enfant naturel, s'il a des biens personnels, est placé en tutelle sans que le Code civil ait rien précisé quant au caractère légal ou datif de cette tutelle, ou quant à l'application ici des art. 391 et 397.

Pour les attributs de la puissance paternelle portant sur la personne, le doute est plus grand (2). De général qu'il était dans le projet primitif à tous les textes du titre IX, le renvoi de l'art. 383, seul texte visant les enfants naturels, s'est, au cours des discussions préparatoires, restreint aux seuls articles 376-379 sur le droit de correction. N'en faudrait-il pas conclure qu'il est limitatif, non simplement énonciatif ? Il est certain cependant que les pères et mères naturels sont tenus de nourrir et entretenir leurs enfants ; si l'art. 203 paraît rattacher cette obligation au mariage, au fond elle découle du fait de la génération : le Code civil a reconnu cette vérité, et quand il déclare les parents naturels tenus de la dette alimentaire envers leur descendance, et quand il fixe indistincte-

(1) Caen, 22 mars 1860, S. 60, 2, 610. Marcadé, t. II, n° 157 ; Demolombe, t. VI, nos 649-651 ; Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 18 ; Chardon, t. II, n° 118 ; Leloir, t. I, nos 378, 379. M. Laurent, t. IV, nos 359, 360, distingue : il attribue aux parents naturels l'administration mais non la jouissance légale.

(2) « La théorie générale est indécise, le plus sûr paraît être d'accorder aux parents naturels les droits correspondant aux devoirs qui pèsent sur eux. » Bourcart, *De l'autorité paternelle*, Mémoire au Congrès des Sociétés savantes à la Sorbonne en 1891, p. 7.

ment pour tous, à 21 ans, l'âge de la majorité ; il confie donc la protection des mineurs aux parents même naturels puisqu'il n'a organisé aucun autre mode à leur égard. De plus, certains textes, les articles 158 et 346, présupposent l'existence au profit des mêmes parents des droits d'éducation et de direction par les applications particulières qu'ils en font. Du reste, la faculté de corriger l'enfant, accordée expressément par l'art. 383 aux père et mère naturels, ne peut se concevoir que comme complément et sanction du droit d'éducation aux mains des mêmes titulaires (1), celui-ci à son tour ayant pour corollaire forcé le droit de garde. Voilà donc les parents naturels investis des prérogatives essentielles de l'autorité paternelle.

Nouvelle difficulté pour le droit de correction que proclame pourtant l'art. 383 C. civ. au profit du père s'il a reconnu l'enfant et, à défaut de père, au profit de la mère. Ce texte, par sa référence aux seuls art. 376 à 379, semble exclure *a contrario* l'application des art. 380 à 382 : faut-il donc permettre à la mère naturelle de faire détenir l'enfant par voie d'autorité ; faut-il l'y autoriser encore, même si elle est ultérieurement mariée ou si le mineur a des biens personnels ? Quelques uns le pensent en s'appuyant sur la lettre de la loi pour sanctionner d'autant plus efficacement l'autorité des parents naturels qu'elle est en fait plus fragile (2). Mais on peut remarquer, en sens contraire, que l'esprit du Code civil n'est pas favorable aux parents naturels, c'est eux par exemple que le législateur a voulu atteindre dans leur affection en réduisant les droits successoraux de leurs enfants illégitimes ; rien de plus improbable donc qu'un accroissement exceptionnel de pouvoirs en leur faveur. On constate en outre, que les art. 380 à 382 organisent des garanties contre les entraînements du père dominé par des influences

(1) Demolombe, t. IV, n° 16, et t. VI, n° 617 ; Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 7 ; Laurent, t. IV, n° 354 ; Leloir, t. I, n° 375 ; Pascaud, *Rev. gén.* 1892, t. XVI, p. 323.

(2) Proudhon, p. 248, 249 ; Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 3 ; Laurent, t. IV, n°s 352, 357 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 986.

hostiles et contre la faiblesse de la mère ; or, n'y a-t-il pas lieu d'en faire l'application aux enfants naturels plus qu'à tous autres, eux qui n'ont ni famille ni défenseurs naturels (1). Il est permis d'hésiter entre les deux solutions.

Est également douteux le point de savoir qui, des deux auteurs ayant reconnu l'enfant naturel, exercera sur lui, outre le droit de correction, ceux de garde et d'éducation. La loi ne le dit pas : d'où, en l'absence d'un texte analogue à l'art. 213 C. civ., la situation devrait, semble-t-il, être égale pour les deux parents, sans que le père eût aucune prépondérance. Cependant cette égalité absolue entre le père et la mère serait une source de conflits certains, et la plupart des commentateurs, reconnaissant la nécessité d'une option, confient l'exercice exclusif de la puissance paternelle au père dont le nom et la nationalité se transmettent à l'enfant, dont le consentement aussi est exigé pour le mariage de ce dernier (2). L'esprit du Code civil semble bien favorable à cette seconde opinion, mais le texte étant muet laisse le champ libre à la controverse (3).

Les autres droits que nous avons groupés sous le nom de puissance paternelle *lato sensu* compètent-ils aux parents naturels ? Oui certainement en ce qui concerne le consentement à donner au mariage, à l'adoption ou à la prononciation des vœux monastiques : les textes en effet ne distinguent pas entre les diverses parentés ou, comme l'art. 158, consacrent leur assimilation. Si le Code ne rappelle pas le devoir de respect des enfants naturels envers leurs auteurs,

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, § 171, note 5 ; Marcadé, t. II, n° 145 ; Valette, sur Proudhon, p. 248, note a, p. 249, note a ; Demolombe, t. VI, n° 615 ; Leloir, t. I, n° 377 ; Pascaud, *Rev. gén.*, t. XVI, 1892, p. 325.

(2) Marcadé, t. II, nos 144, 146 ; Demolombe, t. VI, n° 629 ; Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 8 ; Fuzier-Herman, n° 59 ; Leloir, t. I, n° 388 ; Pascaud, *eod. loc.*, p. 324 ; Huc, t. III, n° 184. — *Contra* Demante, t. II, nos 128 *bis*, II, et 243 *bis*, I ; Laurent, t. IV, nos 348 et suivants ; Magnin, t. I, nos 267, 277 ; Chardon, t. II, nos 85 et suiv.

(3) Dans le canton de Vaud en Suisse, le tribunal décide à qui des deux auteurs sera attribué l'enfant. Il en est de même à Fribourg. A Glaris, il est remis à la mère aux frais du père.

l'application de l'article 371 en notre matière s'induira pourtant des rares dispositions conférant quelques droits à ceux-ci.

En revanche, la loi n'ayant en vue, au titre de la minorité, que les enfants légitimes, les pères et mères naturels, privés déjà de la jouissance et de l'administration légales, seront *a fortiori* incapables d'être tuteurs légaux (1) ; le père prémourant ne pourra pas pourvoir la mère d'un conseil de tutelle spécial, ni le survivant désigner un tuteur testamentaire (2). Mais, sur ces divers points, la controverse est toujours possible.

Muette encore est ici la loi quant aux limitations et au contrôle de l'autorité des parents. Aucune difficulté d'ailleurs à dire que les causes d'extinction sont évidemment les mêmes que pour les parents légitimes : la majorité, l'émancipation (3) et les déchéances des articles 334 et 335 du Code pénal.

En définitive, cet exposé rapide montre combien insuffisamment développée est la théorie de l'autorité paternelle en matière de filiation naturelle. Aucun pouvoir de contrôle n'est régulièrement organisé et les éléments constituant la puissance ne sont même pas nettement précisés (4).

---

(1) *Sic* Valette, *Code civil*, p. 520; Marcadé, t. II, nos 181, 182; Demante, t. II, n° 138 *bis;* Demolombe, t. VIII, n° 385; Ballot, *Rev. prat.*, t. V, 1858, p. 179 et suiv.; Leloir, t. I, n° 382. — *Contra* Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 12; Magnin, t. I, n° 502.

(2) Demolombe, t. VIII, n° 386; Leloir, t. I, n° 384. — *Contra* Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 17; Laurent, t. IV, n° 416; Magnin, t. I, n° 506.

(3) Marcadé, t. II, n° 289; Valette, *Cours de Code civil*, p. 585; Demolombe, t. VIII, n° 373; Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 16; Laurent, t. V, n° 204; Chardon, t. II, n° 180; Leloir, t. I, n° 385.

(4) Au point de vue du droit de disposition sur ses biens, le père est limité par la loi à l'égard de ses enfants naturels quand il laisse une famille légitime (C. civ., art. 757). Dans la pensée du législateur de 1804, cet article n'est pas dirigé contre les enfants naturels ; il a pour but de frapper le père dans ses affections illégitimes. L'art. 908 en est le complément et il l'éclaire : la part de l'enfant naturel ne peut être augmentée par voie de libéralité entre vifs ou testamentaire.

SECTION III. — *Enfants dont les parents sont morts, incapables ou inconnus.*

La puissance paternelle ne saurait, à proprement parler, compéter qu'aux parents légitimes ou naturels; cependant, nous croyons devoir indiquer brièvement comment, au début du siècle, le législateur a réglé la situation en l'absence de parents. Ce n'est pas là un hors d'œuvre, mais au contraire une recherche nécessaire pour qui veut porter un jugement d'ensemble sur la loi française; c'est le moyen de préciser le rôle attribué à la Société dans l'éducation de la jeunesse et une telle étude s'impose d'autant plus à l'heure actuelle qu'il y a une tendance marquée dans les esprits à envisager la puissance paternelle uniquement comme une protection pour les mineurs, sous le contrôle des pouvoirs publics. Si contestable que nous paraisse ce point de vue, il nous faut en tenir compte; nous ne retiendrons du reste d'une législation extrêmement touffue sur certains points que le strict nécessaire pour le complément de notre exposé.

Un enfant légitime ou naturel perd-il ses parents en état de minorité, il n'est pas abandonné à lui-même, la tutelle doit aussitôt s'ouvrir et certains attributs de la puissance paternelle persistent, répartis entre diverses mains, nous l'avons déjà dit. Le tuteur, chargé du soin de la personne du mineur (C. civ., art. 450), exercera, sous le contrôle du conseil de famille(1), les pouvoirs d'éducation, de garde et même de correction; toutefois il devra, pour provoquer l'internement de son pupille, procéder par voie de réquisition et obtenir l'autorisation préalable et formelle du conseil (C. civ., art. 468) (2). D'autres prérogatives passent directement à celui-ci : il autorisera par exemple le mariage du mineur de

(1) Ce contrôle a sa source dans le droit pour le conseil de famille de fixer approximativement la dépense annuelle du mineur (C. civ., art. 454).

(2) *Sic* Marcadé, t. II, n° 275; Demolombe, t. VII, n° 534; Aubry et Rau, t. I, § 111, note 6; Laurent, t. V, n° 5; Chardon, t. III, n° 431; Leloir, t. I, n° 553.

21 ans, son entrée dans l'armée avant 20 ans, la constitution d'une tutelle officieuse en ce qui le concerne, enfin il l'émancipera (C. civ., art. 160, 351, 478) (1) ; le conseil de famille n'est d'ailleurs appelé à consentir au mariage du pupille qu'à défaut d'ascendants dans l'une et l'autre ligne (C. civ., art. 150). Une part est faite aux ascendants à ce point de vue dans la distribution posthume des attributs de la puissance paternelle : leur consentement est indispensable au mineur de 25 ans qui veut se marier et le droit de conseil leur appartient ensuite avec faculté de former opposition au mariage dans les mêmes conditions privilégiées que les parents (C. civ., art. 173, 176). De même les ascendants sont substitués aux père et mère pour l'autorisation à donner au descendant entrant dans une communauté religieuse ou dans les ordres sacrés (Décr. 18 fév. 1809 et 28 fév. 1810). Ces dernières règles sont inapplicables à l'égard de l'enfant naturel qu'aucun lien légal ne rattache aux parents de ses auteurs, il ne peut donc être question de prérogatives reconnues aux ascendants ; notons de plus que le consentement à son mariage est donné par un tuteur *ad hoc* (C. civ., art. 159). En résumé, supprimant tous les attributs de la puissance paternelle sur les biens quand les parents disparaissent, la loi civile a maintenu les droits sur la personne dans la mesure où leur exercice est nécessaire à la protection du mineur.

Mais seuls bénéficieront de ses dispositions les enfants relativement fortunés qui trouveront pour s'occuper d'eux des parents ou des amis. D'autres et en grand nombre sont absolument délaissés ou leurs auteurs sont inconnus, ils n'ont pas de ressources, pas de tuteurs. Pour ceux-là dont s'occupaient presque exclusivement avant 1789 la charité privée et les œuvres religieuses, le législateur de l'époque intermédiaire a voulu créer ce que, dans le style du temps, Regnault de Saint-

(1) On discute le point de savoir si l'exercice par le conseil de famille de ces attributions est soumis au contrôle des tribunaux, mais on répond en général négativement. Demolombe, t. VIII, n° 215 ; Aubry et Rau, t. I, § 96 ; Leloir, t. I, n° 552. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 470.

Jean-d'Angély (1) appellera « une paternité sociale qui exerce tous les droits, toute la puissance de la paternité naturelle et qui en supplée les soins, la vigilance et la protection ». Après des tentatives avortées en l'an V et l'an VIII (2), une réglementation pratique et durable fut réalisée par la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret-loi du 19 janvier 1811. Désormais les enfants trouvés, les enfants abandonnés, les orphelins pauvres (3), sous le nom générique d'enfants assistés, sont confiés pour leur éducation à la charité publique.

Sans entrer dans le détail d'une organisation bien connue d'ailleurs depuis le remarquable ouvrage de M. Léon Lallemand sur les enfants abandonnés (4), nous dirons cependant que le service ainsi créé était départemental (5) et que les mineurs, admis à l'hospice par voie d'arrêté préfectoral, tombent sous l'autorité de la commission hospitalière dont les pouvoirs rappellent bien plus ceux d'un père de famille que les attributions d'un tuteur. L'enfant, qu'il soit légitime ou naturel, n'a plus de famille, ou du moins le droit de succession réciproque (dans une mesure atténuée) reste le seul lien entre lui et ses parents ; à la commission administrative vont tous les droits des père et mère d'après le Code civil : l'art. 4 de la loi de pluviôse le dit expressément pour l'émancipation. L'effet se produit même si l'un des auteurs est connu et présent, car les textes ne permettent pas de l'investir du droit de correction par exemple concurremment avec la commission adminis-

(1) Rapport au Corps législatif sur la loi du 15 pluviôse an XIII.

(2) Lois 25 frimaire an V, 25 floréal an VIII; Décr. 30 ventôse an V.

(3) Les art. 2, 11, 6 du Décret de 1811 définissent le sens juridique de ces appellations. Pendant de longues années, les mineurs de douze ans seuls pouvaient être admis comme enfants assistés, conformément à l'instruction ministérielle du 8 février 1823.

(4) *Histoire des enfants abandonnés*, liv. III, ch. 8.

(5) Il tend aujourd'hui à le devenir de moins en moins par suite de l'ingérence des inspecteurs nommés par l'Etat et de la centralisation du service au Ministère. (Loi 5 mai 1869 ; Décrets 31 juillet 1870 et 8 mars 1887.) Le pouvoir de réglementation appartenant au Préfet en cette matière a passé au Conseil général en vertu de la loi du 10 août 1871, art. 46 et 47.

trative (1). Si donc les enfants assistés doivent évidemment toujours honneur et respect à leurs parents (C. civ.,art. 371), si même, au jour où l'administration perd ses droits(2), ceux de la famille renaissent de telle sorte par exemple qu'après 25 ans, l'enfant doit consulter ses parents avant de contracter mariage, il n'en est pas moins vrai que, sous le nom de tutelle, les commissions hospitalières exercent, en présence des parents, tous les droits relevant de la puissance paternelle à l'exception de la jouissance légale. Seulement la loi de pluviôse avait organisé un contrôle réciproque entre leurs membres : l'un d'eux étant chargé spécialement de représenter le mineur, les autres remplissaient (et remplissent encore en province) (3) un rôle analogue à celui du conseil de famille.

La tutelle hospitalière comporte donc les droits d'éducation, de garde et de correction, ceux d'émancipation, de consentement au mariage jusqu'à l'âge de 21 ou même de 25 ans d'après certains auteurs combinant les art. 160 C. civ. et 4 de la loi de pluviôse (4), la faculté de s'opposer à l'adoption du pupille, à son entrée dans l'enseignement ou dans les ordres sacrés, à son engagement militaire avant vingt ans. La commission est libre ou de retenir l'enfant dans l'hospice dépositaire, ce qui en fait est exceptionnel, ou de choisir au dehors les personnes chez lesquelles il sera placé en nourrice ou en sevrage d'abord, puis en pension aux frais du dé-

(1) Magnin, t. I, n° 522 ; Lallemand, p. 295 ; Leloir, t. I, n° 625.

(2) Elle les perd parfois avant la majorité de l'enfant quand il a été reçu pendant la détention de son père (Instr. min. 8 fév. 1823). Le père libéré peut le réclamer.

(3) A Paris, nous le verrons, la loi du 10 janvier 1849 a concentré tous les pouvoirs aux mains du directeur général de l'Assistance publique.

(4) Dubois, *Etude historique sur la protection de l'enfance*, p.216; Leloir, t. I, n° 619. M. Lallemand, *op. cit*, p. 297, regrette qu'il n'en soit pas ainsi légalement. — Le pouvoir de la commission quant au consentement au mariage en général a été contesté théoriquement, mais il est toujours exercé en pratique et est reconnu par la doctrine la plus autorisée (Chardon, t. III, n° 102 ; Béquet, *Régime de l'assistance publique et privée*, n° 313; Lallemand, *op. et loc. cit.;* Leloir, t. I, n° 618).

partement et de préférence à la campagne, enfin en apprentissage chez des industriels ou des artisans jusqu'à l'âge maximum de 25 ans (Déc. 1811, art. 7-10,17-20); théoriquement au moins les contrats d'apprentissage ne doivent stipuler aucune rémunération tant pour le maître que pour l'apprenti(1). Les mineurs peuvent aussi être confiés à un particulier charitable, à des établissements publics ou privés ; mais ces gardiens, à moins qu'il ne s'agisse d'un tuteur officieux dans les termes de l'art. 361 du Code civil, restent, comme vis-à-vis du père, soumis au contrôle discrétionnaire de la commission administrative. Son délégué, armé du droit de revendiquer le pupille contre toute personne le recélant et de le faire ramener même *manu militari* en cas de fuite, choisit, comme le ferait le père de famille, le genre et le degré d'instruction à lui donner. Cependant, tandis que nous n'avons trouvé dans le Code civil aucune limitation aux prérogatives du père à ce point de vue, le décret du 30 ventôse an V, art. 4, et l'instruction du 8 février 1823 exigent pour les enfants assistés la fréquentation tout au moins des écoles primaires; l'instruction de 1823 prescrit en outre de baptiser tout enfant trouvé et de l'élever dans la religion catholique, sauf les exceptions à autoriser dans certaines localités. Enfin, le droit de correction aux mains de la commission administrative lui permet d'infliger au pupille, sans se dessaisir de sa garde, des peines ou privations légères, d'user envers lui de mesures de discipline domestique (Décret 30 ventôse an V, art. 17). Il lui confère en outre, quand ces moyens ne suffisent pas, la faculté de requérir du président du tribunal et même d'exiger de lui, dans le cas de l'art. 376 C. civ., par voie d'autorité, l'internement de l'enfant, c'est-à-dire en fait son envoi dans un établissement pénitentiaire ou plus généralement dans une colonie agricole ou un refuge du Bon Pasteur.

Même au point de vue des biens quand l'enfant assisté a un

(1) Dès longtemps les commissions administratives ont renoncé dans les contrats d'apprentissage à garantir au patron les services gratuits de l'enfant jusqu'à 25 ans: cette clause est trop préjudiciable à celui-ci.

patrimoine, fruit de ses économies ou résultat de libéralités par lui reçues, ce n'est pas une véritable tutelle qu'exerce l'administration hospitalière. Il y a analogie, il est vrai, entre la situation du tuteur désigné en face de la commission administrative et celle du tuteur ordinaire devant le conseil de famille ; notamment des comptes devront être rendus au pupille. Mais, d'une part, l'hypothèque légale ne frappe pas les biens du tuteur ou du receveur de l'hospice qui gère les biens de l'enfant en même temps que ceux appartenant à l'établissement, et seul le cautionnement de ce dernier garantit les droits du mineur (L. 15 pluviôse an XIII, art. 5) ; d'autre part, en l'absence d'un subrogé tuteur, le membre délégué par la commission se trouve avoir plus d'indépendance que le tuteur de droit commun : son administration se rapproche donc beaucoup de l'administration légale du père. L'art. 7 de la loi du 15 pluviôse an XIII semblerait même créer au profit de l'hospice un droit de jouissance légale sur les biens des enfants assistés en lui attribuant les revenus desdits biens jusqu'à la sortie de l'enfant à titre d'indemnité. Mais on est généralement d'accord pour déduire de ces mots « à titre d'indemnité », éclairés par l'esprit de la loi, la conséquence que cette attribution est faite seulement dans la mesure des déboursés effectués pour le pupille (1).

Cette quasi puissance paternelle, dont l'exercice par la commission hospitalière ou ses agents subordonnés ne devait pas, pour les auteurs de la loi de pluviôse an XIII et du décret de 1811, être soumis à une direction gouvernementale et centralisée, prend fin soit par la mort (2) ou la majorité de l'enfant, soit dans une certaine mesure par son émancipation possible à partir de l'âge de 15 ans (L. 15 pluv. an XIII, art. 4). Après l'émancipation, le pupille, avec le receveur de l'hospice pour curateur, demeure à l'égard de la commission dans

(1) Béquet, *op. cit.*, n° 312 ; Leloir, t. I, n° 615 ; Lallemand, *op. cit.*, p. 299.

(2) En cas de mort de l'enfant sans parents, la loi du 15 pluviôse, modifiant l'art. 768 C. civ., fait passer dans l'ordre successoral l'hospice avant l'Etat.

la même condition exactement qu'un mineur émancipé ordinaire vis-à-vis de ses père et mère ou du conseil de famille, il peut par exemple se voir retirer l'émancipation si ses engagements sont réduits.

L'autorité de la commission cesse encore par le fait du père qui se présente et revendique l'enfant en le reconnaissant au besoin. L'art. 21 du décret du 19 janv. 1811 consacre, semble-t-il, la légitimité d'une telle demande en en subordonnant cependant l'exercice au remboursement par le réclamant, s'il en a les moyens, de toute dépense faite par l'hospice ; en aucun cas, ajoute-t-il, « l'enfant dont l'administration aura disposé ne pourra être soustrait aux obligations qui lui auront été imposées ». En principe donc, la tutelle sociale n'intervenant qu'à défaut de la puissance paternelle et pour la suppléer, les droits des parents subsistent bien que l'exercice en soit suspendu tant que l'enfant reste sous la direction de la commission hospitalière, et ils prévaudront s'ils sont invoqués. Mais la remise de l'enfant sera refusée s'il est à ce moment marin (1) ou soldat, ou, sauf dispense accordée par le préfet, en cas de non remboursement intégral par le réclamant de ses frais d'entretien.

De ces deux restrictions aux prétentions paternelles, la première se justifie aisément : elle n'altère du reste que le droit de garde, les autres attributs de la puissance étant restitués; mais il en est tout autrement de la seconde. En somme le décret de 1811, dans son article 21, subordonne la remise du mineur au remboursement des sommes dépensées pour lui et le préfet, représentant légal du service des enfants assistés, partant créancier des frais, est le maître absolu d'accorder des dispenses. Outre l'étrangeté de cette situation, n'est-il pas contraire aux principes généraux d'attribuer à l'administration, pour le recouvrement d'une créance d'ailleurs certaine et légitime, une sorte

(1) En vertu de l'art. 16 du décret de 1811, le ministre de la marine a le droit (dont en fait jamais il n'a usé) de réclamer pour le service de l'État les enfants assistés de plus de douze ans et de faire ainsi cesser la tutelle de l'administration hospitalière.

de droit de rétention, de gage sur la personne de l'enfant, tandis que pareille faveur est, nous le savons, refusée à des particuliers créanciers, pour frais de service ou d'apprentissage par exemple ? Peut-être a-t-on voulu donner par là au préfet le moyen de soustraire le mineur à l'influence paternelle quand tel est son intérêt (1). Ce serait un moyen détourné de suppléer au silence de la loi de l'an XIII comme du décret de 1811 n'exigeant des parents aucune justification de moralité et de sanctionner l'instruction ministérielle du 8 février 1823 dont les dispositions à cet égard, d'ailleurs fort sages, n'ont rien d'obligatoire pour les particuliers faute d'émaner du législateur. L'expédient serait ingénieux pratiquement parlant, mais, il faut le déclarer en même temps, absolument indigne et des auteurs de la loi et de ceux qui l'appliquent. Si la lacune est énorme, c'est au législateur seul qu'il appartient de la combler (2) ; on ne peut ajouter à la loi.

Quelques auteurs ont encore prétendu faire cesser la puissance tutélaire de l'administration quand l'enfant assisté est réclamé par un parent quelconque, ascendant ou collatéral, par une personne investie de la tutelle légale ou dative (3), ou quand il y a constitution d'une tutelle officieuse (4). Nous sommes d'opinion différente. La commission hospitalière tient ses droits fort analogues à l'autorité paternelle de la loi elle-même ; comment les devrait-elle céder à un parent sans titre légal ou à un tuteur dont le titre est postérieur au sien ? A l'égard du tuteur officieux, elle est dans la situation du père de famille et conserve, en conséquence, toutes les prérogatives compatibles avec l'existence de cette tutelle, par exemple le droit de consentement au mariage ; de même encore elle reprendrait la garde du mineur dont le tuteur officieux viendrait à décéder avant sa majorité, cela quand

(1) Coffignon, *L'enfant à Paris*, p. 190 et suiv.
(2) Bonde, *Condition civile des enfants abandonnés*, p. 133; Leloir, t. I, n° 633. — *Contra* Demolombe, t. VIII, n° 397; Lallemand, *op. cit.*, p. 300.
(3) Dalloz, *Répertoire*, V° Secours publics, n° 215.
(4) Demolombe, t. VIII, n° 398.

même il y aurait désignation d'un tuteur par le tuteur officieux et ratification de ce choix par un conseil de famille composé d'amis du *de cujus* (1) ou quand même il y aurait adoption testamentaire du pupille, la situation créée par une telle adoption est jusqu'à la majorité toute provisoire (2). L'esprit de la législation commande de faire au profit de l'administration l'application des principes qui régiraient la situation à l'endroit des père et mère investis de la puissance paternelle.

Section IV. — *Résumé critique de la législation.*

Si toute œuvre humaine est imparfaite et prête à la critique, c'est chose vraie surtout en une matière aussi délicate que celle de la puissance paternelle. La législation la mieux faite sera inefficace si elle ne trouve pas un solide appui dans les mœurs publiques et privées de la nation, tandis qu'au contraire de solides traditions peuvent suppléer dans une très large mesure aux défaillances de la loi. Or la tâche du législateur était d'autant plus ardue, au début du siècle, qu'il s'agissait de clore une période de vertiges et de bouleversements, de poser des règles à une société moderne ayant rompu ses attaches avec le passé, imbue d'idées nouvelles, devenue hostile aux principes de famille et d'autorité. Rien d'étonnant donc que son œuvre ait été attaquée et à juste titre même souvent.

I. — Malgré ses imperfections toutefois, si réelles soient-elles, malgré des défauts très apparents que la pratique a encore fait saillir, la théorie du droit français moderne sur l'autorité paternelle ne manque pas de grandeur dans son ensemble et elle a subi assez heureusement l'épreuve du temps. Elle n'a pas, du reste, été construite de toutes pièces par ses auteurs et ses éléments essentiels se retrouvent dans notre ancien

(1) Bonde, p. 83 ; Béquet, n° 318 ; Lallemand, p. 296, note 1 ; Leloir, t. I, n° 640. — *Contra* Demolombe, t. VIII, n° 399 ; *Pand. franç.*, V° Assistance publique, n° 777. Angers, 26 juin 1844, D. 44, 2, 227.

(2) Leloir, t. I, n° 641.

droit ; le but poursuivi en 1804 consistait, abstraction faite des exagérations de l'époque révolutionnaire, à les adapter le plus heureusement possible aux tendances nouvelles. C'est une œuvre de transaction qu'a entreprise le législateur d'alors et, bien loin de lui reprocher avec quelques-uns son éclectisme, nous l'en louerions plutôt, car en pareille matière la loi ne naît viable qu'à la condition d'avoir ses racines dans le passé et, s'il y a lieu, d'unifier des traditions et des coutumes antérieures diverses, de sélectionner ce que chacune a de meilleur pour en former un tout perfectionné encore par les innovations dont l'expérience aura démontré l'utilité. Reste à voir si cette perfection relative se rencontre dans nos lois du début du siècle.

Elles commencent, d'accord avec le passé, par écarter en principe l'Etat de l'œuvre de l'éducation pour laquelle il n'a pas d'aptitude naturelle et, là même où les parents ainsi que la famille font défaut, elles confient la garde des enfants à des institutions ayant une certaine autonomie, une liberté relative. Aucun service d'Etat n'est créé et il a fallu de longues années pour qu'on vît là une lacune.

Les rédacteurs du Code civil ont prétendu conférer aux parents une autorité forte dont ils comprenaient la nécessité dans les Etats libres plus que dans tous autres, nous dit Maleville, « pour suppléer les lois, corriger les mœurs et préparer l'obéissance ». Mais, tout en ayant une haute idée de cette puissance, ils n'en voulaient pas faire un pouvoir tyrannique : il n'y avait donc pas lieu suivant eux d'élargir outre mesure les attributions des parents et, si l'on devait proclamer en principe la subordination du fils, quel que fût son âge, au père dans l'ordre moral au moins, il convenait de consacrer l'effet largement émancipateur de la majorité. Enfin, leur intention bien certaine était de pondérer l'autorité du père par le contrôle incessant de la mère et par l'intervention des tribunaux ; malheureusement ils ne l'ont pas formulée dans les textes et n'ont pas explicitement organisé ces contrepoids si utiles pourtant. Peut-être faut-il chercher la cause de ce

regrettable silence dans les idées philosophiques et humanitaires dont le législateur d'alors était imbu : le père qu'il envisageait était l'homme idéal « auquel les enfants sont soumis, mais qui n'écoute, lui, que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix..., dont la magistrature a moins pour objet d'infliger une peine que de faire mériter le pardon (1) ». Ce langage sentimental étonne de la part de jurisconsultes experts et paraît aujourd'hui quelque peu suranné ; s'il ne reflétait pas l'esprit général d'une époque, on pourrait se demander si ceux qui le tenaient étaient bien aptes à élaborer une loi pratique, car ce père idéal, que J. de Maistre dit n'avoir jamais rencontré, est introuvable ou à peu près dans la vie réelle. Mais l'ensemble de leur œuvre est là pour prouver l'inexactitude du reproche et d'autre part, abstraction faite de la forme vieillie, nous avouons préférer l'idéalisme, qui, avant de descendre au détail de la loi, s'élève, pour en prendre une vue d'ensemble, au-dessus des faits journaliers, à l'utilitarisme à outrance, légiférant pour des espèces, dont trop souvent les conceptions étroites provoquent la violation d'un principe et portent un germe morbide dans l'œuvre de la législation positive. Quoiqu'il en soit, une lacune existe ici dans le Code civil français et elle est grave : le législateur de 1804 a eu trop de confiance dans les mœurs publiques pour maintenir l'ordre au sein de la famille. Tout au plus invoquerait-on comme circonstance atténuante qu'il ne pouvait prévoir les perturbations économiques et sociales de notre siècle et les dangers qu'elles font courir aux institutions les mieux assises.

En dehors de ce point, d'ailleurs, la théorie du Code civil n'est pas à l'abri de tout reproche et ils ne lui ont pas été épargnés, contenant presque tous une part quelconque de vérité. Des taches réelles déparent un ensemble beaucoup moins méprisable qu'il n'est de mode de le dire dans une certaine école. Ces critiques s'inspirent des principes les plus opposés.

(1) *Projet du gouvernement*, Fenet, t. I, p. 504.

II. — Certains auteurs ont protesté contre la « défiance injustifiée (1) » de la loi envers les parents légitimes. Faute de bases solides et durables et de moyen de répression suffisamment énergique, disparaissant à un âge où l'enfant n'est vraiment pas apte à se diriger lui-même, l'autorité paternelle, telle qu'elle a été organisée en 1804, ne pouvait, disent-ils, que végéter ; quelques-uns ont été jusqu'à la considérer comme abolie. Même avant sa majorité déjà si précoce, à compter de 18 ans d'après le Code et plus tard de 20 ans, l'enfant se soustrait à la garde de son père par un engagement volontaire dans l'armée ; l'exercice du droit de correction est soumis au contrôle d'un magistrat devant lequel le père rougira de dévoiler les désordres de son fils, il est davantage encore entravé par l'absence de lieu de détention spécialement réservé aux prisonniers de cette catégorie. Puis, dès sa 21e année accomplie, l'enfant devient complètement indépendant, car, tout prescrit qu'il est aux enfants de tout âge par l'art. 371 C. civ., le devoir de respect et d'obéissance envers les parents y figure à l'état de lettre morte, c'est une simple règle de morale dénuée de toute sanction juridique. Rien, semble-t-il, avant les lois des 17 avril 1832, art. 19, et 13 décembre 1848, art. 10, n'empêchait un fils de demander et d'obtenir la contrainte par corps contre son père ; rien ne lui interdit, aujourd'hui encore, d'exercer contre son auteur une action en justice, fût-elle déshonorante (voir au contraire l'art. 380 du Code pénal), et la Cour de cassation (2) a dû, par une juste mais déplorable application des textes, déclarer légitime, quoique regrettable, la participation d'un fils à la délibération du conseil de famille qui destitue son père d'une tutelle pour inconduite notoire. Tout au plus

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 75, § 548. Voir surtout en ce sens : Maleville, t. I, p. 380 et suiv.; Blanchet, *Rev. Fœlix*, t. V, p. 405 et suiv.; Oscar de Vallée, *Revue de dr. fr. et étrang.*, 1852, t. II, p. 233; Pinard, *De la faculté de tester dans ses relations avec la puissance paternelle;* E. Moulin, *Moniteur des tribunaux*, 27 avril 1865 ; Mgr Dupanloup, *Education, passim;* Bernard, *op. cit., passim;* Le Play, *Réforme sociale en France, passim.*

(2) Cass. 16 déc. 1829, D., *Répertoire*, V° Puissance paternelle, n° 78.

l'art. 371 permettra-t-il au juge, dans les instances judiciaires entre parents et enfants, d'exiger de ces derniers une certaine réserve dans la forme,. encore ne l'y oblige-t-il pas. Sans doute la majorité n'exonère pas un fils de l'obligation de demander pendant quatre années encore le consentement de ses ascendants et plus tard leur conseil avant de contracter mariage ; mais est-ce bien suffisant et d'ailleurs la formalité des actes dits respectueux ne constitue-t-elle pas par elle-même une injure grave, une atteinte pénible à l'autorité paternelle? Encore si, diminuant les droits du père sur la personne de l'enfant, on lui avait reconnu d'autre part un moyen efficace de récompenser et de punir, d'obtenir la soumission de son fils par l'espérance ou par la crainte, voir même par l'intérêt, il n'y aurait que demi-mal ; mais il n'en est rien. Les parents n'ont plus la faculté d'exhérédation. Ils se voient limiter parcimonieusement le droit d'enlever partie de leur patrimoine à des enfants ingrats. Bien mieux, au moins dans l'opinion de la jurisprudence, ils n'ont pas la liberté de composer à leur gré la part de chacun d'eux dans leur succession : ils sont soumis par l'art. 832 C. civ. à la loi de l'égalité tant en valeur qu'en nature.

D'après cette catégorie de critiques, la loi, loin de chercher à faire renaître le sentiment et les habitudes de respect qui, plus encore aujourd'hui qu'au temps de Mme de Staël (1), font tant défaut en France, favorise au contraire, développe l'esprit d'indépendance et d'insoumission chez les jeunes générations. On ne doit donc plus s'étonner de voir des parents âgés maltraités par leurs enfants ou obligés de s'adresser à la justice pour obtenir d'eux une pension alimentaire. Si la légèreté et l'insouciance des parents qui, selon le mot de Bonald, « ont voulu être les amis de leurs enfants, ne pouvant plus être leurs maîtres », ont pu s'accommoder d'une pareille situation, l'intérêt social commande de réagir, car « toute la force des Etats est dans l'obéissance volontaire des

(1) « Ce qui manque en France en tous genres, c'est le sentiment et l'habitude du respect. » Mme de Staël, *L'Allemagne*, 3e part., ch. 3.

citoyens et il est bien difficile d'avoir des citoyens qui respectent les lois quand les enfants sont dispensés d'obéir à leurs pères (1) ». Liberté n'est pas licence : ce serait servir la vraie liberté en même temps que l'intérêt de tous, particuliers et nation, que de relever l'ancienne institution de la famille en renforçant l'autorité de son chef; ce serait, dans tous les cas, préparer et encourager une réforme des mœurs sans laquelle l'œuvre du législateur est vouée à la stérilité.

Nous ne signalerons pas les réformes proposées dans cet ordre d'idées pour rendre à la puissance paternelle son lustre et sa force d'antan ; nous les retrouverons plus tard, quand nous-même nous nous demanderons ce qu'il pourrait y avoir lieu de faire. Mais il convenait de souligner ces critiques, car nous ne nous en dissimulons pas l'importance. Peut-être leurs auteurs les ont-ils exagérées quelque peu, il ne nous paraît pas en effet que le choix pour la majorité de la 25e année par exemple eût eu nécessairement un effet bienfaisant sur les mœurs publiques. Peut-être aussi les rédacteurs du Code civil ont-ils pensé, non sans quelque apparence de raison, qu'un ou deux textes de plus au titre de la Puissance paternelle eussent été impuissants à ramener chez les enfants des habitudes de soumission et d'obéissance. Il faut reconnaître du moins que l'organisation française de la famille, qu'elle résulte de la loi ou des mœurs, constitue une de nos faiblesses au dire de juges impartiaux (2) ; il ne faut pas oublier non plus le mot d'un Anglais, grand ennemi de la France, qui s'en remettait à la pratique du Code civil du soin de détruire nos forces et nos qualités nationales. Ce sont là d'utiles avertissements qui devraient attirer l'attention de tout bon Français sur les côtés de notre législation signalés comme de nature à compromettre l'autorité paternelle et, à ce point de vue, il ne suffit pas, pour rejeter les critiques relatives aux entraves apportées au droit du père de disposer de son bien,

(1) Oscar de Vallée, *op. cit.*, p. 233.

(2) P. G. Hamerton (*Français et Anglais*, t. I, p. 65, 1891) dit des enfants en France : « Le sentiment du respect n'a pas été développé dans leurs âmes.»

de montrer par l'histoire que l'institution de la réserve est, dans son origine, son développement et son fonctionnement intérieur, indépendante de celle de la puissance paternelle. De la part de tous ceux qui ne trouvent pas la théorie du Code civil parfaite en notre matière et désirent la voir réformer nous avouons ne pas comprendre l'opposition d'une fin de non-recevoir, uniquement tirée de la terminologie et de la classification anciennes, à la proposition de remplacer certains attributs de la puissance paternelle jugés surannés par un procédé simple, facile et efficace. Qu'on le déclare incompatible avec les mœurs françaises, contraire même à nos traditions nationales, la thèse est certes soutenable; mais qu'on l'écarte *a priori* comme sans rapport aucun avec notre matière (1), c'est ce que nous ne pouvons concevoir.

En définitive, si nous n'acceptons que sous bénéfice d'inventaire les projets de réforme signalés plus haut, nous sommes pleinement d'accord avec leurs auteurs pour constater et déplorer la déchéance de l'esprit de famille, l'abaissement de la puissance paternelle au XIX^e^ siècle. C'est le résultat sans doute des mœurs nouvelles et une nation ne traverse pas une crise comme la Révolution française sans en éprouver un ébranlement aussi profond que durable, la convalescence s'effectue lentement. Mais le législateur nous paraît aussi avoir sa part de responsabilité et ce que nous lui reprocherions surtout, ce n'est pas telle ou telle omission ou disposition, c'est l'esprit général qui l'anime. Son action pouvait être fort efficace pour la reconstitution de la société moderne; mais, pour mener à bien une entreprise aussi délicate, il est parti d'un point de vue exclusivement et strictement individualiste. C'est sous ce régime que nous vivons depuis un siècle, quelques sages esprits osent insinuer que nous en mourons.

(1) Voir en ce sens : Le Bourdellès, *Examen d'une critique au Code civil sur l'organisation de la puissance paternelle*, *France judiciaire*, t. IV, 1^re^ partie, p. 117 ; Meynieux, *La liberté de tester;* Leloir, t. I, n° 4.

III.— Mais tel n'est point en général le point de vue auquel on se place à l'heure actuelle pour attaquer les principes du Code civil. On traite avec un grand dédain des doléances inspirées surtout, assure-t-on, par des préoccupations politiques sous des régimes désireux de fonder la société sur le principe d'autorité (1). Augmenter les droits du père, quel anachronisme, quelques-uns diraient quel crime ! L'intérêt de l'enfant est seul à envisager, c'est au nom de cet intérêt méconnu qu'écrivains, philosophes et jurisconsultes s'accordent à réclamer une refonte de nos lois.

Les plus ardents vont jusqu'à demander la suppression pure et simple de la puissance paternelle, qu'ils envisagent comme une tyrannie injustifiable. « De droits proprement dits, le père n'en a pas. Le vrai droit est à l'enfant ; le père n'a que des devoirs (2). » Ce sont les logiciens de la doctrine individualiste : par la suppression de la famille, il ne subsisterait plus d'après eux que des libertés et l'État.

Moins audacieux dans la forme, d'autres reprochent au législateur de 1804 le maintien des attributs paternels qui leur paraissent inutiles à la protection de l'enfance, telle par exemple la nécessité pour le majeur de prendre le consentement ou le conseil de son père avant de se marier. Ils dénoncent chez les parents des abus d'autorité malheureusement trop nombreux, un égoïste oubli de leurs devoirs, parfois des crimes particulièrement odieux (3). La généralisation est facile et, concluant de faits heureusement encore exceptionnels, il faut le reconnaître, à une loi générale, on demande une restriction des prérogatives que les pères de famille rendent méprisables et haïssables par l'usage qu'ils en

(1) Leloir, t. I, n° 3.

(2) Laurent, t. IV, n° 258. *Sic* Accolas, *Manuel de droit civil*, t. I, p. 385 : « Les père et mère ne sont, dès l'origine, vis-à-vis de leur enfant, ni des propriétaires, ni des créanciers ; ils sont des débiteurs. »

(3) Decrais, *Les classes pauvres en Angleterre, Rev. des deux mondes*, 15 juin 1891, p. 891 ; G. Berry, *Mendiants professionnels, Correspondant*, 10 février 1894.

font, leur suppression complète même quand la société le jugera nécessaire.

D'excellents esprits, à l'opinion desquels nous donnons la plus complète adhésion, déplorent tout au moins et déclarent indigne d'une législation sérieuse l'absence dans le Code de tout contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle. Il est impossible de maintenir l'enfant à la garde des parents qui l'abandonnent, le maltraitent ou le corrompent ; la morale, la raison et l'humanité s'y opposent à la fois en même temps que l'intérêt social (1). Et cependant la loi semble laisser le père souverain maître de l'éducation de ses enfants ; elle n'a prévu et organisé ni l'action de la mère, ni celle des tribunaux judiciaires, à titre de contrepoids. En dehors du cas de divorce entre les parents, la loi écrite n'offre aux juges qu'un texte permettant de parer aux dangers que présente l'autorité entre des mains indignes : l'article 66 du Code pénal. Encore ce texte établit-il uniquement un mode de répression pour les natures vicieuses et n'est-il applicable qu'après un délit de l'enfant, fort souvent il est trop tard pour rectifier l'éducation première ; du reste le jeune délinquant quittera, à vingt ans au plus tard, la maison de correction pour retourner sous la désastreuse influence, cause première de ses fautes passées. Le Code civil est pour sa part absolument muet et c'est uniquement en invoquant des considérations d'utilité pratique qu'on a pu prétendre appliquer à la puissance paternelle les causes d'indignité ou de destitution prévues par l'article 444 en matière de tutelle (2) ; la simple lecture des textes condamne une telle interprétation. N'est-il donc pas nécessaire, pour l'honneur de la France, d'opérer une refonte de la législation comportant l'organisation d'un contrôle et d'un pou-

(1) Demolombe, t. IV, nos 367 et suivants ; Marcadé, t. II, nos 135, 244, 289 ; Aubry et Rau, t. VI, §§ 550, note 24, 551, notes 5, 6, 14 ; Magnin, t. I, no 412 ; Chardon, t. II, nos 40 et suivants ; Boistel, p. 214 ; Bernard, p. 208, 221 ; Leloir, t. I, nos 5, 14-16 ; Bourcart, *Fr. jud.*, 1re partie, t. VII, p. 497 et suivantes.

(2) Merlin, *Répertoire*, Vo Education, § 1, no 4 ; Chardon, t. II, nos 40 et suiv. ; Béquet, *Répertoire*, Vo Assistance publique, no 319.

voir sanctionnateur au-dessus du père? Ne conviendrait-il pas aussi d'étendre aux enfants voués dans leur famille à un complet abandon moral, au vagabondage et au vice, les secours et la tutelle de l'administration réservés jusqu'ici aux matériellement abandonnés, sauf à se préoccuper d'une sérieuse direction morale à donner à tous?

Nul reproche, reconnaissons-le, n'est plus grave et en même temps mieux fondé que ce dernier à l'encontre du Code civil. L'absence de toute surveillance sur l'exercice de l'autorité domestique est chose tellement impossible qu'à défaut de texte, l'usage, nous le verrons, en a constitué une. La puissance des pères ne doit pas dégénérer en oppression, elle doit donc être contrôlée, limitée, parfois même, quoique très exceptionnellement, annihilée dans ses manifestations; cette nécessité se fait sentir surtout dans un temps où, sous l'influence de phénomènes économiques variés, les liens de famille se relâchent et les dangers de dégradation ou du moins d'abandon moral augmentent pour les enfants, dans la classe ouvrière principalement. En fait cependant, cette autorité, créée pour élever et moraliser l'enfance, sera parfois la pierre d'achoppement, l'obstacle insurmontable contre lequel se briseront tous les efforts tant de la charité privée, si ingénieuse soit-elle, que de l'assistance publique elle-même: les commissions hospitalières ne sauraient résister légalement aux réclamations de parents d'une immoralité certaine pour conserver les mineurs qu'elles ont élevés. La pratique administrative peut être contraire, mais seule une circulaire ministérielle la fonde et, tout approuvée qu'elle est par certains auteurs (1), elle va à l'encontre du droit et n'excuse pas en tous cas l'oubli du législateur.

IV.— Le Code civil a trop désarmé le père de famille, disent les uns; le Code, répondent les autres, n'a pas assez efficacement protégé les enfants; dans l'une comme dans l'autre de ces affirmations nous trouvons une grande part de vérité.

(1) Béquet, *Rép.*, V° Assistance publique, n° 319. — *Conf.* Lallemand, *op. cit.*, p. 301.

C'est qu'en effet notre matière comporte deux points de vue à séparer soigneusement : l'organisation de la puissance paternelle à l'état normal et les moyens adoptés pour en prévenir ou du moins corriger les abus. Pour n'avoir pas fait cette distinction nécessaire, quand on a voulu comparer les législations étrangères (1) à la nôtre, on est arrivé parfois à cette conclusion erronée que « presque toutes ont été plus soucieuses de l'intérêt social que la loi française, toutes ou presque toutes lui subordonnant l'autorité des parents (2) », et l'on a reconnu au nouveau Code civil italien l'avantage précieux d'enlever à la puissance paternelle « son caractère de droit divin, en la réduisant aux conditions d'une fonction publique..., de poser le principe de la déchéance prononcée avant tout crime ou délit, à titre préventif, contre le père qui manque à ses devoirs ou devient incapable de les remplir (3). »

Il est malheureusement exact de dire, en présence de notre Code, « qu'il n'est aucun pays où l'enfant soit moins protégé qu'en France contre les excès de la puissance paternelle (4) », car le XIX^e^ siècle, dans sa seconde moitié surtout, a vu les nations étrangères réaliser dans cet ordre d'idées des réformes auxquelles la France est restée étrangère. Le fait s'est produit aussi bien dans les législations, comme celles de l'Allemagne ou de l'Autriche, qui n'ont pas subi l'influence prépondérante de la nôtre, que dans les nations de race latine, le Portugal, l'Espagne, l'Italie, qui ont pris le Code Napoléon pour base de leurs lois (5). Partout ou presque partout les efforts ont tendu à fortifier le contrôle effectif de la mère et

(1) Voir, à l'appendice, un résumé synthétique des diverses législations sur la matière de la puissance paternelle. Voir aussi : *Bulletin de la société de législation comparée*, Session extraordinaire de 1889 ; Rivière, *Limites du droit de garde*, *Revue catholique des institutions et du droit*, 1884, t. XXIII, p. 363-367 ; Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, p. 5-19, 114-124.

(2) Laurent, t. IV, n° 258.

(3) Pradines, *Bulletin de législation comparée*, an. 1880, p. 130.

(4) Rivière, *op. cit.*, *Revue catholique des institutions et du droit*, t. XXIII, p. 367 ; Brueyre, rapport en 1888 au Conseil supérieur de l'assistance publique, *Bulletin des prisons*, 1889, p. 61.

(5) Il en est de même en Hollande.

des tribunaux vis-à-vis du père, à préciser à l'égard de ce dernier les causes de privation de l'exercice de ses droits pour incapacité ou indignité (1). En même temps, on réglementait dans un but nettement et pratiquement moralisateur la situation nouvelle des mineurs moralement abandonnés ou soustraits à la direction des parents (2). Certes nous louons l'esprit dont s'inspirent ces textes, sauf à en critiquer parfois les procédés d'application ; mais, d'une part, nous remarquons que, relativement récents pour la plupart, ils révèlent, par leur simultanéité chez tous les peuples, une crise dans l'état social dont les rédacteurs du Code de 1804 n'avaient pas même l'idée ; d'autre part et surtout, nous nous refusons à y voir la preuve qu'à l'étranger l'autorité du père soit battue en brèche, ou même seulement soit moins fortement organisée que chez nous.

Tout au contraire, qu'on étudie les législations germaniques, latines ou slaves, un examen approfondi conduit à penser qu'elles se distinguent de la nôtre par un respect beaucoup plus profond de cette autorité normalement exercée (3); la Russie, l'Allemagne et l'Autriche (4) se préoccupent particulièrement de fortifier les pouvoirs du père. Si, en général, toutes les nations attribuent à ce dernier des droits moins considérables sur la personne de l'enfant, s'il en est ainsi

---

(1) Voir Code civil hollandais de 1823 ; *acts* des 21 août 1871, 24 avril 1873, 12 août 1885 en Angleterre ; lois des 5 juillet 1875 et 13 mars 1878 en Prusse ; loi xx de 1877 en Hongrie ; Code civil portugais de 1880, art. 138, 141, 168, 170 ; Code civil espagnol de 1888, art. 165, 169-172 ; Code pénal grec, art. 23, 281, 306, 356, 358 ; Code civil, art. 221, 223, et Code pénal, art. 331, 335, 337, 349, en Italie.

(2) Lois espagnoles des 6 février 1822 et 14 mai 1852 ; *acts* des 10 et 14 août 1866, 2 août 1880, 26 et 30 août 1889 en Angleterre ; lois des 28 juin 1854 et 1er juin 1870 en Hollande ; lois des 13 mars 1878, 27 mars 1881, 23 juin 1884 pour la Prusse, et du 18 juillet 1890 pour l'Alsace-Lorraine ; décret du 5 janvier 1888 en Portugal.

(3) De Butenval, *Lois de succession*, p. 70.

(4) Dans ce dernier pays, la majorité, fixée à 24 ans en principe, peut être repoussée en certains cas par décision de justice (C. civ., art. 173).

spécialement de l'Angleterre (1), du moins le père y a-t-il toute liberté dans la disposition de sa fortune, et c'est même cette prérogative qui, jointe aux mœurs nationales plus rationnellement disciplinées, a permis d'y « organiser une autorité paternelle beaucoup plus mitigée sous tous les autres rapports (2) ». Marquant plus encore le but poursuivi, le Code civil espagnol, qui réserve aux enfants et descendants les deux tiers de la succession du père, autorise cependant celui-ci à employer l'un de ces deux tiers au profit d'un ou de plusieurs de ses enfants au détriment des autres (art. 807-809). La loi italienne fortifie l'autorité des parents par la maintenue, au profit du survivant d'entre eux, de l'administration légale des biens du mineur sans faire intervenir l'appareil de la tutelle. En définitive, les abus de pouvoirs sont plus sévèrement punis ailleurs qu'en France, mais le pouvoir lui-même est généralement plus fort, et, sauf à examiner plus tard quels emprunts pourraient être faits par nous à l'étranger, nous approuvons pleinement cette double tendance.

V. — Nous aurons à voir par la suite si, au cours du siècle, le législateur français a porté remède aux imperfections du Code et dans quelle mesure il l'a fait. Signalons uniquement

---

(1) La loi anglaise autorise formellement cependant l'emploi de châtiments corporels par le père à l'égard de l'enfant mineur.

(2) Glasson, *Histoire du droit et des institutions en Angleterre*, p. 221. *Sic* Pascaud, *Revue générale*, 1892, p. 114 ; Max Leclerc, *L'éducation en Angleterre*, *Revue des deux mondes*, 15 février 1894, p. 884. M. Boutmy va plus loin : d'après lui (*L'Etat et l'individu en Angleterre*, *Annales de l'école des sciences politiques*, 15 octobre 1887, p. 497-500), « la famille anglaise a gardé jusqu'à nos jours le caractère d'une monarchie... Le père... exerce avec une pleine liberté ce que j'appellerais volontiers la magistrature testamentaire... A tout prendre, je ne connais aucun personnage du monde moderne qui, plus que le chef de famille anglais, rappelle l'autorité et le prestige de l'antique *paterfamilias* romain. C'est un monarque respecté dans son royaume, presque un monarque de droit divin... L'Anglais ne rencontre chez lui ni opposition ni résistance. Ses volontés sont indiscutées. » Voir aussi sur la puissance paternelle en Angleterre, autrefois et aujourd'hui, un article emprunté à la *Quaterly review* de janvier 1886 et publié dans la *Revue catholique des institutions et du droit*, mars 1887, p. 391.

à l'heure actuelle le double caractère que présente son œuvre : dépression de l'autorité paternelle et intervention de l'Etat chargé du contrôle et de la surveillance de l'éducation. Mais avant de l'étudier en détail, examinons la pratique, elle a dû mettre en relief les défauts de la théorie originaire ; interrogeons les arrêts et les instructions administratives, nous saurons ce qu'est devenue dans le domaine des faits la conception des rédacteurs du Code civil relativement à la puissance paternelle. Tel est l'ordre logique, car l'expérience journalière prépare et provoque la réforme législative. Au reste, tous nos développements ultérieurs seront intimement reliés par la communauté du but que poursuivent les divers pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire. Des lacunes signalées dans le Code civil, il en était une plus saillante, plus regrettable que les autres dans ses effets extérieurs et immédiats, c'était l'absence de protection efficace pour les enfants contre les abus d'autorité du père ; tous les efforts se sont portés de ce côté et c'est presque exclusivement l'histoire des restrictions aux pouvoirs accordés au chef de famille qu'il nous faut désormais écrire. Les tribunaux ont ouvert en ce sens une voie que le législateur a suivie, timidement d'abord, plus tard avec une grande hardiesse. Faire la part de chacun d'eux dans cette œuvre et en apprécier le résultat, tel est le résumé des chapitres suivants.

CHAPITRE IV

Le Code civil appliqué : jurisprudence et pratique.

Placés en présence d'un texte impératif pour tous, tenus de le respecter, de l'appliquer même, quelque grands qu'en fussent les défauts, dans l'attente d'une réforme législative, les tribunaux, l'administration de l'Assistance publique et les particuliers ont essayé d'en pallier du moins les principaux inconvénients. Des espèces particulièrement intéressantes s'offraient à eux : des parents négligeaient leurs plus élémentaires devoirs envers leurs enfants, par de détestables exemples ils les encourageaient au vice ; d'autres, sans aller aussi loin, faisaient de leurs attributs légaux un usage préjudiciable aux vrais intérêts de leur descendance. Appliquer strictement le texte en de tels cas, n'est-ce pas aller contre l'esprit de la loi? A l'aide de ce raisonnement dont il importe de ne pas abuser à peine d'énerver les prescriptions les plus expresses, la pratique a tenté, soit de résoudre la question des rapports entre parents et enfants en fait et sans s'occuper du droit, tel a été le but poursuivi par l'Assistance publique et la charité privée, soit de faire du droit prétorien, et la jurisprudence s'est chargée de cette dernière tâche.

Nous verrons les efforts des uns et des autres, leurs résultats et, dans une certaine mesure, leur insuccès.

Section première. — *Jurisprudence.*

Les juges sont liés par le texte, c'est là une règle certaine de notre droit moderne et, en notre matière comme en toute autre, elle a été respectée, extérieurement tout au moins, par les tribunaux qui n'ont jamais été à l'encontre d'une disposition formelle. Mais la loi ne saurait tout prévoir, elle présente des lacunes : les combler ce n'est pas violer le droit

écrit, c'est seulement le compléter ; c'est aussi, il est vrai, en modifier singulièrement les règles. La jurisprudence l'a fait cependant. Son œuvre, très curieuse à étudier, peut se résumer en deux propositions que la loi n'énonce pas et ne laisse même nullement pressentir : 1° le pouvoir judiciaire a un droit souverain de réglementation quant à l'exercice de la puissance paternelle tant sur les biens que sur la personne des enfants lorsque l'intérêt de ceux-ci le commande, c'est la règle générale et essentielle ; 2° l'autorité du père, si absolue qu'elle soit, doit, en dehors même d'abus caractérisés mettant en péril la santé, la moralité ou la fortune du mineur, être conciliée avec les droits dérivant de la nature au profit des grands parents et au besoin être restreinte pour que ces droits puissent s'exercer. Double cause de limitation donc : l'une générale, l'intérêt de l'enfant; l'autre spéciale aux familles légitimes et en fait, il faut le dire, aux classes riches où l'on peut se disputer les enfants pour les entourer d'affection et de soins, l'intérêt des ascendants.

§ I. — Controle de l'exercice de la puissance paternelle par les tribunaux.

D'après le Code civil et sans contestation possible, la puissance paternelle est une institution d'ordre public, fort distincte de la tutelle : son caractère spécial la met au-dessus des conventions privées qui la voudraient modifier comme à l'abri d'une déchéance totale (1), révocation ou destitution, de la part d'un pouvoir quelconque. Ce dernier principe, qui s'impose rigoureusement aux juges, peut dans l'application avoir de graves conséquences au point de vue social et les tribunaux étaient les mieux en situation de les apprécier. Instruits les premiers de la façon lamentable dont certains pères de famille répondaient à la confiance du législateur de 1804, les magistrats n'ont pu se résigner à se déclarer im-

(1) Sauf le cas de l'art. 335 C. pén. et aussi celui créé plus récemment par la loi du 7 décembre 1874.

puissants. Aussi l'indélébilité de la puissance paternelle une fois proclamée et défendue contre toute tentative des particuliers, ils ont essayé de porter remède aux plus criants abus en s'attribuant tacitement ou même expressément un pouvoir de contrôle général qu'aucun texte ne consacre cependant. Limitation n'est pas déchéance et l'on peut, dans l'intérêt de l'enfant, réglementer les prérogatives du père sans les détruire.

A. — Droits sur les biens.

Relativement aux droits sur les biens des mineurs, le Code semblait, il est vrai, convier la jurisprudence à jouer un tel rôle. D'une part, en effet, il ne considère pas, l'art. 387 en fait foi, l'administration et la jouissance légales comme des attributs essentiels de la puissance paternelle, et d'autre part la matière de l'administration légale est à peine ébauchée par lui. L'intervention des tribunaux à titre quasi législatif et réglementaire était donc tout indiquée.

1° Comme sanction du caractère spécial reconnu à l'administration légale, ils ont exonéré la gestion du père de tout contrôle permanent d'un subrogé tuteur ou d'un conseil de famille ; ils n'ont pas admis que ses biens fussent grevés d'une hypothèque légale (1). Elle est exercée par le père en principe et, en cas d'impossibilité matérielle ou juridique de sa part seulement, par la mère. Jusque-là c'est la stricte application des textes, mais déjà la jurisprudence en excède le sens et la portée.

Y a-t-il opposition d'intérêts entre le père et l'enfant, ce dernier sera représenté par un administrateur provisoire que la Cour de cassation, le qualifiant, improprement selon nous, tuteur *ad hoc*, fait nommer par le conseil de famille (2).

(1) Cass. 3 juin 1867, D. 68, 1, 27, S. 67, 1, 273 ; 14 janv. 1878, D. 78, 1, 227.

(2) Cass. 14 janv. 1878, S. 78, 1, 218 ; 10 juin 1885, D. 85, 1, 465 ; Poitiers, 4 juin 1884, S. 85, 2, 37. La Cour de Bordeaux conclut logiquement qu'un subrogé tuteur doit être adjoint à ce tuteur, Bordeaux, 19 mars 1875, S. 76, 2, 97. — Il est plus conforme aux principes, étant donné qu'il n'y a de conseils de famille que pour les tutelles, de faire nommer cet administrateur par le tribunal. (Paris, 9 janv. 1874 et 5 avril 1876, S. 74, 2, 85, et 76, 2, 331 ; D. 76, 2,

Comment admettre cette solution quand les règles de la tutelle sont inapplicables ici ! En cas de divorce, le tribunal qui, en vertu de l'art. 302 C. civ., confère à un tiers la garde de l'enfant, lui donne aussi l'administration des biens de celui-ci (1). Nul texte cependant ne commande cette assimilation et de ce que l'époux contre lequel le divorce est prononcé est privé par l'art. 386 de la jouissance légale on ne peut conclure qu'il perd également l'administration légale : les deux idées ne sont nullement corrélatives, l'art. 386 *in fine* le prouve, puisque la mère survivante et remariée garde l'administration quand la jouissance lui est enlevée (2). Les arrêts valident encore dans une libéralité faite par un tiers au mineur la condition qui exclue le père de l'administration des biens donnés, une telle clause n'est pas jugée contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du moment qu'une stipulation analogue est formellement permise pour la jouissance légale ; d'après eux les droits sur les biens des enfants peuvent être détachés de la puissance paternelle sans en altérer l'essence, ils ne procèdent pas du même principe que les droits sur leurs personnes (3). Par ce dernier raisonnement

---

23, et 77, 2, 34). *Confer* Chardiny, *De l'administration légale des enfants mineurs*, p. 333, 336.

(1) Paris, 15 décembre 1886, S. 88, 2, 217; Trib. Seine, 4 août 1888, *Gaz. trib.* 18 août; Trib. Seine, 4 mai et 25 novembre 1896, D. 97, 2, 23 et 297. *Sic* Goirand, *op. cit.*, p. 298 ; Faivre et Coulon, *op. cit.*, p. 370 et suiv.; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. III, n° 250 ; Hittier, note, D. 97, 2, 297.

(2) L'administration légale devrait être maintenue aux mains du père (Fuzier-Herman, *Répertoire*, V° Administration légale, n° 133 ; Leloir, t. I, n° 354), de même que le domicile légal de l'enfant reste fixé chez lui (Angers, 5 mai 1886, S. 86, 1, 15), la question du domicile se rattachant, nous l'avons dit, à celle de l'administration des biens.

(3) Cass. 26 mai 1856, D. 56, 1, 320 ; 9 janv. et 3 juin 1872, D. 72, 1, 128 et 241 ; 30 mai 1881, J. N. 22621 ; Orléans, 5 fév. 1870, D 70, 2, 49 ; Nancy, 12 nov. 1874, S. 75, 2, 44 ; Trib. Châteauroux, 6 mars 1894, D. 95, 2, 75. — *Sic*, sauf distinctions à faire, Aubry et Rau, t. I, § 123, note 15 ; Demolombe, t. VI, n° 458 ; Huc, t. III, n° 237 ; Bartin, *Théorie des conditions impossibles et illicites*, p. 66. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 297 ; Marcadé, t. II, p. 160 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 133 *bis*, III. — L'arrêt du 26 mai 1856 décide que la clause confiant l'administration des biens à un tiers jusqu'à la majorité de l'enfant doit s'exécuter nonobstant son émancipation (*contra* Bartin,

enfin la jurisprudence se croit autorisée à faire application à l'administrateur légal des mêmes causes d'exclusion et de destitution qu'au tuteur : incapacité ou infidélité, voir même inconduite notoire si elle compromet les intérêts pécuniaires de l'enfant (1). Un arrêt (2) a même été plus loin : il décide que l'administration des biens est de l'essence de la tutelle, qu'elle appartient donc de plein droit au tuteur nommé en remplacement du père déchu de la tutelle légale pour inconduite sans qu'il y ait lieu d'établir la mise en péril des intérêts de l'enfant.

Même indépendance dans l'appréciation des pouvoirs et des obligations résultant de l'administration légale. De cette qualification même se déduisent pour le père et l'impossibilité de faire à lui seul les actes de disposition et la nécessité de rendre compte de sa gestion dans les formes ordinaires sans qu'il y ait lieu de faire appel aux règles écrites dans les art. 471, 472, 474, 495 C. civ. spéciaux à la tutelle (3). Ces principes sont admis par les tribunaux, sauf à ne pas très exactement préciser le point où l'administration cesse et où l'acte de disposition commence. Le père est par eux dispensé de toute formalité ou autorisation, non seulement pour recevoir le paiement des capitaux dus à l'enfant ou à lui légués en dehors de tout emploi obligatoire dans un délai déterminé (4),

---

p. 67); et le jugement de Châteauroux porte qu'à défaut de désignation par le père de l'administrateur légal en pareil cas, il sera nommé par la justice. Il a été jugé tout au moins que le donateur, en laissant au père l'administration des biens donnés à son fils, peut exiger de lui certaines garanties, v. g. lui imposer certaines conditions pour l'exploitation de la forêt léguée dont il va avoir l'usufruit légal (Besançon, 4 juill. 1864, S. 64, 2, 166).

(1) Trib. Le Puy, 10 déc. 1869, D. 70, 3, 64 ; Montpellier, 25 août 1864, S. 64, 2, 225. *Sic* Demolombe, t. VI, n° 224 ; Bertin, le *Droit*, 1er juin 1868. — *Confer* Aubry et Rau, t. I, § 123, note 13, p. 502 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 137 *bis*, III.

(2) Lyon, 4 juin 1878, D. 79, 2, 167.

(3) Cass. 30 janv. 1866, S. 66, 1, 204, D. 66, 1, 172 ; Agen, 17 mars 1854, D. 55, 2, 294. Demolombe, t. VI, n° 456 ; Laurent, t. IV, n° 318 ; Aubry et Rau, t. I, § 123, p. 509 ; Huc, t. III, n° 251 ; Pascaud, *Rev. gén.* 92, p. 312.

(4) Cass. 3 janv. 1863, D. 63, 1, 77 ; Toulouse, 23 fév. 1845, S. 45, 2, 582 ;

le legs fût-il grevé de charges (1), mais encore pour aliéner ou convertir en titres au porteur les valeurs mobilières nominatives appartenant à son fils (2), pour aliéner les meubles corporels (3), pour intenter ou soutenir au nom du mineur toute espèce d'actions en justice, même les actions pétitoires immobilières (4). D'une façon générale donc il semblerait autorisé à faire seul les actes pour lesquels le tuteur a besoin, mais uniquement, de l'autorisation du conseil de famille, et cela est logique du moment qu'il n'y a pas de conseil de famille pendant le mariage. On peut concevoir aussi la défense faite à l'administrateur légal d'accomplir les actes interdits au tuteur, la donation par exemple (5). Mais comment comprendre les décisions qui obligent le père, pour la validité d'une transaction sur les droits mobiliers de l'enfant, à observer toutes les formalités de l'art. 467 C. civ. (6), ou, pour la vente des immeubles appartenant aux mineurs, exigent, en outre de l'autorisation du tribunal, l'avis conforme du conseil de famille et la présence d'un subrogé tuteur *ad hoc* (7) ? Sans doute cette interprétation n'est pas universel-

Lyon, 29 mai et 10 nov. 1877, S. 78, 2, 174. Dans le même sens : Douai, 22 janv. 1894, D. 94, 2, 296.

(1) Paris, 22 mars 1894, D. 96, 2, 105.

(2) Trib. Seine, 27 avril 1882, S. 82, 2, 207 ; Trib. Mont-de-Marsan, 13 déc. 1887, la *Loi*, 6 janv. 1888 ; Amiens, 11 juin 1890, D. 91, 2, 335. *Sic* Circ. direc- teur de la dette inscrite, 10 mars 1880, et circ. ministère justice, 20 mai 1880. — *Contra* Circ. Syndicat des agents de change de Paris, 15 mars 1880, qui exige l'autorisation du tribunal. Les travaux préparatoires de la loi du 27 fév. 1880 sont formellement en faveur de l'opinion jurisprudentielle. Le tribunal de la Seine, par jugement du 4 mai 1896 (D. 97, 2, 23), en a fait application à la mère administratrice légale par suite de sa constitution comme gardienne de ses enfants après divorce prononcé contre son mari.

(3) Trib. Seine, 27 avril 1882, S. 82, 2, 207, motifs.

(4) Cass. 5 juill. 1847, D. 48, 1, 148 ; 2 avril 1887, *Gaz. palais* 87, p. 63 ; Bourges, 11 fév. 1863, D. 64, 5, 305 ; Besançon, 29 nov. 1864, D. 64, 2, 195 ; Bordeaux, 2 juin 1876, S. 76, 2, 330. *Sic*, pour un acquiescement, Cass. 3 juin 1867, S. 67, 1, 273.

(5) Trib. civ. Seine, 29 avril 1891, la *Loi*, n° du 5 juin.

(6) Trib. Marseille, 12 déc. 1864, S. 65, 2, 216. — *Contra* Montpellier, 30 mars 1859, S. 59, 2, 508 ; Bourges, 11 fév. 1863, et Besançon, 29 nov. 1864 précités ; Amiens, 1er mars 1883, S. 84, 2, 41.

(7) Bordeaux, 19 mars 1875, S. 76, 2, 97 ; Trib. Villefranche, 12 mars 1887,

lement admise, mais il est étrange qu'on puisse même songer au conseil de famille ici ; l'intérêt de l'enfant n'aurait pas dû faire oublier cette vérité consacrée à d'autres points de vue par la jurisprudence : il n'y a pas de conseil de famille en notre cas (1).

2° Quant à la jouissance légale, les textes plus explicites ont laissé moins de latitude aux tribunaux qui n'ont guère fait qu'appliquer les règles écrites sauf à prendre, tout en maintenant la jouissance légale, toutes les mesures nécessaires pour empêcher les parents de se soustraire à l'acquittement des charges corrélatives (2). Réserve faite des cas signalés aux articles 387 et 730 C. civ. (3), la jouissanee porte sur tous les biens de l'enfant, fût-ce sur des bénéfices réalisés par lui dans une association commerciale à titre de commanditaire (4). Toute distincte qu'elle est de l'usufruit ordinaire, la jurisprudence lui applique néanmoins en principe les règles de ce dernier quant aux pouvoirs et aux obligations de son titulaire (5) : par suite, si les arrêts ne sont pas unanimes à restreindre le devoir imposé par l'article 385 à l'usufruitier légal de payer les arrérages ou intérêts des capitaux dans les seules hypothèses où il s'agit de capitaux échus depuis l'ouverture de son droit, du moins telle est la solution admise par

---

S. 87, 2, 117. La jurisprudence du tribunal de la Seine est contraire ; voir Bertin, *Chambre du conseil*, t. I, V° Mineurs, p. 483, 566, 569. Voir aussi dans ce dernier sens : Douai, 22 janv. 1894, D. 94, 2, 296.

(1) Un arrêt conclut même de la situation spéciale faite au père administrateur qu'il fait valablement seul les actes pour lesquels un tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation de justice (Riom, 9 déc. 1890, D. 92, 2, 233).

(2) Besançon, 1er août 1844, S. 44, 2, 176. — *Sic* Chardon, t. II, n° 158 ; Demolombe, t. VI, nos 599, 600 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 37 ; Testoud, *Rev. crit.*, 1891, t. XX, p. 19.

(3) Un arrêt de Rouen du 12 fév. 1887, D. 89, 2, 181, soumet à la jouissance légale, malgré une clause contraire, les biens acquis à titre gratuit pour la part constituant la réserve légale de l'enfant.

(4) Paris, 10 janvier 1878, et Cass. 10 déc. 1878, D. 78, 2, 131 ; 79, 1, 224,

(5) Cass. 5 janv. 1870, D. 70, 1, 58 ; Bourges, 12 juin 1872, D. 73, 5, 479 ; Douai, 5 juill. 1877, D. Supplément au *Répertoire*, V° Obligations, n° 80.

les plus récentes décisions (1). N'est-ce pas cependant rendre inutile le 3e alinéa de l'article précité, simple développement d'après cette doctrine de l'alinéa premier? Mais les tribunaux se sont refusés à appliquer ici, contrairement à ce que nous avons vu relativement à l'administration légale, d'autres causes de déchéance que celles prévues à l'article 386 : l'usufruitier légal ne sera privé de son droit ni pour cause d'inconduite notoire (2) ni pour abus de jouissance dans les termes de l'article 618; seulement, en ce dernier cas, des précautions seront prises dans l'intérêt des enfants (3).

3° Toujours au point de vue des droits des parents sur les biens des enfants, dans l'hypothèse où, par application des art. 395, 396 C. civ., le conseil de famille a enlevé à la mère veuve et remariée la tutelle des enfants du premier lit, la jurisprudence considère en général la décision de ce conseil comme se rattachant à la puissance paternelle ; elle la dispense donc de motifs et interdit à la mère de l'attaquer devant le tribunal (4). La loi avait ici organisé un contrôle auprès de la mère, les arrêts se sont empressés de lui donner une sérieuse efficacité.

4° Les règles que nous venons d'indiquer ne sauraient être admises à l'égard des enfants naturels; il n'est jamais question de jouissance ou d'administration légale quant à eux. Ils sont en tutelle dès leur naissance. Mais cette tutelle est-elle

---

(1) Nîmes, 9 juillet 1856, D. 57, 2, 83; Nancy, 28 mai 1881, D. Supplément au *Répertoire*, V° Puissance paternelle, n° 114. — *Contra* Trib. Arras, 5 juin 1859, D. 60, 3, 71 ; Trib. Le Puy, 25 mars 1865, D. 65, 3, 23. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, p. 88, note 20; Laurent, t. IV, n° 332.

(2) Montpellier, 25 août 1864, D. 65, 2, 25 ; Lyon, 4 juin 1878, D. 79, 2, 167. Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, note 31 ; Laurent, t. IV, n° 344 *bis*.

(3) Montpellier, 25 août 1864, précité. *Sic* Demolombe, t. VI, nos 599, 600 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 37. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 344.

(4) Grenoble, 18 janv. 1854, D. 56, 2, 55 ; Angers, 11 nov. 1875, D. 76, 2, 31 ; Bourges, 7 fév. 1886, *Pand. franç.*, 1886, 2, 48; Rouen, 27 juill. 1891, *Loi* 13-14 sept. 1891. *Sic* Demolombe, t. VII, n° 140 ; Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 23 ; Leloir, t. I, n° 164. — *Contra* Agen, 24 déc. 1860, D. 61, 2, 60 ; Dijon, 14 mai 1862, D. 62, 2, 121; Rouen, 25 nov. 1868, D. 69, 2, 76 ; Paris, 19 nov. 1887, D. 88, 2, 176.

dévolue de plein droit aux parents qui ont reconnu l'enfant? La question ne laisse pas d'être délicate, car il est assez hasardeux de conclure du seul article 383 C. civ., relatif au droit de correction, à l'admission pour les parents naturels de tous les attributs de la puissance paternelle, n'eussent-ils avec elle qu'un rapport déjà éloigné, fussent-ils inscrits à d'autres titres du Code ; dans le titre x du livre 1er, *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, la loi a certainement en vue les seuls enfants légitimes.

Si l'on se place sur le terrain de l'équité, on remarquera vite que, nécessairement composé d'étrangers, le conseil de famille d'un enfant naturel présente relativement peu de garanties pour le choix d'un tuteur. Il serait donc logique peut-être d'emprunter par analogie les règles de la tutelle légale pour conférer ce pouvoir aux seuls vrais amis de l'enfant, à ses parents légaux (1). Cependant la jurisprudence la plus récente est d'avis contraire et s'en remet au conseil de famille du soin de désigner le tuteur (2). L'état d'un enfant naturel, dit-on en ce sens, peut varier au cours de son existence par le fait de reconnaissances successives et, si les attributs directs et essentiels de la puissance paternelle, le droit de garde par exemple, passent alors de main en main, il vaut mieux suivre une règle différente pour la gestion de la fortune du mineur : par là on évitera des reconnaissances frauduleuses provoquées par la perspective de certains avantages pécuniaires.

Le véritable mobile de la jurisprudence ne serait-il pas plutôt d'établir un pouvoir de contrôle sur les père et mère

(1) Chardon, t. II, n° 84 ; Aubry et Rau, t. VI, § 571, notes 13, 14.

(2) Lyon, 11 juin 1856 et 8 mars 1859, D. 57, 2, 9, et 59, 2, 142 ; Trib. Toulouse, 4 janvier 1887, *Gaz. Midi*, 15 mai 87; Trib. Seine, 25 avril 1891, *Gaz. du pal.*, 91, 1, 703. *Sic* Valette, *Cours de Code civil*, p. 520; Marcadé, t. II, nos 181, 182; Demolombe, t. VIII, n° 385; Leloir, t. I, n° 382; Girard de Vasson, *Rev. crit.*, t. XI (1857), p. 363 et suiv.; Ballot, *Rev. prat.*, t. V (1858), p. 179 et suiv. — *Contra* Douai, 13 août 1844, D. 45, 2, 152; Cass. 29 avril 1850, D. 50, 2, 217; Poitiers, 5 mai 1858, D. 59, 2, 122, et 1er août 1870, D. 71, 2, 56. Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 12; Magnin, t. I, p. 502.

naturels au profit du conseil de famille en premier ressort et du tribunal en dernière analyse? Un jugement récent du tribunal de la Seine (1) fournirait en ce sens un argument probant. Les auteurs qui refusent la tutelle légale aux père et mère naturels écartent logiquement aussi en pareil cas l'application des art. 391 et 397 C. civ.; le père prémourant ne peut pourvoir la mère d'un conseil de tutelle, ni le survivant d'entre eux nommer un tuteur testamentaire (2). Or, dans l'espèce soumise au tribunal, la désignation du tuteur émanait de la mère mourante ayant seule reconnu l'enfant de son vivant et était opposée au père qui l'avait reconnu à son tour et s'était, pour plus de sûreté, fait investir de la tutelle par le conseil de famille. Le tribunal a repoussé les prétentions du père sans tenir compte de la désignation du conseil; il n'a pas du reste tranché la question de principe, mais s'est uniquement appuyé sur le pouvoir discrétionnaire pour les juges de limiter dans l'intérêt de l'enfant l'autorité des parents naturels.

B. — Droits sur la personne.

Si l'intervention des magistrats est relativement facile à justifier en ce qui concerne les attributs de la puissance paternelle portant sur les biens, une attitude extrêmement réservée leur était, ce nous semble, imposée à l'égard des droits sur la personne de l'enfant. Ici encore cependant leur action s'est fait grandement sentir.

La jurisprudence est partie de ce principe, très exact en législation, que l'autorité paternelle, d'après l'esprit de la loi, ne peut, l'intérêt de l'enfant et celui de la société s'y opposant, dégénérer en moyen de tyrannie ou de démoralisation. Cette idée fondamentale placée comme un axiome en tête de ses arrêts lui a paru suffisante, jointe à certains textes spéciaux dont elle serait l'inspiratrice, pour conclure

(1) Trib. Seine, 27 janvier 1890, S. 91, 2, 20.

(2) Demolombe, t. VIII, n° 386; Leloir, t. I, n° 384. — *Contra* Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 17; Laurent, t. IV, n° 416; Magnin, t. I, n° 506.

que, si le père est le premier juge de l'éducation morale et physique de son enfant, il n'est juge ni unique ni souverain. Tout absolu en principe que soit le droit du père, il doit être normalement exercé : il est par suite soumis au contrôle des tribunaux, protecteurs en titre de la faiblesse et de l'enfance, chargés « d'examiner s'il y a eu exagération ou abus dans l'exercice de la puissance paternelle, même par des parents légitimes, et si elle doit être ramenée dans les limites du droit », chargés d'en prévenir et réprimer les excès toutes les fois que l'intérêt matériel ou moral des enfants le réclame (1). Comme le dit très franchement un jugement récent, les magistrats ont puisé « dans des motifs de moralité et de haute justice le pouvoir de limiter l'exercice d'une autorité dont ils ne pouvaient atteindre le principe (2). » L'intervention du juge est légitimée par tout abus d'autorité dont la santé de l'enfant ou sa moralité puisse souffrir, telle est la thèse de la jurisprudence, nettement formulée dès l'origine. « Le père qui maltraite son enfant, dit un arrêt, n'exerce pas l'autorité paternelle que la loi lui donne, il en abuse; le père qui, au lieu d'élever son enfant, le soumet à de mauvais traitements, viole son devoir. Dès lors les tribunaux ont le droit d'intervenir (3) ».

a. — *Enfants naturels.*

C'est principalement à l'égard des père et mère naturels que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux s'est donné libre carrière. La pratique traditionnelle des Parlements les y conviait et aussi, comme au sujet de l'administration légale des parents légitimes, le laconisme, l'obscurité même de la loi. C'est par induction de l'art. 383 C. civ., relatif au seul droit de correction, qu'on reconnait aux père et mère naturels ceux d'éducation et de garde; le champ est donc ouvert aux

(1) Presque tous les arrêts contiennent cette affirmation, voir notamment Cass. 8 juillet 1857, D. 57, 1, 273; 27 janvier 1879, D. 79, 1, 223.

(2) Trib. Saint-Quentin, 27 décembre 1889, S. 91, 2, 19.

(3) Caen, 31 décembre 1811, S. chr.; D. *Rép.*, v° Puissance paternelle, n° 26.

controverses et l'autorité des parents en subira le contre-coup.

Quand le père et la mère ont tous les deux reconnu l'enfant, les droits de la mère sont égaux à ceux du père puisque l'art. 373 C. civ. n'est pas applicable *in terminis* et qu'aucun autre texte n'assure la prépondérance du père. Mais exerceront-ils tous les deux concurremment leur autorité? Nous avons vu la question discutée dans la doctrine; elle l'est aussi en jurisprudence. Tandis que certains arrêts créent aux deux parents une condition identique et leur font alors application de l'art. 302 C. civ. écrit pour les époux divorcés (1), d'autres déclarent l'art. 302 inapplicable parce qu'il vise un cas de rupture du lien matrimonial où la justice est naturellement chargée d'organiser elle-même la situation nouvelle par elle créée : partant, d'après les principes généraux de la loi et par analogie du renvoi fait aux art. 376 et suivants du Code, ils attribuent l'exercice de la puissance paternelle au père naturel seul et seulement à titre subsidiaire à la mère (2). Mais cette divergence dans le point de départ n'empêche pas un accord absolu en jurisprudence sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux pour régler au mieux des intérêts de l'enfant les questions de garde et d'éducation. Qu'on déduise cette conclusion de l'application extensive de l'art. 302, ou que, par la faculté pour la mère naturelle, plus indépendante que la femme mariée, de surveiller, contrôler et critiquer, on prétende tempérer ce que peut avoir de dangereux l'attribution exclusive au père de l'exercice de l'autorité sur leurs descendants, le résultat est le même : les tribunaux sont saisis et tranchent à leur gré le conflit. « Dans le débat soulevé sur la garde et la direction d'un enfant naturel, l'intérêt de cet enfant doit être pris comme principe et comme guide de la décision des tribunaux substitués, en cas de procès, au père

(1) Lyon, 8 mars 1859, D. 59, 2, 142; Trib. Seine, 20 mai 1887, *Pand. fr.*, 87, 2, 46; Trib. Lyon, 18 novembre 1887, *Gaz. du pal.* 88, 1, 197.

(2) Trib. Seine, 6 août 1890, *Droit* du 29 octobre. Trib. Lyon, 27 juin 1891, la *Loi* du 27 octobre.

et à la mère, quant à l'exercice de la puissance paternelle » ; et l'application de cette règle peut « impliquer la modification de l'exercice » de ladite puissance (1).

Quand donc la décision doit être avantageuse pour l'enfant, les tribunaux, à la requête de la mère, du tuteur, du subrogé tuteur ou du conseil de famille, dépouillent le père naturel du droit de direction et de garde pour en investir soit la mère, soit une tierce personne qu'ils désignent (2). En dehors d'ailleurs d'une cause bien déterminée d'indignité, une telle mesure n'entraîne pas pour les parents atteints privation de la faculté de voir et visiter leur enfant dans les conditions fixées par le jugement (3). Bien mieux, il a été jugé que les traités conclus entre les parents naturels ou les conditions apposées relativement à la garde de l'enfant dans une libéralité à lui faite devront, quoique non légalement obligatoires en droit, être sanctionnés et rendus exécutoires par les tribunaux, s'ils paraissent conformes aux intérêts de ce dernier, sauf aux juges à concilier, le cas échéant, les prérogatives du tiers choisi comme gardien avec celles des parents (4).

b. — *Enfants légitimes.*

L'attitude de la jurisprudence a été la même quoique plus discrète, il faut le reconnaître, à l'égard des père et mère légitimes. Elle est principalement intervenue dans les hypothèses où les liens du mariage étaient dissous ou du moins relâchés.

---

(1) Paris 10 mai 1894, D. 94, 2, 534. *Sic* Caen, 27 août 1828, D. 30, 2, 246.

(2) Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 290 ; Lyon, 8 mars 1859, D. 59, 2, 141 ; Paris, 10 avril 1872, D. 72, 2, 144 ; 19 mai 1882, D. 82, 2, 164.

(3) Paris, 19 mai 1882, précité; Trib. Vervins, 17 mars 1893, D. 93, 2, 401.

(4) Amiens, 12 août 1837, D. 38, 2, 157 ; Paris, 10 mai 1894, D. 94, 2, 534; Trib. Seine, 27 janvier 1890, S. 91, 2, 20. D'après le premier de ces arrêts, une mère ayant accepté sans réclamation, au nom de sa fille naturelle mineure, un legs fait à la condition que celle-ci restera éloignée d'elle jusqu'à 25 ans, doit se soumettre à la dite condition.

1° *Divorce* (1). — Au point de vue des droits sur la personne des enfants légitimes, le Code civil s'est bien formellement expliqué. Il consacre le droit de contrôle des tribunaux en un seul cas, celui de divorce prononcé ; la justice, en même temps qu'elle brise le lien conjugal, fondement de la famille, se doit à elle-même de réglementer la situation des enfants, intéressantes victimes des conflits entre les parents. Encore, en pareil cas, le juge ne jouit-il pas d'une entière liberté ; il peut, soit pendant l'instance, soit pour l'avenir, distraire le droit de garde et de direction de l'enfant du faisceau qui constitue la puissance paternelle, mais non supprimer entièrement celle-ci irrémédiablement attachée à la qualité de père et de mère. Ces derniers conserveront donc toujours, l'art. 303 C. civ. le prouve, la surveillance sur l'entretien et l'éducation des enfants communs, comme ils sont forcés de contribuer, chacun pour sa part et selon ses facultés, aux dépenses nécessitées par eux (2). Les tribunaux ont fait d'abord application de ces textes à l'égard d'époux divorcés entre lesquels ils étaient constitués par la loi arbitres souverains quant au droit de garde ; il ont parfois étendu un peu plus loin encore leurs prérogatives.

Du jour où les époux en instance de divorce ont chacun une résidence distincte, la garde provisoire des enfants est laissée en principe au mari ; mais le président du tribunal d'abord (3), dès qu'il fixe le moment où s'effectuera devant lui

---

(1) Pour ne pas scinder nos explications, nous présenterons l'exposé de la jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps en tenant compte des modifications apportées depuis 1884 au texte primitif du Code.

(2) L'époux lui-même contre lequel le divorce a été prononcé peut, s'il est constitué gardien de l'enfant, réclamer à son ancien conjoint une somme annuelle pour l'entretien du mineur. Paris, 20 octobre 1886, D. 88, 2, 101.

(3) Cette ordonnance est-elle susceptible d'appel ? On s'appuie en général sur le texte du nouvel art. 238 pour répondre affirmativement. (Cass., 9 juin 1891, D. 92, 1, 334 ; Paris, 1er mai 1894, D. 95, 2, 222). La Cour de Nancy (arrêt du 15 février 1896, D. 96, 2, 144) a cependant jugé le contraire quand l'ordonnance n'a fait l'objet d'aucun litige devant le magistrat.

l'essai de conciliation préliminaire et quand il donne le permis de citer (1), puis le tribunal, lorsqu'il est saisi du fond de la question (2), peuvent, sauf appel, attribuer la garde des mineurs à l'un ou l'autre époux, ou même à un tiers. Ces mesures, au caractère essentiellement provisoire et révocable, sont prises à la requête du ministère public, ou de l'une des parties au procès, ou même d'un membre quelconque de la famille, en dehors de toute assemblée d'un conseil (3) ; on discute seulement si une semblable initiative serait admissible de la part d'un parent au-delà du degré successible ou d'un allié (4). Le tribunal est même, depuis 1886, libre de les prescrire d'office (5). (C. civ. art. 267, 238-240, modifiés par la loi du 18 avril 1886.) La partie de la sentence à ce relative est, si les juges l'ordonnent, exécutoire par provision nonobstant opposition ou appel, et même exécutoire sur minute avant l'enregistrement : une simple réquisition du ministère public, en dehors de toutes conclusions des parties, suffit pour qu'il soit ainsi décidé (6). Plus tard, le jugement définitif statue aussi librement pour l'avenir, sur le même sujet, sans être exposé à cassation dès qu'il est suffi-

(1) C. civ., art. 235 modifié par la loi du 18 avril 1886. *Sic* antérieurement, en matière de séparation de corps, Cass. 15 juillet 1879, D. 81, 1, 209 ; Caen, 1er juillet 1867, D. 67, 5, 390 ; Paris, 27 mai 1879, *France judic.*, t. III, 575. De pareilles mesures ne peuvent être renouvelées en référé par le président après vingt jours d'inaction du demandeur. (Pau, 10 août 1887, D. 88, 2, 242.)

(2) A partir de ce moment, le juge du référé ne peut statuer qu'en cas d'extrême urgence, (Paris, 12 mars 1891, D. 94, 2, 567.)

(3) Il en est de même pour les mesures à prendre dans le jugement définitif. Paris, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211; Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. II, n° 743.—*Contra* Laurent, t. III, n° 293; Goirand, p. 196, et la jurisprudence belge : Bruxelles, 26 janvier 1882; Gand, 9 juillet 1887.

(4) Dans le sens de la négative, Paris, 17 juillet 1886, précité. — *Contra* Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 725 ; Faivre et Coulon, *Manuel du divorce*, p. 148.

(5) *Contra*, avant la loi du 18 avril 1886, Montpellier, 4 février 1835; Bruxelles, 10 mai 1859.

(6) Trib. Poitiers, 9 juillet 1889, *Gaz. du pal.* 90, 1, 616; Trib. Nogent-le-Rotrou, 10 juillet 1891, *Loi* 17 juillet.

samment motivé sur chaque chef de demande et n'enlève pas tout droit de surveillance aux deux époux (1). Sa décision est souveraine quant au choix du gardien fait pour le plus grand profit de l'enfant (2). Elle s'applique ou à toute la durée de la garde ou à une période moins longue, avec réserve pour les juges du droit de régler à nouveau la question lorsque l'enfant aura atteint l'âge indiqué ; même au premier cas d'ailleurs, elle est toujours réformable à la demande des époux, de la famille ou du ministère public, eut-elle été prise par suite d'un accord entre les père et mère, convention essentiellement révocable elle-même (3).

Les autres attributs de la puissance paternelle restent en dehors des prévisions des art. 302 et 303 ; la porte est ouverte cependant à l'ingérence des tribunaux du moment que la volonté de l'un des anciens époux n'a pas sur l'autre une prépondérance incontestée. Sans doute c'est au gardien, désormais titulaire du droit de garde et d'éducation, qu'il appartient, fût-ce un tiers, de choisir un établissement d'instruction pour l'enfant, d'autoriser même son engagement dans l'armée (4); mais les parents pourront critiquer ces mesures et les tribunaux auront le dernier mot sur la question. Ils l'auront encore relativement au droit de correction (qui n'est nullement inséparable du droit de garde, l'art. 381 le

---

(1) Cass. 19 novembre 1886, *Pand. fr.*, 89, 1, 271.

(2) Paris, 20 octobre 1886, D. 88, 2, 101.

(3) Cass. 4 juillet 1893, D. 94, 1, 23; *sic* Orléans, 8 janvier 1885, D. 86, 2, 83; Paris, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211. Le tribunal apprécie souverainement les motifs invoqués à l'appui d'une demande de modification (Cass. 24 déc. 1886, *Gaz. du pal.* 86, 2, 244 ; Paris, 26 juillet 1887, D. 88, 2, 64). Sauf le cas d'extrême urgence (Paris, 17 sept. 1886, *Gaz. des trib.* 19 sept.), le juge des référés est incompétent sur ce point, dont la connaissance est réservée au tribunal qui a prononcé le divorce (Orléans, 8 janvier 1885, précité). En tous cas, l'effet des décisions relatives à la garde de l'enfant cesse s'il vient à mourir ; toutes les questions relatives à sa sépulture doivent notamment, s'il y a dissentiment entre les parents, être réglées comme s'il n'y avait pas eu de divorce. (Trib. Chartres, 27 mars 1890. Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*. t. III, p. 471.)

(4) Chambéry, 15 novembre 1887, *Moniteur de Lyon*, 14 décembre 1887 ; Trib. Seine, 29 octobre 1886, *Gaz. du pal.* 86, 2, 650.

prouve), à la faculté d'émanciper l'enfant ou de consentir à son mariage. Les décisions judiciaires admettent en effet, les unes que le jugement de divorce qui attribue l'enfant à la mère confère à cette dernière un mandat général pour agir à l'égard du mineur sous le contrôle des magistrats comme si le mari était mort (1), les autres que le droit d'émancipation reste bien aux mains du père mais sous réserve d'une opposition de la part de la mère dans l'intérêt de l'enfant et de la faculté pour les juges d'en restreindre les effets (2). Si donc en principe les droits de garde et d'éducation sont seuls susceptibles d'être enlevés au père divorcé, pratiquement et par la force des choses les tribunaux ont à intervenir dans tous les conflits entre les anciens époux relativement à l'exercice de la puissance paternelle.

Mais ce n'est pas uniquement au cas de divorce que la théorie, fondement des articles 302 et 303 du Code civil, a reçu son application. Ces textes constituent la base étroite sur laquelle s'est appuyée une jurisprudence quelque peu arbitraire. Ses décisions en effet sur les limitations du droit de garde s'il y a abus dans son exercice excèdent de beaucoup leur point de départ ; leur ensemble serait justement comparé à une pyramide renversée et se résume en cette affirmation prétorienne déjà signalée : *l'exercice du droit de garde et d'éducation peut être restreint aux mains du père quand il devient abusif et compromet la santé ou la moralité de l'enfant.*

2° *Séparation de corps.* — Sans hésitation d'abord, on a étendu à la séparation de corps les règles écrites pour le divorce et, toute fondée en raison que fut cette pratique puisque dans les deux cas se rencontre la situation de fait à laquelle les art. 267 et 302 C. civ. ont pour but de porter remède, l'assimilation est hardie de la part du juge tenu de se renfermer strictement dans les termes de la loi.

(1) Paris, 15 décembre 1886, *Pand. fr.*, 87, 2, 75.

(2) Trib. Seine, 12 juin 1891, *Droit*, 1er juillet 91. *Sic*, en matière de séparation de corps, Cass. 4 avril 1865, D. 65, 1, 387.

Passe encore pour l'extension de l'article 267 avant même que la loi du 18 avril 1886, modifiant les art. 238 et 307 du Code, ait rendu communes à la séparation de corps les règles relatives à la garde provisoire des enfants pendant l'instance en divorce : on s'accordait en effet, vu le laconisme du chapitre consacré à la séparation, à transporter en cette matière tous les textes écrits pour l'hypothèse du divorce qui ne se rattachaient pas à l'idée de dissolution du mariage. Mais il n'en va pas de même pour l'art. 302 dont la raison d'être est précisément la rupture du lien conjugal ; comme la séparation de corps au contraire laisse subsister le mariage, l'identité de besoins en fait semble insuffisante pour permettre d'enlever au père séparé l'exercice de la puissance que lui confère l'art. 373. On n'a pas affaibli l'argument en disant que la séparation de corps, divorce des catholiques, doit lui être assimilée au point de vue des garanties pour l'enfant: très exacte en législation, cette objection tombe du moment que la loi positive n'en a tenu compte, ni en 1804, ni en 1884 et 1886. Au contraire, les nouveaux textes condamnent formellement l'extension de l'art. 302 à la séparation de corps, car ledit article ne figure pas parmi ceux du chapitre du divorce dont l'application à la séparation est expressément autorisée et en dehors desquels les règles du chapitre IV doivent dorénavant se suffire à elles-mêmes. L'article 240, il est vrai, relatif à la garde des enfants pendant l'instance, est commun aux deux chapitres, mais l'on ne peut sans arbitraire en tirer une solution identique pour l'article 302, car les deux textes sont profondément distincts (1). Il y a un monde, ce nous semble, entre des dispositions dont l'exécution portera nécessairement sur une période très courte et celles prises par le jugement définitif qui, pour révocables qu'elles sont, dureront en fait jusqu'à la majorité de l'enfant ou tout au moins pendant un temps indéterminé. Nous ne som-

(1) *Contra* cependant Leloir, t. I, n° 334, d'après lequel les deux articles font corps, les mesures prises pour la garde de l'enfant étant toujours, même dans le jugement définitif, provisoires et révocables.

mes pas davantage ébranlés par la considération du grave danger que notre théorie peut susciter pour l'enfant, danger accru encore, nous le verrons, par la rédaction défectueuse de la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance paternelle (1) : c'est là un nouveau motif de critiquer le législateur qui, pas plus en 1889 qu'en 1886, n'a su parfaire son œuvre de réforme ; mais l'interprète peut indiquer ces erreurs, non les rectifier. Nous ne voyons donc d'autre fondement à la théorie étendant l'art. 302 à la séparation de corps qu'une pratique traditionnelle et équitable sans justification possible dans les textes (2). Mais la jurisprudence est unanime pour l'adopter (3).

En cette nouvelle hypothèse, les tribunaux confient donc encore souverainement la garde de l'enfant, au mieux de ses intérêts, soit à la mère quand son jeune âge exige des soins particuliers, que la séparation ait été prononcée au profit d'elle (4) ou même contre elle (5), soit à un tiers, un ascendant par exemple, fût-il le parent de celui des époux qui a succombé au procès (6). Les juges peuvent aussi ordonner le placement de l'enfant dans un établissement d'éducation, avec faculté réglementée pour chaque parent ou pour l'un d'eux

(1) Cette loi n'autorise plus les tribunaux à dépouiller les parents du droit de garde *principaliter* et sans prononcer leur déchéance totale, tel est du moins notre sentiment. Il faudra donc parfois maintenir au profit du père séparé de corps la garde de ses enfants, si préjudiciable que puisse être pour eux cette solution.

(2) *Confer* Demante, t. II, n° 31 *bis*, II ; Aubry et Rau, t. V, § 494, note 13. *Contra* Laurent, t. III, n° 350 ; Vraye et Godc, t. II, n° 822.

(3) Voir notamment : Cass. 9 juin 1857, D. 57, 1, 401 ; 11 mai 1858, D. 58, 1, 285 ; 30 mars 1859, D. 59, 1, 466 ; 19 février 1861, D. 61, 1, 430 ; 29 avril 1862, D. 62, 1, 515 ; 3 et 4 avril 1865, D. 65, 1, 386, 387 ; 22 janvier 1867, D. 67, 1, 333 ; 18 mars 1868, D. 68, 1, 420 ; 29 juin 1868, D. 71, 5, 352 ; 2 décembre 1873, D. 74, 1, 433 ; 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471 ; 23 février 1881, D. 81, 1, 344 ; 1er août 1883, D. 85, 1, 206 ; 16 juillet 1888, D. 89, 1, 456.

(4) Cass. 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471 ; 1er août 1883, D. 85, 1, 206 ; Paris, 7 août 1876, D. 78, 2, 125.

(5) Cass. 21 janvier 1867, D. 67, 1, 333 ; 3 février 1880, D. 80, 1, 341 ; Paris, 20 octobre 1886, D. 88, 2, 101.

(6) Cass. 16 juillet 1888, D. 89, 1, 456 ; Trib. Le Mans, 11 août 1885, *Le Droit*, 15 novembre 1885.

seulement de le faire sortir, de le recevoir à son domicile, ou de le visiter uniquement à certains jours (1). Parfois ils règlent différemment le sort des divers enfants, laissant les uns à la mère, les autres au père, en plaçant enfin quelques-uns (2). Ce droit souverain de disposition appartiendrait au tribunal alors même qu'il y aurait accord entre les père et mère sur les questions de garde et d'éducation; si en effet, en pareil cas, il se borne en général à consacrer cet accord (3), c'est dans l'intérêt de l'enfant et cet argument justifierait l'adoption d'un procédé différent.

Du reste, la jurisprudence insiste sur le caractère essentiellement provisoire et révocable de semblables combinaisons, alors même que ces mesures ont été déclarées applicables jusqu'au mariage, à la majorité de l'enfant ou seulement jusqu'à un certain âge (4). Le tribunal n'a-t-il pas statué sur la garde de l'enfant quand il a prononcé la séparation, il peut être saisi ultérieurement de la question. L'a-t-il résolue au contraire, sa décision est toujours susceptible de modification ou rétractation dans l'intérêt du mineur, soit d'office (art. 240 nouveau), soit à la requête des père et mère, des membres de la famille ou du ministère public (5). Ces modifications, toujours possibles même si la

(1) Cass. 30 mars 1859, D. 59, 1, 466; 3 avril 1865, D. 65, 1, 386. Il est d'usage, mais seulement d'usage, de réserver ce droit de visite aux époux non gardiens. Il n'y aurait d'ailleurs aucun reproche à faire à une décision muette quant à ce en l'absence de conclusions formelles. (Cass. 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471; 16 juillet 1888, D. 89, 1, 456), mais le droit de surveillance existerait néanmoins au profit d'un père non gardien.

(2) Riom, 11 mai 1885, *Gaz. des trib.* 20 août 1885.

(3) Cass. 6 février 1865, D. 65, 1, 215; Trib. Lyon, 10 mars 1866, D. 67, 3, 96. *Sic* Demolombe, t. IV, n° 511 *bis*; Leloir, *op. cit.*, t. I, n° 335.

(4) La fixation du délai pendant lequel les mesures seront applicables est parfaitement licite (Cass. 29 avril 1862, D. 62, 1, 315; 4 avril 1865, D. 65, 1, 387; 18 mars 1868, D. 68, 1, 420.) Quel est le tribunal compétent pour statuer sur la garde de l'enfant à l'expiration du délai fixé? Il y a controverse. Celui qui a prononcé la séparation : Cass. 25 août 1884, D. 85, 1, 206; Dijon, 11 avril 1866, D. 66, 2, 100. Le tribunal du domicile du défendeur : Nancy, 26 juillet 1884, D. 86, 2, 83.

(5) Cass. 9 juin 1857, D. 57, 1, 401; 22 janvier 1867, D. 67, 1, 333; 18 mars

décision primitive a sanctionné un accord intervenu entre les parties (1), sont motivées par les changements survenus dans la situation de l'enfant ou dans celle de ses parents, ainsi l'inconduite notoire de la mère lui fera retirer le droit de visite (2), et les juges ont un pouvoir souverain pour apprécier lesdits motifs. Les mesures ainsi prescrites, à quelque moment qu'elles le soient, sont exécutoires contre toutes personnes *manu militari*. Les parents tentés de s'y soustraire sont condamnés à des dommages-intérêts calculés par jour de retard (3) ; les tribunaux ont été parfois jusqu'à ordonner la saisie des revenus. L'époux gardien a toute liberté dans le choix d'une résidence pour lui et sa famille à la condition de n'en pas user uniquement dans le but de soustraire les enfants aux visites ou au contrôle de son conjoint (4).

En résumé, au cas de séparation de corps, la jurisprudence, par analogie des règles du divorce, a admis deux principes qui nous paraissent contestables : 1° les tribunaux attribuent souverainement la garde du mineur et les droits qui en dépendent au mieux des intérêts de ce dernier ; 2° tout membre de la famille peut saisir les juges de la question tant au cours de l'instance en séparation que plus tard pour faire modifier la décision primitive. D'ailleurs, abstraction faite du droit de garde, comme le mariage n'est pas dissous, le jugement ne peut enlever au père aucune des autres prérogatives de

---

1868, D. 68, 1, 420 ; 1er août 1883, D. 85, 1, 206 ; 25 août 1884, D. 85, 1, 206; Paris, 7 août 1876, D. 78, 1, 125 ; Chambéry, 20 février 1882, *Gaz. du pal.*, 82, 2, 466. *Sic* Demolombe, t. IV, n° 511 ; Aubry et Rau, t. V, § 494, note 16 ; Laurent, t. III, n° 255 ; Leloir, t. I, n° 338. Il n'est pas possible de recourir en cassation, à cause de son caractère provisoire, contre le chef d'un jugement qui rejette les conclusions par lesquelles un père, non constitué gardien de sa fille, demandait à être autorisé à la voir dans des lieux déterminés (Cass. 19 février 1861, D. 61, 1, 430).

(1) Cass. 6 février 1865, D. 65, 1, 215 ; Gand, 8 mai 1869.

(2) Alger, 31 décembre 1888, *Rev. d'Alger*, 1889, p. 81.

(3) Cass. 25 mars 1857, D. 57, 1, 213 ; 4 avril 1865, D. 65, 1, 387 ; 18 mars 1878, D. 78, 1, 201 ; 10 juin 1879, D. 80, 1, 418 ; Paris, 13 février 1877, D. 78, 2, 125; Chambéry, 15 novembre 1877, *Moniteur de Lyon* du 14 décembre 1887.

(4) Cass. 29 avril 1862, D. 62, 1, 515 ; Paris, 12 avril 1856, D. 57, 2, 2.

la puissance paternelle, par exemple les droits de correction, de consentement au mariage (1), de surveillance sur l'éducation des enfants (2) et, en principe au moins, d'émancipation (3). Cependant la Cour suprême a, sinon supprimé, du moins limité cette dernière faculté en autorisant d'une part la mère à faire opposition à la mesure, et d'autre part les tribunaux à restreindre les effets de l'émancipation quand elle a pour but évident de mettre un terme à la situation créée par le jugement de séparation. Un père avait émancipé ses filles mineures placées par la justice dans un couvent où leurs parents avaient seulement le droit de les visiter ; la Cour suprême a déclaré l'émancipation valable sans doute, mais susceptible de produire seulement « ceux de ses effets légaux non contraires à ce qui avait été précédemment ordonné par la justice (4). »

Quel est, au point de vue de la puissance paternelle, l'effet du jugement de conversion d'une séparation de corps en divorce ? Il s'agit alors, non d'un incident relatif à l'exécution de la première décision, mais d'une demande nouvelle qui peut être formée par l'un ou l'autre des deux époux. Si le jugement de conversion est muet quant à la garde des enfants, la décision prise antérieurement sur ce point conserve évidemment toute sa force. Mais ce jugement peut-il bien modifier les mesures prises naguère à ce sujet ? L'affaire est en effet instruite en chambre du conseil et seule la décision du tribunal (5) est prononcée en audience publique. Dans le sens de la négative, on a fait remarquer que la

(1) Trib. Seine, 15 juin 1876, D. 77, 3, 92.

(2) Cass. 9 juin 1857, D. 57, 1, 401 ; 29 juin 1868, D. 71, 5, 352 ; Lyon, 10 mars 1866, D. 67, 3, 96.

(3) Cass. 4 avril 1865, D. 65, 1, 387 ; Paris, 5 juillet 1853, D. 54, 2, 67 ; Rouen, 12 juin 1866, D. Suppl. *Répertoire*, V° Puissance paternelle, n° 309.

(4) Cass. 4 avril 1865 précité. *Sic* Demolombe, t. VI, n° 405 ; Aubry et Rau, t. V, § 594, note 15 ; Laurent, t. V, n° 199 ; Bernard, p. 213.

(5) Il faut d'abord le supposer compétent sur la question. Or le tribunal du domicile du défendeur qui connaîtra de la conversion peut n'être pas celui qui a prononcé la séparation de corps.

Chambre du conseil, en sa qualité de juridiction exceptionnelle, doit se renfermer dans la délégation à elle faite par l'art. 310 ; la question serait donc portée devant le tribunal siégeant en audience publique et suivant la procédure ordinaire (1). Mais la jurisprudence la plus récente se prononce pour l'affirmative. Pourquoi deux instances, dont l'une publique, là où une seule suffit ; n'est-ce pas augmenter les occasions de scandale ? Si d'ailleurs la Chambre du conseil est appelée par la loi à statuer sur la question d'état des époux, a *fortiori* elle est compétente pour connaître des conséquences accessoires de cette question et pour prescrire des mesures essentiellement provisoires (2).

3° *Séparation de fait. Epoux survivant.* — La jurisprudence n'a pas limité exclusivement son action aux cas où elle pouvait invoquer un texte au moins par analogie ; son contrôle s'est étendu à d'autres hypothèses où ne se trouvaient pour l'étayer que des principes d'équité vagues et généraux. L'intervention des magistrats semble indiquée là où la puissance paternelle s'exerce dans des conditions anormales. Aussi certains arrêts, motivés par l'intérêt de l'enfant et l'abus reprochable au père de son autorité, ont-ils confié la garde d'un mineur à la mère séparée de fait d'avec son mari, bien qu'une telle situation, non reconnue par la loi, laissât intacte la règle de l'art. 373, C. civ. (3).

Même liberté d'allures en cas de dissolution du mariage par la mort d'un des époux. Quand le survivant est investi de la tutelle et ne se remarie pas, les réclamations du conseil de

---

(1) Aix, 22 avril 1885, D. 86, 2, 84, et 22 juillet 1890, *Gaz. du pal.*, 90, 2, 373 ; Trib. Marseille, 21 novembre 1884, *Fr. jud.*, IX, 126 ; Trib. Mâcon, 25 novembre 1884, *Gaz. du pal.* 85, 1, 134. *Sic* Goirand, p. 98 ; Faivre et Coulon, p. 500.

(2) Trib. Marseille, 27 décembre 1889, la *Loi* 21 février 1890. *Sic* implicitement Cass. 24 novembre 1886, *Bull. civ.* 240 ; 4 février 1889, D. 89, 1, 250 ; 10 mars 1891, la *Loi* 28 avril 1891. Coulon, *Revue du divorce*, 1888, p. 187 ; Leloir, t. I, n° 369.

(3) Paris, 10 juillet 1855, S. 55, 2, 677 ; Alger, 27 juin 1864, S. 64, 2, 288. *Sic* Demolombe, t. IV, n° 371 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, p. 77.

famille contre ceux de ses actes qui rentrent dans l'exercice de la puissance paternelle ont été assez rarement formulées, plus rarement encore écoutées (1). Mais il en est autrement si le survivant se remarie ou s'il a été écarté ou destitué des fonctions de tuteur. Certes, en droit, le père, en cette qualité et quoique non tuteur, ne dépend pas du subrogé tuteur et du conseil de famille. Cependant, en fait, la situation est autre que pendant le mariage, cela est certain : faute de contrepoids au moins moral, fruit de l'influence de la mère, l'autorité paternelle deviendra plus facilement oppressive ; de plus, le père a-t-il été destitué ou exclu de la tutelle, il y a un préjugé défavorable contre lui ; est-il remarié, il y a lieu de redouter pour l'enfant du premier lit l'influence hostile de la seconde épouse. D'autre part, en pareille occurrence, les occasions pour la justice d'intervenir sont multipliées : entre les diverses autorités en présence, père survivant, tuteur, conseil de famille, trop souvent portées à empiéter les unes sur les attributions des autres dans un champ d'action commun et divisées par des questions d'intérêt, les rencontres sont fatales, les conflits fréquents, au détriment du mineur que toutes devraient protéger ; en dernière analyse la justice est saisie. Ainsi provoquée, elle se reconnaît un pouvoir presque absolu de décision, même pour modérer ou restreindre les prérogatives de l'autorité paternelle, à la demande du mineur lui-même, du subrogé tuteur ou d'un membre du conseil de famille, ou encore du ministère public. C'est toujours à l'élément dangereux, au droit de garde et d'éducation, qu'elle s'attaque ; elle en prive, le cas échéant, le parent survivant et règle souverainement, quant au lieu et quant au temps, les communications désormais possibles entre lui et son enfant (2).

---

(1) Trib. Lyon, 3 février 1887, *Moniteur de Lyon*, 25 février 1887. Dans le même sens: Rennes, 24 février 1883, et Trib. Seine, 13 septembre 1872 D. Supplément au *Répertoire*, V° Puissance paternelle, n° 24.

(2) La jurisprudence est unanime et approuvée par les auteurs. Voir, notamment : Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 290 ; 15 mars 1861, D. 64, 1, 301 ;

Un seul jugement proteste contre cette théorie : « Les » droits qui dérivent de la puissance paternelle, dit son » texte, sont antérieurs à toute législation et ont leur source » dans la nature ; un intérêt d'ordre public qui doit dominer » tous les intérêts privés s'oppose à ce qu'il soit porté atteinte » à une institution que le législateur n'a pas établie, mais » qu'il ne fait que consacrer (1). » Paroles dans le désert, décision isolée. Le père survivant est judiciairement privé de la garde et de la direction de ses enfants mineurs non seulement quand il s'est rendu coupable envers eux d'un de ces attentats monstrueux que le législateur n'a pas dû prévoir (2), mais encore quand on lui reproche de mauvais traitements (3) ou une inconduite notoire sans distinguer s'il a été, à raison de ces faits, exclu ou destitué de la tutelle ou s'il l'a refusée (4). Encore ici, remarquons-le, la sécurité et la moralité de l'enfant sont en jeu ; mais les magistrats ont été jusqu'à contrôler les procédés d'éducation employés à l'égard de l'enfant et certains jugements n'ont pas hésité à lui assigner une résidence distincte de la maison paternelle par ce motif qu'en l'espèce, le père est dans l'impossibilité, au point de vue physique et moral, de lui donner les soins réclamés par son état de santé (5). Théoriquement donc, les tribunaux reconnaissent que rien, même la destitution de la tutelle pour cause d'inconduite, ne fait perdre au survivant des époux les droits attachés à son titre de parent (6); en fait cepen-

---

27 janvier 1879, D. 79, 1, 223; Paris, 9 mars 1854, D. 55, 2, 247. Demolombe t. IV, nos 386-390; Aubry et Rau, t. VI, §§ 547, 550, p. 72, 82 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 117 *bis*, I ; Bourcart, *France judiciaire*, 82-83, 1re part., p. 505. — *Contra* Laurent, t. IV, nos 263, 265, 268.

(1) Trib. Le Puy, 10 décembre 1869, D. 70, 3, 64. *Sic* Laurent t. IV, n° 291.

(2) Bordeaux, 13 août 1860, D. 61, 2, 92.

(3) Caen, 31 décembre 1811, S. chr.; Nancy, 25 janvier 1873, D. 73, 2, 11.

(4) Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 290 ; 15 mars 1864, D. 64,1, 301 ; 27 janvier 1879, D. 79, 1, 223 ; Douai, 27 février 1888, *Pand. fr.*, 88, 2, 151. — *Sic* Demolombe, t. IV, nos 378, 386-394 ; Aubry et Rau, t. VI, § 551, notes 6, 14.

(5) Caen, 27 juillet 1875 et Cass. 2 août 1876, D. 77, 1, 61 ; Trib. Seine, 15 décembre 1869, D. 69, 3, 104.

(6) Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 290 ; 15 mars 1864, D. 64, 1, 301 ;

dant, l'intérêt de l'enfant suffit, quelquefois même, nous venons de le dire, sans abus d'autorité de la part du père, pour permettre d'en détacher le principal et le plus effectif attribut.

Et cet intérêt de l'enfant a fait parfois prévaloir, en ce qui concerne sa personne, les prétentions d'un tiers sur les droits du survivant des époux. Seul le père survivant, même non investi de la tutelle, conserve le droit d'émancipation(1), mais il l'exerce sous le contrôle du tribunal libre d'annuler la décision paternelle si elle est préjudiciable à l'enfant, si elle n'a eu d'autre but que d'éluder l'exclusion de la tutelle dont le père avait été frappé par la famille ou la justice (2). De même quand, sur un jugement de séparation de corps entre deux conjoints, la garde des enfants à été remise à un tiers, celui-ci peut, à la mort d'un des époux séparés et en présence d'une revendication de l'enfant par le survivant, demander à être maintenu dans ses fonctions par la justice, s'il a des reproches sérieux, d'immoralité par exemple, à alléguer contre le réclamant. La Cour de Paris avait été en pareil cas jusqu'à déclarer la demande du survivant irrecevable *a priori*, les effets du jugement de séparation quant à la garde des enfants persistant après dissolution du mariage par décès (3). Son arrêt a été cassé; mais ce n'est pas que la Cour suprême ait entendu dénier aux juges la possibilité de disposer à nouveau du droit de garde, elle s'est seulement fondée, avec une très grande force d'ailleurs, sur ce que « le droit de garde reconnu à une tierce personne en vertu de l'art. 302 s'évanouit avec la séparation elle-même »: l'arrêt de Paris exclusivement fondé sur l'application de l'art. 302 à

Paris, 9 mars 1854, D. 55, 2, 247; Poitiers, 21 juillet 1890, D.91, 2, 73, et la note de M. de Loynes.

(1) Caen, 9 juillet 1850, D. 52, 5, 231 ; Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 290. vembre 1886, *Gaz. du pal.*, 86, 2, 72. *Sic* Demolombe, t. VI, n° 405, et t. VIII, nos 201 et suivants ; Aubry et Rau, t. I, § 129, notes 8 et 9, t. VI, § 551, note 7 ; Laurent, t. V, nos 199, 200 ; Chardon, t. II, n° 177 ; Bernard, p. 214; Leloir, t. I, n° 342.

(2) Bordeaux, 7 janvier 1852, D. 52, 2, 200 ; Trib. Seine, 14 mai et 12 no-

(3) Paris, 7 juillet 1882, S. 83, 2, 219, D. 83, 2, 145. — *Sic* Trib. Seine 13 septembre 1872.

l'espèce manquait donc de base légale (1). Enfin le droit du parent survivant a été limité par des droits contraires attribués par la jurisprudence, non sans un certain arbitraire, à d'autres personnes, aux ascendants notamment ; nous y reviendrons bientôt.

4° *Situation normale : époux menant la vie commune.* — Reste une situation à envisager. Nous avons dit avec quel soin les Parlements s'étaient autrefois abstenus d'intervenir dans les rapports de parents à enfants toutes les fois que les époux menaient la vie commune; c'est à ceux-ci, dit Merlin(2), « qu'appartient l'éducation par le droit de nature et il est sans exemple qu'on ait entrepris de les en priver ». Une telle mesure semble *a fortiori* inadmissible depuis que les tribunaux modernes ont des pouvoirs plus limités que les anciens Parlements : aussi M. Faustin-Adolphe Hélie déclarait-il, en 1883, que la jurisprudence ne l'avait jamais sanctionnée (3). Cette affirmation n'est vraie qu'à charge d'interprétation. Sans doute les juges n'ont jamais, hors les cas légaux, prononcé la déchéance de la puissance paternelle ; mais ils se sont crus autorisés à la limiter dans son attribut le plus essentiel, le droit de garde, et, s'ils se sont abstenus généralement de le faire pendant le mariage et la cohabitation des époux, ils ont parfois cependant désigné un tiers comme gardien de l'enfant. La puissance paternelle ne peut être absolue et sans contrôle, elle doit céder quand l'intérêt de l'enfant est en jeu (4). De plus, dans l'hypothèse où le père a été condamné en vertu de l'art. 334 C. pén. et partant partiellement déchu de son autorité; la jurisprudence, par une pratique législa-

(1) Cass. 13 août 1884, D. 85, 1, 40. La Cour de Poitiers s'est prononcée aussi en ce sens (21 juillet 1890, D. 91, 2, 73, note de M. de Loynes) et a déclaré applicables, en pareil cas, les art. 372 et suivants C. civ. en invoquant cet argument que, depuis la loi du 24 juillet 1889, le droit de garde ne peut pas être enlevé *principaliter* au père de famille.

(2) *Répertoire*, V° Education, § 1, n° 1.

(3) Note, D. 83, 2, 145.

(4) Bordeaux, 27 février 1874, S. 74, 2, 216 ; Trib. Seine, 15 décembre 1869, D. 69, 3, 104.

tivement consacrée depuis peu par l'article 9 de la loi du 24 juillet 1889, assignait quelquefois à l'enfant une résidence autre que la maison paternelle et le soustrayait ainsi à la garde de la mère dans la crainte qu'en fait le père continuât à exercer l'autorité au mépris de la décision rendue contre lui (1).

Surtout le contrôle de l'épouse, que les textes semblent bien considérer comme exclusivement moral, est devenu effectif; une action le sanctionne. La mère est toujours autorisée à agir en justice au nom de son enfant, en invoquant l'art. 203 C. Civ., pour obliger le père à remplir le devoir d'éducation que son mariage lui a fait assumer. Ainsi, même avant la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire obligatoire, une femme mariée eût certainement obtenu de la justice, malgré la résistance de son mari, l'autorisation de faire donner aux enfants communs une instruction conforme à leur position sociale (2). Le refus du père de faire baptiser son fils après avoir simulé au moment de l'union conjugale des sentiments religieux permettrait à la mère tout d'abord de demander pour ce fait sa séparation de corps (3), puis encore de faire enlever au père la garde de l'enfant. De même elle a été admise, au cas où son union avait été consacrée par un prêtre catholique et son enfant baptisé d'après le rite romain, à faire procéder, malgré l'opposition de son mari, aux obsèques dudit enfant conformément aux usages et aux cérémonies de ce culte (4).

Pour justifiées que paraissent en fait ces décisions, elles

(1) Roussel, rapport au Sénat; rapport de la Commission de la chancellerie, *Bull. pris.* 1881, p. 904, 905. *Sic* Charmont, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1891, p. 514.

(2) *Sic* Glasson, *Eléments de droit français*, n° 72. — *Contra* Bressoles, *Loi civile et droits naturels de famille*, *Rec. acad. législ.* Toulouse, an. 1873, p. 142, 143.

(3) M. Bressoles, *op. et loc. cit.*, cite en ce sens un arrêt de Lyon du 25 mars 1873, D. 75, 5, 445, approuvé par Fuzier-Herman, n° 49. M. Leloir, t. 1, n° 93, critique au contraire cet arrêt comme ayant tourné la loi en prononçant la séparation « pour soustraire l'enfant au droit absolu qu'avait le père de diriger son éducation ».

(4) Trib. Douai (référé), 6 avril 1875, D. 77, 3, 68.

n'en constituent pas moins une atteinte grave aux principes du Code en matière de puissance paternelle. A supposer fondée, ce qui est au moins douteux, nous l'avons montré, la thèse tirant de l'art. 203 C. Civ. l'existence d'un droit de créance au profit de la femme contre son mari quant à l'éducation de l'enfant, la seule sanction possible de ce droit serait à nos yeux la faculté pour la mère de demander le divorce ou la séparation de corps. Telle a été la solution adoptée dans une hypothèse où, sans motifs, le père empêchait sa femme de vivre auprès de leur enfant commun et de le visiter (1).

Enfin si les facultés du père sont altérées sans que, par suite des répugnances de la famille, il soit interdit ou retenu dans une maison d'aliénés, la jurisprudence se réserve toujours le pouvoir d'apprécier s'il est en état d'exercer ses droits. Elle validera ou non en conséquence les actes accomplis alors par la mère en son lieu et place (2).

C. — Décisions rendues entre personnes de statuts personnels différents.

Les tribunaux ne se sentent pas plus gênés par les textes quand le conflit relatif à la puissance paternelle soulève des questions de droit international privé. Y a-t-il procès entre parents et enfants de statuts personnels différents, les uns étant Français, les autres étrangers, les arrêts cherchent bien en principe la solution dans la loi nationale des parents, mais ils tiennent large compte de l'intérêt de l'enfant et aussi d'un prétendu intérêt français dont il nous faut dire un mot.

La Cour de cassation, par application de cette règle, a consacré au profit d'une mère israélite algérienne naturalisée française le droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs demeurés israélites algériens, quoiqu'à compter seu-

(1) Caen, 11 août 1886, *Rec. de Rouen*, 87, 2, 116. *Sic* Chardon, t. II, nos 33, 34; Leloir, t. I, no 299.

(2) Poitiers, 11 mars 1830, D. 30, 2, 178. *Sic* Demolombe, t. III, no 43, et t. VI, nos 297 et suivants.

lement du jour du décret de naturalisation (1). Elle a, dans une autre espèce, fondé une solution semblable, non sur un motif juridique, mais simplement sur ce que l'intérêt français ne doit pas pouvoir être compromis par l'action du législateur étranger : elle a donc attribué à une mère d'origine française la jouissance légale sur les biens de son fils mineur, sujet autrichien, bien que cela soit contraire à la loi autrichienne, parce que « les principes de la souveraineté s'opposent à ce que cette loi puisse prévaloir en France contre la loi française, au préjudice des droits et des intérêts français dont les tribunaux français doivent avant tout assurer la conservation (2) ». Même affirmation d'une thèse aussi hasardée que dangereuse dans un jugement plus récent du tribunal de la Seine : « En présence d'un conflit entre la législation française et une législation étrangère, surtout en un point qui touche à la puissance paternelle c'est-à-dire à l'ordre public, la loi nationale doit prévaloir et les intérêts français doivent être avant tout sauvegardés (3). »

Si le différend met en cause des étrangers seulement, les tribunaux, conformément à une théorie générale, d'ailleurs fort critiquable (4), qu'ils appliquent à toutes les contestations portant sur l'état des personnes, se déclarent incompétents (5), ils statueront néanmoins sur les mesures provisoires à prendre d'urgence. Ainsi la Cour de Paris a privé du droit de garde un père pour en investir au moins provisoirement la mère, « l'intérêt de l'enfant étant le guide souverain (6) ». La même Cour a plus récemment fait triompher, toujours par le même motif, les prétentions d'un tiers simple éducateur

(1) Cass. 14 mars 1877, S. 78, 1, 25 ; Aix, 24 janvier 1878, S. 78, 2, 240.
(2) Cass. 13 janvier 1873, S, 73, 1, 13. *Sic* Valette, sur Proudhon, t. I, p. 85 ; Demolombe, t. I, n° 98. Voir la réfutation dans Huc, t. I, n° 152.
(3) Trib. Seine, 5 avril 1884, *Journal de droit intern. privé*, 1884, p. 521.
(4) Voir Huc, t. I, n° 157 ; Glasson, *Fr. jud.*, 1880-81, 1re partie, p. 241 ; Weiss, p. 788 ; Surville et Arthuis, p. 443 ; Audinet, nos 447 et suivants ; Glasson, note, D. 86, 2, 129.
(5) Notamment Paris, 11 janvier 1859, *Gaz. trib.* 14 janvier 1859.
(6) Paris, 10 juillet 1855, S. 56, 2, 677.

contre les droits des deux époux ; elle a fait application de l'art. 221 du Code civil italien pour conserver la garde d'une jeune Italienne à la personne charitable qui l'avait élevée malgré la revendication des parents (1). Il a été jugé encore que des mesures provisoires peuvent être prises par les tribunaux français relativement à la garde d'enfants étrangers pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps poursuivie à l'étranger entre leurs père et mère (2).

D. — Enfants assistés.

Français ou étrangers d'ailleurs, les enfants devenus, à titre d'enfants assistés, les pupilles de l'administration hospitalière ne peuvent pas, dans la doctrine jurisprudentielle, être réclamés par leurs parents même légitimes sans que l'hospice soit autorisé tant à contester chez le réclamant, par application de l'art. 339 C. Civ., la qualité de parent légitime résultant pour lui d'un acte de légitimation par mariage subséquent (3), qu'à demander le maintien du mineur sous sa tutelle s'il y a de sérieux motifs de juger la remise de l'enfant dangereuse ou inopportune. Encore ici la contestation sera soumise aux tribunaux qui la trancheront au mieux des intérêts du mineur (4).

---

(1) Paris, 2 août 1872, *Journal de droit international privé*, 1874, p. 32.

(2) Trib. Seine, 16 juillet 1886 et 5 janvier 1887, *Revue de la jurisprudence en matière de divorce*, 1887, 10, 45, 245 ; 15 février 1894, et Paris, 26 février 1895, D. 96, 2, 113. Ce dernier arrêt proclame du reste l'intervention des tribunaux français sans objet dès que le tribunal étranger est saisi du débat au fond.

(3) Cass. 17 mai 1870, D. 70, 1, 241 ; Toulouse, 13 mars 1845, D. 45, 2, 144 ; Paris, 25 juillet 1853, D. 54, 2, 269.

(4) Dalloz, *Codes administratifs annotés*, t. II, V° Établissements de bienfaisance, n° 710. *Sic* Lallemand, *op. cit.*, p. 301, et surtout Béquet, *Rép.*, V° Assistance publique, n° 319, d'après lequel la règle de l'art. 372 C. civ. est abrogée dans l'espèce tant par l'art. 444 du même Code que par la loi du 15 pluviôse an XIII, art. 1er. En fait, comme le remarque M. Lallemand, le procès n'a même pas lieu, les parents n'ayant pas les ressources nécessaires et se voyant refuser l'assistance judiciaire pour le soutenir.

§ II. — Respect du aux droits des ascendants.

Jusqu'ici, nous avons vu la jurisprudence s'ingérer dans l'exercice de la puissance paternelle avec l'intérêt moral ou matériel de l'enfant pour mobile unique et afin de combattre des abus caractérisés. Indiquons désormais une seconde exception apportée par elle au caractère absolu du droit paternel, alors même que la santé ou la moralité du mineur n'est pas en péril : elle se fonde encore, mais d'une façon quelque peu indirecte, sur son intérêt et s'appuie surtout sur l'existence au profit des ascendants de prérogatives naturelles qui viennent limiter celles du père.

Si, de principe certain, le titulaire de la puissance paternelle choisit librement, nonobstant toute opposition, le mode d'éducation du mineur et les personnes, fissent-elles partie de la famille (1), avec lesquelles il entretiendra des relations, la règle est modifiée, disent les arrêts, principalement en cas de dissolution du mariage par le décès d'un époux, à l'égard des ascendants. Soit donc un homme marié ou veuf ayant un fils, il ne peut interdire toute relation entre ce dernier et ses aïeuls ou aïeules : ce serait en effet l'empêcher de s'acquitter envers ceux-ci d'un de ses principaux devoirs, car l'art. 371 C. Civ. est considéré comme imposant à l'enfant un devoir d'honneur et de respect vis-à-vis de tous ses ascendants. Bien évidemment, car c'eût été aller directement à l'encontre des textes, les tribunaux n'ont pas prétendu associer les ascendants à l'exercice de l'autorité paternelle, leur permettre par exemple de contrecarrer la volonté d'un père, fût-il veuf ou même remarié, quant au choix d'un établissement d'éducation pour le mineur ou des relations à lui permettre avec des tiers ; ils ne l'ont pas fait toutes les fois du moins qu'il n'y avait pas nécessité absolue, toutes les fois que la santé ou la moralité de l'enfant n'était pas en jeu : l'autorité du père reste ici souveraine. Mais, en même temps, ils déclarent légi-

(1) Trib. Seine, 8 août 1885, *Gaz. pal.*, 86, 1, 32, supplément.

time, comme fondée tant sur le droit naturel que sur la législation positive, la prétention des ascendants de voir leurs petits enfants, alors du reste qu'on ne peut mettre en doute leur honorabilité et leur affection. « Il y a des devoirs ou des convenances morales qui doivent être respectés (1) », les magistrats en sont les gardiens nés.

Quelques rares arrêts ont, il est vrai, soutenu qu'en l'état actuel de notre législation, une pareille thèse était arbitraire. Ils ont donc reconnu au père pendant le mariage et, plus tard, au survivant des époux, même remarié, la faculté d'interdire, même sans donner de motifs, toute relation entre son fils et les grands parents de celui-ci : « les enfants n'appartiennent qu'au père ; en droit les aïeuls n'ont aucune autorité, aucun droit sur leur personne (2). » Dure est la formule, mais vraie la doctrine, car on chercherait vainement dans notre législation, avant 1889, un texte attribuant aux ascendants une action ou du moins une prérogative quelconque grâce à laquelle ils pussent essayer de contrebalancer l'autorité du père. Jusqu'à la loi du 24 juillet 1889, les aïeuls paraissent être absolument écartés de l'exercice de la puissance paternelle ; nulle part ils ne sont visés expressément dans le titre IX du Code civil où l'obligation morale de respect et d'honneur n'est elle-même formulée qu'à l'égard des parents. Serait-ce l'effet d'un oubli, ou plutôt le législateur n'a-t-il pas refusé tout droit aux ascendants contre le père par ce motif que trop souvent « l'intervention des tribunaux aurait pour résultat de rendre les dissentiments de la famille plus profonds en les livrant à la publicité (3)? » L'idée est certes contestable et ce n'est guère un moyen de développer l'esprit de famille que de permettre au caprice d'un seul de rompre tout lien entre grands parents et descendants. Mais en définitive la loi est muette ou plutôt

(1) Cass. 8 juillet 1857, D. 57, 1, 273.

(2) Bordeaux, 13 août 1860, D. 61, 2, 92. *Sic* Paris, 21 avril 1853, D. 54, 5, 622; Montpellier, 17 février 1855, D. 57, 1, 273; Bordeaux, 16 juillet 1867, D. 68, 5, 340. Laurent, t. IV, nos 268, 269.

(3) Bordeaux, 13 août 1860, D. 61, 2, 92. *Sic* Bordeaux, 16 juillet 1867, D. 68, 5, 340.

elle se contente de consacrer les seuls pouvoirs du père: or, si pour réglementer le conflit entre parents et ascendants un texte eût été fort utile, il était, semble-t-il, indispensable pour rendre ce conflit possible.

N'en trouvant pas, la jurisprudence n'en sanctionne pas moins la prétention des grands parents ; il existe en effet, dit-elle, entre eux et leurs petits-enfants « des droits et des devoirs réciproques, moraux et civils, qui ont leur source dans la nature et leur sanction dans la loi (1). » Les relations par correspondance et par visites entre les uns et les autres continueront donc malgré même la volonté du père, et il appartient à la justice au besoin d'en régler le mode d'exercice (2). Seulement dans quelles limites se tenir et comment concilier les droits restreints et dans une large mesure arbitraires des ascendants avec les attributions beaucoup plus énergiques et plus étendues, beaucoup plus certaines aussi, du père de famille ? Sur ce point la Cour de cassation observe des nuances fort délicates qu'elle s'efforce d'ériger en théorie ; mais, chose facilement explicable pour une thèse dépourvue de base juridique, elle ne peut arriver à la faire triompher auprès des juges du fait enclins à réduire davantage encore les pouvoirs du père. D'après la Chambre civile, il faut distinguer le droit de garde dont, « hors les cas déterminés par la loi, le juge ne saurait, sans porter atteinte à son droit absolu, dessaisir même momentanément l'autorité du père », et le droit de visite qui seul appartient à l'aïeul (3). Celui-ci peut donc continuer à voir l'enfant, il

---

(1) Cass. 12 juillet 1870, D. 71, 1, 218 ; 28 juillet 1891, D. 92, 1, 70.

(2) Cass. 8 juillet 1857, D. 57, 1, 273 ; 12 et 26 juillet 1870, D. 71, 1, 217, 218; 28 juillet 1891, S. 91, 1, 385; 12 février 94, D. 94, 1, 218; Paris, 22 septembre 1853, D. 56, 2, 83 ; Paris, 27 juin 1867, D. 67, 5, 348 ; Nancy, 28 mai 1868, D. 68, 2, 176 ; Paris, 14 août 1869, D. 69, 2, 238 ; Bourges, 8 décembre 1884, D. 86, 2, 78 ; Paris, 2 juillet 1885, S. 85, 2, 156 ; Lyon, 27 mars 1886, D. 87, 2, 155 ; Agen, 6 novembre 1889, D. 90, 2, 25 ; Aix, 12 novembre 1890, S. 91, 2, 25 ; Paris, 26 février 1892, D. 92, 2, 311, et 24 juin 1892, D. 93, 2, 81. *Sic* Demolombe, t. VI, n° 395 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550, note 26.

(3) Cass. 26 juillet 1870, D. 71, 1, 217, S. 71, 1, 28 ; 28 juillet 1891 et 12 fé-

le visitera soit au domicile paternel, soit dans une maison tierce ou dans l'établissement d'éducation choisi par le père aux jours et heures fixés par le tribunal (1); en principe il ne saurait exiger davantage, mais la règle cède à titre exceptionnel lorsque surtout son âge ou ses infirmités lui rendent les déplacements difficiles, les tribunaux ordonneront alors que l'enfant sera conduit chez son aïeul par le père, ou par une personne de son choix (2). En revanche, jamais la présence du mineur chez l'ascendant ne devra dégénérer en séjour véritable, en cohabitation plus ou moins prolongée : il en résulterait une immixtion injustifiée dans l'œuvre de l'éducation réservée au père, ce serait une véritable atteinte aux droits de celui-ci (3).

Rien de plus ingénieux et de plus équitable à la fois que cette réglementation limitative des obligations et des droits réciproques de chacun ; mais, faute de base légale, elle présente quelque chose d'arbitraire et de factice. Aussi n'est-elle pas adoptée universellement, sans tempéraments du moins ; il n'y a même pas complète unité de doctrine entre la chambre des requêtes et la chambre civile de la Cour suprême. Sans la répudier encore, on discute le point de savoir si le père peut exiger que les entrevues entre aïeuls et petits-enfants aient lieu en sa présence ou devant son mandataire. La réponse affirmative, admise de préférence jusqu'à ces derniers temps (4), semble moins en faveur : une telle exigence, constituant une marque de défiance et de suspicion blessante, ne saurait, sauf circonstances spéciales, être approuvée par les juges quand l'honorabilité des aïeuls est incontestée

vrier 1894, précités. En ce sens Bourges, 8 décembre 1884, Paris, 2 juillet 1885, Agen, 6 novembre 1889, précités.

(1) Cass. 8 juillet 1857, 26 juillet 1870, 12 février 1894 ; Paris, 22 septembre 1853; Agen, 6 novembre 1889 ; Paris, 26 février 1892, précités.

(2-3) Cass. 28 juillet 1891, 12 février 1894 ; Nancy, 28 mai 1868 ; Bourges, 8 décembre 1884 ; Paris, 2 juillet 1885 ; Lyon, 27 mars 1886, précités. M. de Loynes (note, D. 90, 2, 28) est plus large encore et autoriserait les juges à confier à l'ascendant la garde du mineur pour un temps limité.

(4) Nancy, 28 mai 1868 ; Bourges, 8 décembre 1884; Paris, 2 juillet 1885, précités.

ainsi que leur affection pour les mineurs (1). Mais surtout, si l'équité forme la base unique de la théorie et si l'on doit faire abstraction des textes, pourquoi s'arrêter à mi-chemin et ne pas investir, au moins temporairement, un aïeul maternel par exemple du droit de garde en dépit des protestations du père survivant ? Dans ce système que les tendances modernes favoriseront, on autorise l'aïeul à emmener son petit-fils chez lui, pendant une partie au moins des vacances, pour un temps plus ou moins long (2). Certaines décisions judiciaires ont même franchement renversé le principe, elles ont confié la garde ordinaire du mineur à l'aïeul et réglementé le droit de visite pour le père (3). C'était logique et fatal, car c'est le dernier terme, la conséquence forcée du principe admis sans appui ni limitation dans les textes : les tribunaux ont la haute main, un pouvoir de contrôle souverain sur l'exercice de la puissance paternelle.

§ III. — Droit de disposition du père sur ses propres biens.

Il y a là, avons-nous dit, une prérogative qui, dans ses effets, doit être rapprochée de la puissance paternelle. La tendance jurisprudentielle à restreindre au profit des enfants les pouvoirs des parents se retrouve aussi relativement à la répartition de l'héritage paternel. Déjà privé par la loi de la faculté d'exhérédation et lié envers ses descendants dans la mesure de leur réserve légale, le père a vu limiter encore ses droits par les arrêts de justice.

1° Le Code civil n'avait expressément organisé la réserve que dans la famille légitime (C.civ., art. 913 et 915); la juris-

(1) Lyon, 27 mars 1886. *Confer*, dans le même sens, Cass. 12 juillet 1870, D. 71, 1, 218 ; 12 février 1894, D. 94, 1, 218. Ces derniers arrêts, émanés de la Chambre des requêtes, sont très extensifs du droit des ascendants.

(2) Cass. 12 juillet 1870 (ch. req.), D. 71, 1, 218 ; Paris, 27 juin 1867, D. 67, 5, 348 ; Paris, 14 août 1869, D. 69, 2, 238; Aix, 12 nov. 1890, S. 91, 2, 25; Trib. Seine, 11 août 1890, *Droit* 21 octobre 1890; Trib. Compiègne, 27 juillet 1891, *Loi* 21 octobre 1891.

(3) Trib. Seine, 15 décembre 1869, D. 70, 3, 104 ; Bordeaux, 27 février 1874, S. 74, 2, 216.

prudence, sans attendre la loi du 25 mars 1896, a introduit cette théorie dans la famille naturelle, non au profit des parents dont la situation est peu favorable et contre lesquels le texte comme l'esprit du Code se prononcent nettement (1), mais en faveur des enfants naturels reconnus. Sur le terrain des principes la thèse ne manque pas de hardiesse. La réserve n'est-elle pas un droit exceptionnel ; n'est-elle donc pas nécessairement attribuée aux seules personnes que la loi en investit expressément? A l'égard des descendants, le seul texte établissant la réserve est l'art. 913 qui visait certainement, dans sa teneur primitive, les seuls enfants légitimes. L'article 916, spécial aussi à la famille légitime, disait même formellement qu'à défaut d'ascendants et de descendants, la quotité disponible comprend toute l'hérédité. Il n'était guère du reste dans les traditions françaises ni dans les intentions du législateur de 1804 de favoriser la descendance naturelle et, si après discussion on lui accorda un droit réel de succession au lieu d'un simple *jus ad rem* sur les biens des parents, elle était reléguée parmi les successeurs irréguliers. Sur ce point, la place des articles 756 et 757 qui précisent les droits héréditaires des enfants naturels était tout-à-fait probante et leur texte ne l'était pas moins puisqu'ils ne donnaient auxdits enfants vocation formelle qu'aux biens des parents décédés, littéralement à ceux dont les père et mère n'ont pas disposé de leur vivant.

Néanmoins la jurisprudence a toujours attribué une réserve aux enfants naturels ; elle se fonde sur la combinaison des art. 757 et 761, tous les deux supposant l'existence de cette réserve et le premier donnant un moyen d'en fixer le taux.

---

(1) Cass. 26 décembre 1860, S. 61, 1, 321 ; 29 janvier 1862, S. 62, 1, 534; 12 décembre 1865, S. 66, 1, 73 ; Paris, 18 décembre 1859, S. 59, 2, 663 ; Bordeaux, 4 février 1863, S. 63, 2,159; Bourges, 18 décembre 1871, S. 71, 2, 198. Marcadé, art. 915, n° 3; Demante, t. IV, n° 51 *bis;* Demolombe, t. XIX, n° 184; Aubry et Rau, t. VII, § 680, p. 168, note 4 ; Laurent, t. XII, n° 53. — *Contra* Cass. 3 mars 1846, S. 46, 1, 213 ; Pau, 27 février 1856, S. 61, 2, 196 ; Pau, 29 novembre 1860, S. 61, 2, 196. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 693; Troplong, t. II, n° 817 ; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 290.

L'art. 757, au point de vue successoral, considère l'enfant naturel comme une fraction d'enfant légitime: l'un et l'autre ont un droit de même nature sinon de même quotité, partant une réserve. L'article 761 d'autre part permet à un père naturel, non de dépouiller absolument son enfant, mais seulement de le réduire, et encore par voie de donation entre vifs uniquement (1), à la moitié de sa part héréditaire; c'est dire *a fortiori* qu'il ne peut l'exhéréder par simple prétérition en cas de libéralités faites à des tiers. La quotité de la réserve sera fixée, par comparaison avec celle d'un enfant légitime, au tiers, à la moitié ou aux trois quarts d'après les distinctions des art. 757 et 758 (2); elle a seulement ce caractère particulier de pouvoir être atteinte et diminuée par l'application de l'art. 761 quand le réservataire a reçu entre vifs la moitié de sa part héréditaire et que cette part est inférieure au chiffre de sa réserve (3).

Nous n'entreprendrons pas de suivre la jurisprudence et la doctrine dans l'examen des difficultés relatives au calcul et au mode de prélèvement de la réserve des enfants naturels en concours avec des héritiers légitimes (4); cela nous entraînerait trop loin. De l'existence même de ces difficultés nous tirerons toutefois une nouvelle preuve du caractère quelque peu hypothétique de cette réserve au point de vue légal jusqu'en 1896. Elle n'était cependant plus contestée dès longtemps, et ses bénéficiaires étaient *ipso facto* autorisés à

---

(1) La réduction ne peut résulter d'une simple disposition testamentaire. Nancy, 22 janvier 1838, P. 43, 2, 326 ; Rennes, 12 juillet 1860, S. 61, 2, 86. *Sic* Massé et Vergé, t. II, § 369, note 21, p. 278; Demolombe, t. XIV, n° 509; Aubry et Rau, t. VI, § 605, note 26.

(2) Cass. 29 juin 1857, S. 57, 1, 745 ; 15 novembre 1859, S. 59, 1, 881. Aubry et Rau, t. VII, § 686, note 5.

(3) Au cas par exemple où, le défunt ayant laissé deux enfants légitimes et un enfant naturel, la moitié de la part héréditaire de ce dernier serait d'un 18e, alors que sa réserve est d'un 12e.

(4) Voir, sur ces points, Demolombe, t. XIX, nos 167 et suiv.; Aubry et Rau, t. VII, § 686, notes 14 et suiv.; Laurent, t. XII, nos 41 et suiv.; Vernet, *Portion disponible*, p. 508 et suiv.; Gros, *Rev. de droit fr.*, t. I, p. 507, 594, t. VI, p. 750.

faire réduire les donations entre vifs aussi bien que les dispositions testamentaires y portant atteinte (1), fussent-elles antérieures à la reconnaissance dont ils ont été l'objet (2). Bref, le père naturel, comme le père légitime quoique dans une mesure moindre, doit respecter les droits de ses enfants sur sa succession.

2° Une autre restriction plus générale et moins facile à justifier au droit de disposition du père de famille résulte de la façon dont est pratiquement déterminée la quotité disponible en présence d'enfants renonçants ou indignes. La réserve est un droit héréditaire dont profite seulement quiconque se porte héritier. Ce principe fort exact est aujourd'hui bien admis, d'où l'enfant gratifié par son père ne peut renoncer ultérieurement à la succession de celui-ci et prendre néanmoins, à titre d'enfant, une part quelconque de réserve : sa renonciation l'a rendu étranger à la succession, l'a assimilé à un bénéficiaire étranger; la libéralité doit donc uniquement s'imputer sur la quotité disponible (3). Mais en même temps, bien que privé de tout droit sur la réserve, l'enfant renon-

(1) Cass. 28 juin 1831, S. 31, 1, 279 ; Toulouse, 15 mars 1834, S. 34, 2, 537. *Sic* Troplong, t. II, 931 ; Demolombe, t. XIX, n° 164 ; Aubry et Rau, t. VII, § 686, note 9 ; Vernet, p. 514. — *Contra* Lyon, 16 juillet 1828, S. chr. Delvincourt, t. II, p. 54.

(2) Cass. 16 juin 1847, S. 47, 1, 660 ; Toulouse, 15 mars 1834, S. 34, 2, 537. Demolombe, t. XIX, n° 165 ; Aubry et Rau, t. VII, § 686, note 10 ; Vernet, p. 515 ; Laurent, t. XII, n° 48. — *Contra* Rouen, 27 janvier 1844, S. 44, 2, 534. Toullier, t. IV, n° 263.

(3) Cass. 27 novembre 1863, ch. réun., S. 63, 1, 513 ; 22 août 1870, S. 70, 1, 428 ; 10 novembre 1880, S. 81, 1, 97 ; Montpellier, 30 mai 1866, S. 67, 2, 16 ; Dijon, 10 avril 1867, S. 67, 2, 275. Marcadé, art. 845, n° 2, art. 914, n° 3, et *Rev. crit.*, t. I, p. 257 ; Vernet, p. 392 ; Demolombe, t. XIX, n° 49 ; Mourlon, *Rép.*, t. II, p. 148, 251 ; Laurent, t. XII, n° 113 ; Huc, t. V, n° 344. — La jurisprudence avait autrefois adopté deux systèmes différents : 1° celui du cumul (Cass. 17 mai 1843, S. 43, 1, 689 ; 6 avril 1847, S. 54, 1, 313 ; 21 juin 1848, S. 49, 1, 172 ; 17 juillet 1854, S. 54, 1, 513 ; 23 juillet 1856, S. 57, 1, 9 ; 25 juillet 1859, S. 59, 1, 812. Troplong, *Don.*, t. II, n° 784 ; Labbé, *Rev. prat.*, t. V, p. 193, 257, 305, 353 ; Ragon, *Th. de la rétention des dons*); 2° celui de l'imputation sur la réserve (Cass. 30 mai 1836, S. 37, 2, 436 ; Dijon, 20 déc. 1845, S. 46, 2, 56. Demante, t. IV, n° 42 *bis*, V; Aubry et Rau, t. VII, § 684 *ter*, note 39).

çant (1), dans la pratique, fait nombre pour la calculer du moment qu'au jour du décès de son auteur il est vivant et capable de succéder : soit un père laissant trois enfants dont l'un renonce, la quotité disponible est d'un quart seulement et non du tiers. Il y a là quelque chose de choquant et d'injuste à l'égard du renonçant : il ne peut prétendre à sa part de réserve parce qu'il est réputé n'avoir jamais été héritier (C. civ., art. 785, 786), comment donc compter sa part pour le calcul de cette même réserve qui augmente à son détriment au moment même où elle lui échappe? Mais la jurisprudence n'a pas tenu compte de ces observations, elle s'en réfère au texte littéral de l'article 913 et compte, pour le calcul de la réserve, tous les enfants *laissés* par le défunt, fussent-ils renonçants ou indignes ; tous ont en effet été saisis et la fiction de l'art. 785 ne saurait empêcher qu'il en ait été ainsi. Exiger davantage, c'est, dit-on, ajouter au texte (2).

Par l'effet de cette théorie, le droit de disposition du père de famille est doublement restreint. Puisque tous les enfants sont comptés pour le calcul de la réserve, il y aura lieu parfois de réduire des libéralités adressées à des tiers, bien que les descendants venant à la succession soient pourvus chacun de la part qui lui eût été réservée en l'absence du renonçant ; il en sera ainsi toutes les fois que l'augmentation de leur nombre par l'adjonction du renonçant fera varier le chiffre de la portion disponible (3). La faculté de disposition est plus atteinte encore chez le père et le sort de ses libéralités au profit des tiers devient plus aléatoire quand il

(1) Il en est de même de l'indigne.

(2) Cass. 13 août 1866, S. 66, 1, 383 ; 25 juill. 1867, S. 68, 1, 12 ; 21 juin 1869, S. 70, 1, 432 ; Paris, 18 août 1866, S. 66, 2, 298 ; Grenoble, 17 janv. 1867, S. 67, 2, 179 ; Orléans, 5 avril 1867, S. 67, 2, 285 ; Grenoble, 5 janv. 1871, D. 71, 2, 209. Troplong, t. II, n° 784 ; Aubry et Rau, t. VII, § 681, note 5 ; Massé et Vergé, t. III, § 459, note 4. — *Contra* Pau, 26 mai 1865, S. 66, 2, 220 ; Montpellier, 23 mai 1866, S. 67, 2, 235. Marcadé, art. 913, n° 5 ; Valette, *Rev. prat.*, t. XXV, p. 193 et suiv.; Vernet, p. 382 ; Demolombe, t. XIX, n° 99 ; Demante, t. IV, n° 45 *bis*, II ; Laurent, t. XII, n° 21.

(3) C'est-à-dire toutes les fois qu'ils ne seront pas plus de deux à accepter l'hérédité.

a préalablement gratifié un de ses enfants en avancement d'hoirie : suivant que ce donataire acceptera la succession ou y renoncera, la donation à lui faite sera imputée sur la réserve ou sur la quotité disponible ; elle pourra, dans la seconde hypothèse, absorber complètement cette portion et faire tomber par là même toutes les libéralités postérieures. Comme l'héritier ne fait son choix qu'après l'ouverture de l'hérédité, le père de famille n'est jamais certain, en pareil cas, de gratifier valablement un étranger ; c'est là une situation regrettable.

3° Les parents sont autorisés à faire entre leurs enfants et descendants le partage anticipé de leurs biens par voie de donation entre vifs ou d'acte de dernière volonté (C. civ., art. 1075) ; c'est de leur part un acte de répartition, mais en même temps de disposition et la loi a voulu assurer l'égalité de valeur entre les lots. Le texte n'applique cependant pas expressément au partage d'ascendant les art. 826 et 832 qui veulent pour les divers lots une égalité en nature, une composition identique, s'il se peut, en meubles et immeubles. On devrait naturellement conclure de là au rejet, en notre espèce, de cette dernière prescription dont les conséquences, funestes au point de vue de l'intérêt général dans les partages ordinaires, le seraient plus encore ici puisqu'elle empêcherait le père de tenir compte des convenances et des intérêts bien entendus de chaque enfant. La règle de l'art. 832, d'ailleurs, n'est écrite que pour les partages judiciaires, non pour les partages d'attribution faits sans tirage au sort entre parties majeures et capables ; or, l'ascendant fait un partage d'attribution, la règle doit donc être écartée (1). Spécialement enfin quant au partage ainsi fait entre vifs, un nouveau motif s'oppose à son annulation pour inobservation des art. 826 et 832, c'est le libre consentement qu'y ont donné les bénéficiaires(2).

(1) Riom, 10 mai 1851, S. 51, 2, 598 ; Agen, 12 déc. 1866, D. 67, 2, 17. Laurent, t. XV, n° 60 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 706 ; Barafort, *Part. d'ascendants*, p. 9-44.

(2) Caen, 27 mai 1843, S. 43, 2, 575. Colmet de Santerre, t. IV, n° 234 *bis*, XVII,

Mais la jurisprudence voit dans ces deux articles des principes tenant à l'essence même des partages, d'où l'ascendant, obligé de s'y soumettre dès qu'il n'en est pas formellement dispensé, doit, autant que possible, répartir également les meubles et les immeubles (1). La règle est appliquée aussi bien aux donations-partages qu'aux partages faits par testament, car l'acceptation des donataires retenus par la crainte de mécontenter le donateur ne peut être tenue pour absolument libre et ne saurait dans tous les cas les lier les uns à l'égard des autres mais seulement envers le donateur : ils n'ont pu renoncer par avance à une action en nullité attachée à la qualité d'héritier et ne s'ouvrant par suite qu'au décès de l'ascendant (2). Il est vrai que l'art. 827 C. civ. fait fléchir le principe quand les biens ne sont pas commodément partageables (3); mais hors ce cas, dont les juges du fait apprécient souverainement la réalité (4), une inégale répar-

---

XVIII ; Bonnet, t. I, n° 291 ; Héan, *Rev. pr.*, 1858, t. V, p. 166, et 1859, t. VIII, p. 336.

(1) Cass. 7 août 1860, D. 60, 1, 498 ; 7 janv. 1863, D. 63, 1, 226 ; 24 juin 1868, D. 68, 1, 289 ; 8 janv. 1872, D. 72, 1, 94 ; 8 mars 1875, D. 75, 1, 278 ; 25 fév. 1878, S. 81, 1, 73 ; 26 juin 1882, D. 83, 1, 70 ; Poitiers, 20 fév. 1861, D. 61, 2, 93 ; Pau, 9 juill. 1861, D. 61, 2, 192 ; Agen, 4 avril 1862, D. 62, 2, 100 ; Grenoble, 10 mai 1873, D. 74, 5, 366 ; Lyon, 23 mars 1877, S. 78, 2, 138 ; Toulouse, 31 déc. 1883, D. 84, 2, 81. — *Sic* Bonnet, t. I, nos 283-290 ; Troplong, t. IV, n° 2304 ; Demolombe, t. XXIII, nos 199-201 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 732, note 1.

(2) Cass. 11 mai 1847, D. 47, 1, 167 ; 18 fév. 1855, D. 55, 1, 81 ; 25 fév. 1856, D. 56, 1, 113 ; 11 août 1856, D. 57, 1, 21 ; 18 août 1859, D. 59, 1, 410 ; Bordeaux, 7 janv. 1853, D. 53, 2, 22 ; Agen, 17 nov. 1856, S. 56, 2, 662. Troplong, t. II, n° 2305 ; Demolombe, t. XXIII, nos 200, 201 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 732, note 3 ; Laurent, t. XV, n° 61.

(3) Cass. 23 mars 1869, D. 69, 1, 333 ; 24 déc. 1873, D. 74, 1, 432 ; 27 juill. 1874, D. 75, 1, 366 ; 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171 ; 25 fév. 1878, D. 78, 1, 449 ; Limoges, 3 déc. 1868, D. 69, 2, 176 ; Dijon, 13 juill. 1870, D. 72, 1, 94 ; Lyon, 23 mars 1877, S. 78, 2, 138 ; Bordeaux, 3 juin 1887, D. 88, 2, 125. *Sic* Demolombe, t. XXIII, nos 203, 204 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 732, note 2. — La jurisprudence assimile à ce cas l'hypothèse où une répartition inégale quant à la nature des biens placés dans chaque lot se fût imposée aussi aux copartageants dans leur intérêt bien entendu. (Cass. 7 août 1860, D. 60, 1, 498 ; Poitiers, 20 fév. 1861, D. 61, 2, 93.)

(4) Cass. 18 déc. 1855, D. 56, 1, 20 ; 23 mars 1869, D. 69, 1, 333 ; 8 mars 1875, D. 75, 1, 278 ; 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171.

tition des meubles et des immeubles entre les divers lots entache le partage d'une nullité invocable par chacun des apportionnés sans qu'il ait à justifier d'aucune lésion ou puisse être arrêté dans son action par l'offre d'un supplément de portion héréditaire (1).

Malgré l'imposant concours des témoignages en sa faveur dans la jurisprudence et la doctrine, il est peut-être permis de révoquer en doute le bien fondé de cette théorie. Il est certain tout au moins que son application, préjudiciable souvent aux enfants, prive surtout le père de famille d'un droit précieux au point de vue du pouvoir de direction, essence de la puissance paternelle.

4° Le père de famille a-t-il du moins le droit de réduire toujours ses descendants à la réserve légale? Bien que l'affirmative puisse paraître à première vue certaine, les tribunaux se prononcent en sens contraire quand une telle disposition leur paraît avoir pour but, clause pénale plus ou moins déguisée, d'assurer le maintien d'une libéralité contraire à l'ordre public. Soit un testateur ayant des enfants du premier lit qui fait à sa seconde femme une donation excédant la quotité disponible spéciale de l'art. 1098 : à l'égard de tout autre donataire son droit de disposition eut été plus considérable; peut-il stipuler que, si ses héritiers tentent de faire réduire la libéralité, il lègue toute la quotité disponible à un tiers? Non, a répondu la jurisprudence, il n'y a pas là un legs direct inspiré par une pensée libérale, mais une clause pénale, destinée à assurer la violation de la loi, qui sera donc réputée non écrite (2). Et cette décision n'est ni isolée ni nouvelle. Pareille clause a été traitée de même quand elle avait pour objet d'obtenir le maintien de libéralités faites à des incapables (3), contenues dans un testament nul en la forme (4), en-

(1) Cass. 10 nov. 1847, D. 48, 1, 195 ; 25 fév. 1856, D. 56, 1, 113 ; Rouen, 9 mars 1855, D. 56, 2, 36 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 732, notes 5, 6.
(2) Orléans, 2 juillet 1891, D. 93, 1, 38.
(3) Cass. 14 décembre 1825, S. chr.
(4) Cass. 24 décembre 1857, S. 58, 1, 173; 18 janvier 1858, D. 58, 1. 24.

tachées de substitution (1), obtenues par captation ou suggestion (2), ou portant atteinte à la réserve de l'héritier (3). Dans un partage d'ascendant la clause est jugée valable et obligatoire qui sanctionne l'interdiction d'attaquer l'opération pour atteinte au principe du partage en nature (C. civ., art. 826, 832); tout héritier est donc réduit à sa part de réserve s'il saisit la justice, sa critique fût-elle fondée en droit (4). Au contraire, est réputée illicite, et par suite non écrite si elle porte atteinte à la réserve, l'interdiction d'attaquer le partage pour quelque cause que ce soit à peine d'exclusion de toute part dans la quotité disponible; la clause ne sera pas encourue par le plaideur dont la réserve se trouverait effectivement entamée (5).

De telles décisions étonnent au premier abord : il s'agit dans ces espèces d'intérêts purement pécuniaires, de droits auxquels on peut renoncer et l'héritier semble être mis en demeure d'opter entre l'exécution des dispositions du *de cujus* et une autre solution, très légale en soi, la réduction à sa part dans la réserve. Elles se justifient, a-t-on dit, parce que l'option ne saurait être valable dont un des termes, l'exécution des dispositions du *de cujus*, est illicite comme confirmant une violation de la loi. Les droits auxquels le testateur prescrit de renoncer ont un caractère non seulement d'intérêt personnel pour les héritiers, mais d'ordre public : ils ne peuvent être enlevés même indirectement à leurs titulaires (6).

---

(1) Cass. 24 mai 1837, S. 37, 1, 817; Paris, 23 décembre 1874, D. 76, 2, 83.

(2) Cass. 27 mars 1855, S. 55. 1, 702.

(3) Cass. 24 mai 1837, S. 37, 1, 817 ; 9 décembre 1862, S. 64, 1, 265 ; 22 juillet 1874, D. 75, 1, 453 ; Caen, 15 juin 1863, S. 64, 2, 292 ; Paris, 14 novembre 1894, D. 95, 2, 115.

(4) Cass. 27 nov. 1867, S. 68, 1, 65 ; 15 février 1870, S. 70, 1, 260 ; Poitiers, 20 février 1861, D. 61, 2, 93.

(5) Cass. 22 juillet 1874, D. 75, 1, 453. *Sic* Cass. 9 décembre 1862, S. 64, 1, 265. — *Contra* Poitiers, 20 février 1861, D. 61, 2, 93; Chambéry, 8 juillet 1873, D. 74, 2, 199. — En pareil cas l'héritier ne peut recourir à des mesures préalables d'instruction pour vérifier s'il y a ou non atteinte à la réserve. (Cass. 30 mai 1866, S. 67, 1, 431).

(6) Bartin, *Théorie des conditions impossibles et illicites*, p. 198-238.

Insistons sur une application particulière de cette théorie. Un testateur avait légué l'usufruit de tous ses biens à sa fille unique et la nu-propriété aux enfants de celle-ci, déclarant que, si sa fille venait à réclamer sa part de réserve en pleine propriété, les petits-enfants auraient la plus forte quotité disponible. En somme, la fille avait à exercer entre une libéralité en usufruit et sa réserve un choix analogue à celui autorisé par l'art. 917 de la part des héritiers réservataires quand le défunt a gratifié un tiers d'une disposition en usufruit excédant la quotité disponible. L'opération paraissait en soi très licite et la doctrine la déclarait valable (1). La Cour de Paris en a pensé autrement. L'art. 917, a-t-elle dit, est tout exceptionnel et ne peut être étendu par analogie, d'où sa disposition n'est pas applicable *a contrario* quand les tiers ont été gratifiés en nu-propriété et le réservataire en usufruit; ce dernier doit être libre dans son choix, nul ne peut le contraindre, ni le testateur ni les personnes gratifiées au-delà de la quotité disponible. Dans l'espèce, le legs éventuel de tout le disponible aux petits-enfants constituait à vraiment parler une clause pénale pour empêcher leur mère de réclamer sa réserve. Voici donc à quelles conclusions est arrivée la Cour : la fille légataire en usufruit, attaquant le testament, a pris, comme réservataire, la moitié de tous les biens du défunt en pleine propriété, et en même temps, comme légataire, l'usufruit de l'autre moitié (2). Il est difficile d'imaginer une solution plus contraire aux désirs exprimés par le défunt.

§ IV. — Limites et appréciation du rôle de la jurisprudence.

L'œuvre de la magistrature consiste, on peut le dire d'un mot, dans l'organisation, à côté et au-dessus du père de famille, d'un pouvoir de surveillance que le législateur avait eu le tort de passer sous silence. La puissance paternelle peut toujours être contrôlée et restreinte dans l'intérêt de l'enfant, quand la santé de celui-ci, sa moralité ou sa fortune sont mises

(1) Demolombe, t. XIX, n° 430; Aubry et Rau, t. VII, § 683, note 5.
(2) Paris, 9 mars 1877, D. 78, 2, 34, et Cass. 6 mai 1878, D. 80, 1, 345.

en péril. Les arrêts ont du reste posé des bornes à leur propre action. Ils ont limité le droit de disposition du père sur ses biens, mais pour faire prévaloir sur sa volonté les règles légales d'ordre public. En matière de puissance paternelle proprement dite, ils ne se sont guère attaqués qu'à l'administration légale quant aux biens, au droit de garde quant à la personne du mineur. Cette dernière prérogative, il est vrai, est d'une importance extrême, ils ont donc été conduits à toucher accessoirement aux droits d'éducation et d'émancipation là où leur exercice par les parents pouvait porter atteinte aux décisions de justice relativement à la garde. D'un mot, ils ont desserré le faisceau des attributs conférés aux parents, ils ne l'ont pas rompu. Il y a là une limite qu'en général au moins, la jurisprudence a su fidèlement respecter. La puissance paternelle, d'après le Code civil, est d'ordre public ; en principe donc, le père n'en peut être dépouillé par la justice hors des cas légalement prévus ni, sauf pour l'émancipation, par sa volonté propre. Les tribunaux, s'ils ont complété la théorie du législateur, n'ont pas cru pouvoir la corriger, quelque pressantes que fussent parfois les circonstances.

Tout d'abord, l'autorité paternelle, fondée sur une disposition légale précise, conforme au droit naturel, ne saurait être détruite par les juges qu'en vertu d'un texte bien formel ; de simples inductions tirées des travaux préparatoires sont insuffisantes pour autoriser une si grave mesure. Aussi, alors précisément qu'elle affirme le pouvoir de contrôle des tribunaux, la Cour de cassation insiste-t-elle toujours sur le maintien forcé de la puissance paternelle elle-même indélébile, sur l'impossibilité de prononcer une déchéance totale (1). Les mesures de détail prescrites pour en modérer et tempérer l'exercice n'entraînent pour les parents la perte complète ni de la puissance en soi ni même, absolument parlant, du droit visé. Les arrêts les plus restrictifs laissent toujours au père privé du droit de garde la faculté de sur-

(1) Voir notamment Cass. 3 mars 1856, S. 56, 1, 408 ; 27 janvier 1879, S. 79, 1, 464.

veiller l'éducation de l'enfant et de protester en justice contre l'usage abusif que le tiers gardien ferait de sa fonction (1); la mesure prise d'ailleurs est essentiellement provisoire et rapportable si les circonstances se modifient. Il n'y a donc pas là, a-t-on pu dire, de déchéance même partielle, « il ne s'agit toujours que du contrôle par la justice des actes des parents (2). » *A fortiori* la déchéance totale n'est pas prononcée. Le père, dépouillé du droit de garde, conserve ses autres prérogatives : c'est lui qui donnera ou refusera son consentement au mariage et à l'adoption de ses enfants ; lui seul peut les émanciper (3).

D'autre part, dans notre législation, les attributs du père sur la personne de son fils mineur se fondent sur le droit naturel et ont un caractère essentiel d'ordre public, ils sont donc placés au-dessus de toute convention ou disposition de l'homme. La jurisprudence l'a reconnu formellement. Aucune cession contractuelle n'est possible quant à eux : y eut-il délégation totale ou partielle à un tiers, à un ascendant par exemple, avec attribution pour lui d'un rôle prépondérant dans la direction du mineur et le choix de sa profession, un tel compromis, quoique obligatoire dans le for intérieur, ne sera pas sanctionné cependant par une action en justice, il est nul comme contraire aux art. 6 et 1388 C. civ. (4); on ne transige pas sur une matière d'ordre public.

Même en ce qui touche le droit de garde, aucun particulier ne peut faire échec à l'autorité paternelle; les tribunaux se reconnaissent à eux seuls le pouvoir de prendre des mesures

(1) Cass. 9 juin 1857, D. 57, 1, 401 ; 30 mars 1859, D. 59, 1, 466 ; 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471 ; Trib. Lyon, 10 mars 1866, D. 67, 3, 96.

(2) Testoud, *Rev. crit.*, t. xx, p. 26-27. *Sic* Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 517 : « Ce n'est pas à dire que les restrictions apportées par les arrêts à l'exercice de la puissance paternelle puissent être assimilées juridiquement à une déchéance. »

(3) Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 390. Trib. Le Puy, 10 déc. 1869, D. 70, 3, 64.

(4) Cass. 5 mars 1855, D. 55, 1, 341 ; Grenoble, 11 août 1853, D. 55, 2, 91. *Confer* cependant Paris, 2 août 1872, *Journal de droit international privé*, t. 1, 1874, p. 32.

restrictives en cas d'abus (1). Limiter l'autorité paternelle aux mains des parents excède en principe (2) les facultés des tiers et l'on doit annuler, comme non écrite, la clause d'un testament subordonnant la réalisation d'un legs fait au profit d'un mineur à la condition que le père du légataire n'en aura plus la garde et la direction (3). Le mari, maître de restreindre par un acte de dernière volonté les pouvoirs de sa veuve comme tutrice des enfants communs, n'a pas même liberté quant aux droits de puissance paternelle. Il n'est pas permis davantage au conseil de famille de diminuer ces mêmes droits ou de les annihiler aux mains du survivant (4), peu importe que ce dernier ait été exclu ou destitué de la tutelle, même pour cause d'inconduite. La règle est générale et s'applique au droit de garde et d'éducation : autorité paternelle et tutelle sont choses distinctes et l'action du conseil de famille est limitée aux droits de tutelle (5). *A fortiori*, le défaut de nomination régulière d'un subrogé tuteur ne saurait autoriser un aïeul à s'emparer de l'enfant malgré la résistance du survivant des époux (6).

Ce que les tiers ne peuvent pas faire est également impossible au père de famille. C'est un roi à qui l'abdication est interdite, à moins qu'elle soit pure et simple et encore dans certains cas seulement. Essaie-t-il de céder ses droits, il fait œuvre inutile et les tribunaux feront triompher sa réclamation ultérieure. Tout abandon de ses prérogatives est illicite et inefficace, fût-il consenti au profit de la mère soit pendant le mariage soit dans le contrat de mariage, l'art. 1388 est for-

---

(1) Nancy, 25 janv. 1873, D. 73, 2, 11.

(2) Voyez cependant *supra*, p. 159, 161, ce que nous avons dit à propos des enfants naturels.

(3) Orléans, 5 fév. 1870, D. 70, 2, 49.— *Sic* Bartin, *op. cit.*, p. 59.

(4) Cass. 5 mars 1855, D. 55, 1, 341; Grenoble, 11 août 1853, D. 55, 2, 91; Trib. Le Puy, 10 déc. 1869, D. 70, 3, 64; Trib. Lille, 12 juin 1884, *Gaz. pal.*, 84, 2, 316.

(5) Cass. 3 mars 1856, D. 56, 1, 90; 15 mars 1864, D. 64, 1, 301; Paris, 9 mars 1854, D. 55, 2, 247; Poitiers, 21 juil. 1890, D. 91, 2, 73.

(6) Paris, 22 sept. 1853, D. 56, 2, 28.

mel (1). En pratique les exemples abondent de conventions entre époux de religions différentes par lesquelles le père renonce d'avance à la direction de l'éducation religieuse de ses enfants ou de quelques-uns d'entre eux : seule la conscience du mari répond de leur exécution, juridiquement elles sont de tous points nulles et non obligatoires. (2). Sans doute le père peut confier à un tiers la garde de son fils, mais il exerce sa surveillance sur le gardien ; il lui est de plus toujours loisible, sauf à devoir le cas échéant des dommages-intérêts, de rompre un pareil traité portant sur des prérogatives qui ne sont pas dans le commerce. Semblable pouvoir sera parfois dans son exercice très préjudiciable à l'enfant ; il constitue une menace constante pour les œuvres de bienfaisance publique ou privée (3), mais telle est la loi : la jurisprudence n'avait qu'à s'incliner et elle l'a fait, laissant la parole au législateur.

Elle a du reste sanctionné, sauf, récemment surtout, dans certaines hypothèses qui, pour rares qu'elles sont, n'en sont pas moins regrettables (4), l'usage légitime de la puissance paternelle et de ses divers attributs. Au père seul il appartient de fixer le chiffre de la dépense nécessaire pour l'instruction de ses enfants, alors même que, séparé de biens, il n'y peut faire face avec ses revenus personnels : la critique n'est permise à la femme pour l'avenir qu'à raison

(1) Grenoble, 11 mars 1853, et Cass. 5 mars 1855, D. 55, 1, 341, et 2, 91. — *Sic* Demolombe, t. VI, n° 294 ; Aubry et Rau, t. V, § 504 ; Laurent, t. IV, n° 295.

(2) Trib. Versailles, 15 janvier 1856, le *Droit*, 24 janv.; Nîmes, 12 mai 1886, *Pand. fr.*, 86, 2, 292; Trib. Marseille, 7 février 1891, la *Loi* du 20 fév. 91. — *Sic* Marcadé, t. V, art. 1389; Demolombe, t. VI, n° 295; Aubry et Rau, t. V, § 504, note 2; Colmet de Santerre, t. VI, n° 5 *bis*, II ; Laurent, t. XXI, n° 120; Guillouard, *Contrat de mar.*, t. I, n° 113; Huc, t. III, n° 167. — *Contra* Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, t. I, n° 63. — Un arrêt de Lyon du 25 mars 1873, D. 74, 5, 445, a considéré du moins le refus par le père de faire baptiser son enfant comme motivant de la part de la mère une demande en séparation de corps et a confié à cette dernière la garde de l'enfant.

(3) Exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1889.

(4) Voir Lacointa, *L'autorité paternelle et le temps présent*. Le *Correspondant*, t. CXXXIV, 25 fév. 1884, p. 585 et suiv.

de l'exagération des frais, non quant au mode d'éducation adopté ; dans tous les cas la reconnaissance par le mari de la dette contractée de ce chef lui est opposable, elle en répond solidairement avec lui, même sur ses biens dotaux (1). De même le père surveille souverainement la correspondance écrite ou reçue par l'enfant et la retient au besoin (2) ; telle est du moins la jurisprudence judiciaire, mais le Conseil d'Etat, invoquant l'inviolabilité du secret des lettres et la loi des 10-14 août 1790, déclare que « l'administration des postes ne saurait, sans engager sa responsabilité, modifier le mandat qu'elle a reçu de l'expéditeur et déférer de sa propre autorité à la demande des représentants des incapables (3). » Sous la réserve des prérogatives reconnues aux ascendants, le père est libre d'interdire à son fils toute relation même avec un membre de sa famille (4). La justice enfin doit être et est au service du père qui exerce son droit de garde, soit pour rapatrier, de concert avec l'administration, un mineur fugitif (5), soit pour ordonner, même par voie de simple référé (6), la remise du mineur retenu par un tiers, ce dernier fut-il créan-

---

(1) Nîmes, 26 juill. 1853, S. 53, 2, 188.

(2) Caen, 11 juin 1866, S. 67, 2, 151.

(3) Avis du Cons. d'État, 13 mai 1885. Un arrêt du 13 mars 1874, Leb. 74, p. 262, pose déjà le principe qu'il ne peut être porté atteinte au secret des lettres, si ce n'est dans un intérêt d'ordre public et en vertu d'une instruction régulière en vue de constater des crimes ou délits.

(4) Trib. Seine, 8 août 1885, *Gaz. pal.*, 86, 1 (suppl.), 32.

(5) Les officiers et agents de police judiciaire arrêteront le fugitif s'il est en état de vagabondage et le procureur de la République le rendra au père. En dehors de ce cas, l'ordre d'arrestation de l'enfant émanera, d'après l'opinion commune (Demolombe, t. VI, n° 308 ; Aubry et Rau, t. VI, § 550; Chardon, t. II, n° 24 ; Boistel, p. 288 ; Bernard, p. 186 ; Leloir, t. I, n° 106. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 272), non du tribunal tout entier mais de son président. Pour l'exécution de cette ordonnance en cas d'indigence des parents, le procureur, après enquête sur les moyens qu'a le père d'empêcher une nouvelle fuite et promesse par l'administration de prendre les frais à sa charge sur le fonds de rapatriement, met le mineur arrêté à la disposition de l'autorité administrative pour être réintégré par elle au domicile paternel (Circ. min. just. 29 déc. 1883 et 14 mars 1884).

(6) Le président compétent est alors, non celui du domicile du père, mais celui du domicile du recéleur ou du lieu où l'ordonnance sera exécutée.

cier du père relativement à l'enfant lui-même, pour frais de nourriture, d'éducation ou d'apprentissage par exemple (1). Le père, s'il le préfère, est libre de procéder contre le recéleur par voie d'action en dommages-intérêts (2). Le droit de correction est également consacré et les châtiments corporels sont déclarés licites de la part des parents, à charge de ne pas dégénérer en violences et voies de fait tombant sous le coup de l'art. 311 C. pén., ou même simplement en brutalités préjudiciables à la santé du mineur (3). Quant aux droits sur les biens, les tribunaux, bien qu'obligés par le laconisme même du Code à intervenir largement, ont du moins proclamé le caractère spécial de l'administration légale par rapport à la tutelle et condamné l'idée d'admettre auprès du père un subrogé tuteur ou un conseil de famille permanent (4).

En général, il faut le reconnaître, la jurisprudence a exercé son contrôle sur les droits des parents avec une modération incontestable. Par le fait seul cependant de l'avoir établi sans texte pour le justifier, par le fait d'avoir constitué les tribunaux protecteurs de l'enfance, n'a-t-elle pas joué un rôle quasi législatif et prétorien ?

Non, répond un parti très important dans la doctrine, l'attitude de la magistrature est parfaitement légale. « Ce n'est » pas de l'arbitraire, de l'empiétement du pouvoir judiciaire » sur le pouvoir législatif, c'est le rôle même de la jurisprudence. La jurisprudence a pour mission de développer les » principes, d'en tirer les conséquences qu'on n'avait pas » aperçues tout d'abord et qu'a révélées la pratique des affaires, de maintenir ainsi, autant que possible, l'harmonie

(1) Paris, juillet 1831 et 22 août 1832 cités par de Belleyme, *Ordonnances sur requête et sur référé*, t. I, p. 343.

(2) Nancy, 25 janv. 1873, D. 73, 2, 11 ; Besançon, 29 juil. 1890, et Trib. Gray, 5 déc. 1890, la *Loi* du 18 avril 1891.

(3) Cass. 17 décembre 1819, D. *Rép.*, V° Puissance paternelle, n° 48 ; Trib. simple police de Toulouse, 4 août 1888, *Gaz. du Midi*, 11 nov. 1888. — Dans le même sens quant au principe : Nîmes, 31 janv. 1879, D. *suppl. Rép.*, V° Puissance paternelle, n° 14.

(4) Cass. 3 juin 1867, S. 67, 1, 273 ; 14 janv. 1878, D. 78, 1, 227.

» du texte écrit avec les besoins nouveaux (1). » Tout intérêt légitime, en dehors même d'un texte spécial, n'engendre-t-il pas une action devant les tribunaux? Du reste, « si le pouvoir de contrôle des juges n'existait pas en principe, il devrait être établi quand il s'agit de la puissance paternelle, comme dérivant de l'essence même de l'institution, de l'obligation sociale de protéger les mineurs. La puissance paternelle a été établie surtout dans l'intérêt des enfants; il ne se peut pas qu'elle devienne un moyen de tyrannie et de démoralisation (2). »

Tout cela est parfait, mais il s'agit ici de savoir, non comment l'autorité paternelle devrait être organisée par le législateur, mais de quelle façon elle l'a été par le Code civil de 1804. Or, à la supposer établie principalement dans l'intérêt de l'enfant, la légitimité de l'intervention de la justice dans les rapports de parents à enfants n'en découle pas nécessairement. Serrons donc d'un peu plus près la question.

Sur le terrain de la législation positive, les arguments en faveur de l'action des tribunaux sont présentés avec une grande force par M. Testoud (3). Il les répartit sous quatre chefs : la tradition coutumière, les travaux préparatoires du Code civil, certains textes de la loi applications particulières d'un principe général sous-entendu, enfin l'absence de tout autre procédé légal pour organiser la défense physique et morale de l'enfance.

Les trois premières raisons ne nous paraissent pas convaincantes. Les Parlements intervenaient, il est vrai, autrefois en pareille matière, rarement d'ailleurs nous l'avons vu, car les mœurs y répugnaient et défendaient le domicile familial, comme aujourd'hui encore en Angleterre le *home*, contre toute ingérence extérieure. Mais cette immixtion était

---

(1) Bourcart, *Quelques mots sur les projets de déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. jud.*, t. VII (1882-83), 1re part., p. 506.

(2) Naquet, note, S. 91, 2, 25, et P. 91, 194.

(3) *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, t. XX (1891), p. 20.

alors légale et n'excédait nullement les limites des attributions de la justice : de même en effet que le préteur romain avait l'*imperium* à côté de la *jurisdictio*, de même on reconnaissait aux Parlements des pouvoirs souverains et quasi législatifs ; ajoutons que la magistrature, caste héréditaire, indépendante du pouvoir central, présentait, par son esprit de corps et son respect des traditions, d'exceptionnelles garanties d'impartialité. Le juge moderne, au contraire, est nommé par le Pouvoir; il est dans ses décisions absolument lié par la lettre de la loi et ne peut sortir de la sphère de compétence qui lui est reconnue ; jamais il n'a été investi d'un droit général de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle. Dans les travaux préparatoires, pourtant, la question est agitée et le premier Consul en particulier, sur une observation de Réal, proteste contre toute restauration du despotisme paternel ; mais Tronchet (1) lui répond par cette formule trop absolue : « l'enfant n'appartient qu'au père », qu'il tempère en demandant l'ajournement des questions de détail relatives aux limitations du pouvoir paternel, ce qu'il obtient. Il est du reste bien téméraire d'affirmer que les rédacteurs du titre IX au livre I^er^ du Code aient eu l'intérêt de l'enfant pour objectif principal et *a fortiori* unique, leur idée dominante est incertaine et en tous cas plus complexe (2). Enfin, qu'importe la préoccupation initiale du législateur s'il ne l'a pas transformée en loi, si elle ne se retrouve pas dans le texte définitif.

Prétend-on déduire le principe général de certains articles particuliers : ou ces textes sont équivoques, ou ils visent des situations exceptionnelles. L'art. 203, à y voir l'institution d'un contrôle effectif sur le père, ne conférerait jamais qu'à la mère une action en justice; encore ne croyons-nous pas qu'il doive être ainsi entendu. L'art. 444 autorise la déchéance des tuteurs en général, partant des tuteurs légaux comme de tous autres, c'est incontestable ; mais la puissance paternelle n'est pas la tutelle

(1) Locré, t. VII, p. 20.
(2) Leloir, t. I, n° 533.

et les règles de l'une ne sont pas applicables à l'autre par analogie : on ne saurait donc s'appuyer sur le texte précité pour priver le père de l'administration légale malgré le caractère spécial de cet attribut de sa puissance, *a fortiori* pour lui enlever ses prérogatives sur la personne des enfants alors que la tutelle n'a trait qu'aux biens. Enfin, si l'art. 302 prévoit la libre attribution par les tribunaux de la garde des mineurs quand les parents sont divorcés, c'est là pour nous plutôt une preuve qu'en principe l'abstention leur est imposée : des intérêts de premier ordre, une nécessité évidente prescrivaient à l'autorité prononçant la dissolution du mariage de réglementer les effets de sa décision à l'égard des enfants nés de l'union détruite ; un texte spécial et formel a été jugé cependant nécessaire pour permettre en la matière l'intervention du juge.

Reste alors le quatrième motif invoqué : les considérations morales, l'obligation pour la société de protéger l'enfance sacrifiée par le législateur. Sa force est réelle et l'on conçoit qu'en fait il ait paru décisif aux tribunaux et même à de nombreux jurisconsultes ; c'est l'argument le plus généralement invoqué. Particulièrement frappés des nécessités de la pratique, les auteurs appellent à leur secours la raison, la morale, l'humanité; ils s'écrient en définitive avec M. Demolombe : « Il n'y a pas de texte !... Comment faire? Nous ferons comme nous pourrons, mais il faut absolument que nous en venions là (1). » Il n'est pas inutile de souligner le rôle prépondérant de ce motif dans l'élaboration de la théorie jurisprudentielle : si, en effet, seul le silence du législateur légitimait l'ingérence des magistrats dans les rapports de père à fils, cette immixtion devra cesser, faute de raison d'être, le jour où la loi aura abordé la question, fût-ce pour lui donner une solution peu pratique ; et nous aurons à nous

(1) Demolombe, t. VI, n° 367. *Sic* Marcadé, t. II, n^{os} 135, 244, 289 ; Aubry et Rau, t. VI, §§ 550, note 24, et 551, notes 5, 6, 14 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 114 *bis*, II ; Huc, t. III, n^{os} 174, 214 ; Magnin, t. I, n° 442 ; Chardon, t. II, n^{os} 40 et suiv.; Boistel, p. 214; Bernard, p. 208 et 221. MM. Chardon, *op. et loc. cit.*, et Merlin, *Rép.*, V° Education, § 1er, n° 4, invoquent en outre l'article 444 C. civ., par analogie.

demander s'il n'en est pas ainsi depuis le 24 juillet 1889. Mais il faut aller plus loin et se refuser à voir dans l'argument précité une garantie contre le reproche fait à la jurisprudence d'être arbitraire (1) : puissant pour le législateur, il n'a plus d'efficacité aux yeux de l'interprète qui ne peut ajouter au texte. Si le Code civil n'a pas confié aux magistrats le contrôle de la puissance paternelle, il n'est pas légal, il est même mauvais que les juges se l'attribuent d'eux-mêmes. C'est illégal, car c'est faire la loi sous prétexte de l'appliquer, c'est sacrifier le droit à des considérations contingentes, à des intérêts particuliers. C'est chose mauvaise aussi, car, tandis que ces palliatifs masquent pour un temps aux yeux du plus grand nombre les défectuosités de la loi et sont invoqués par le législateur même pour se dispenser d'agir (2), cette ingérence de la magistrature dans la famille, rendue plus fréquente par l'abaissement de la moralité publique, apparaît aux esprits non plus comme le fait exceptionnel et en soi regrettable d'un pouvoir indépendant, mais comme l'exercice normal d'un droit de police réservé à l'autorité publique d'où relèvent les juges; elle a préparé les voies à l'action envahissante de l'État.

Cela dit pour déplorer le silence du législateur depuis 1804 dans une aussi grave question, nous avouons ne pouvoir reprocher pratiquement à la magistrature française une usurpation de fonctions trop souvent justifiée et imposée par les faits, étant donnée surtout la discrétion relative qu'elle y a apportée. Nous n'envisageons pas son œuvre « comme une punition pour la génération qui a aboli la puis-

(1) Laurent, t. IV, n° 292, t. V, n° 199 ; Fuzier-Herman, n° 50 ; Delepierre, p. 266 et suiv.; Leloir, t. I, nos 15, 531 et suiv. — La jurisprudence l'a elle-même reconnu depuis la loi du 24 juillet 1889 : Agen, 6 novembre 1889, D. 90, 2, 25, S. 90, 2, 132 ; Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73, S. 91, 2, 18 ; Tribunaux Saint-Quentin, 27 décembre 1889, et Toulouse, 3 juillet 1890, S. 91, 2, 19.

(2) Voir le rapport de M. Piou sur le projet de loi relatif à l'administration légale du père, séance du 4 juillet 1887. (*Journal officiel*, 1887, Ch. députés, annexes, p. 968.)

sance paternelle pour qu'elle pût éprouver par sa propre expérience les déplorables effets de cette abolition (1) ». Les tribunaux, malheureusement, n'ont pas eu besoin de rechercher les occasions de prendre parti pour les enfants contre leurs parents ; elles ne se sont que trop souvent offertes à eux. La solidarité familiale des temps passés, solidement appuyée sur les mœurs publiques, a été, comme tant d'autres assises de l'ordre social, singulièrement ébranlée par la tourmente révolutionnaire. Les mœurs ont changé et, dans la famille divisée, l'exercice de l'autorité par les parents a parfois donné lieu à des abus lamentables. Qui donc avait qualité pour réprimer ces abus dans une société individualiste, hostile d'instinct et d'éducation à toute autorité autre que celle de l'Etat, si ce n'est la magistrature appelée par devoir à constater les lacunes de la loi ? Qui remplira mieux la mission de protéger l'enfance contre ceux-là même qui eussent dû être ses protecteurs naturels (2) ? Pour un tel rôle le juge est préférable au fonctionnaire administratif. Si donc, en agissant comme elle l'a fait, la jurisprudence a imité le préteur romain (3), si elle a, sinon corrigé, complété du moins la loi en violation des principes modernes, les circonstances atténuantes ne lui manquent pas : elle y était presque invinciblement amenée. Dans leur application aux hypothèses variées de la pratique, les règles légales subissent presque toutes quelque transformation ; au législateur il appartient de surveiller son œuvre et de la perfectionner. L'absence de tout contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle constituait une lacune énorme ; la façon dont elle a été comblée est irrégulière et regrettable par son caractère arbitraire, mais en définitive il était indispensable qu'elle le fût. Ce n'est pas ruiner l'autonomie de la famille que de restreindre les pouvoirs des pères qui se montrent indignes de la confiance du législateur.

(1) Blanchet, *Rev. fœlix*, t. v, p. 405.
(2) Huc, t. III, nos 214, 216 ; Leloir, t. I, nos 15, 534.
(3) Loi 7, D. I, 1.

SECTION II. — *Pratique.*

La jurisprudence a complété le Code civil par l'organisation d'une surveillance de la puissance paternelle ; c'était œuvre utile et équitable, sinon légale. Mais elle n'intervient qu'à la condition d'être saisie ; or, combien sont nombreux, principalement dans la classe pauvre, les enfants qui ne trouveront parmi leurs proches personne pour prendre la responsabilité et faire les frais d'une pareille instance : l'action en justice, a-t-on dit avec un peu d'exagération seulement, est un remède à l'usage des riches. De plus, même dans les hypothèses où les tribunaux attribuent en pleine liberté la garde de l'enfant, encore faut-il qu'ils trouvent quelqu'un disposé à accepter une fonction aussi délicate ; les juges transforment la condition du mineur, mais par là ils rendent seulement possible son éducation jusque-là négligée, au gardien d'accomplir la tâche. Enfin certains parents, sans corrompre directement leurs enfants, les exposent aux pires dangers simplement faute de prendre souci d'eux, faute de les diriger : pour les uns il y a impossibilité, retenus qu'ils sont loin de la maison par leurs travaux de façon presque permanente ; pour d'autres il y a insouciance. En pareil cas, le juge ne trouve dans les textes du début du siècle aucun moyen d'intervenir, et cependant il importe de ne pas abandonner cette jeunesse au vagabondage et au vice. Enfants moralement abandonnés, mal ou pas élevés à former, enfants déjà vicieux à redresser, voilà certes de quoi tenter des cœurs généreux. A l'autorité paternelle qui se dérobe ou manque à ses obligations en substituer une artificielle mais moralisatrice, c'est un but noble à poursuivre pour la charité publique ou privée. Disons brièvement ce qu'elle a tenté et aussi à quels obstacles elle s'est heurtée.

I. — Pour une certaine catégorie de mineurs, il était facile de faire quelque chose. Les mineurs de seize ans, traduits devant les tribunaux de répression, ont à subir une peine

s'ils sont condamnés; et s'ils sont acquittés pour avoir agi sans discernement, l'article 66 C. pénal autorise les juges à les envoyer jusqu'à 20 ans dans une maison d'éducation correctionnelle. Or la loi du 5 août 1850 est venue autoriser la libération anticipée des jeunes détenus de l'une ou l'autre catégorie et leur placement chez des particuliers; elle a réservé en même temps à l'administration pénitentiaire le droit de réintégrer l'enfant dans la prison ou la colonie correctionnelle si ses parents le voulaient reprendre au gardien qu'elle a choisi. Les autorités publiques ont malheureusement négligé l'exécution de cette loi sur certains points importants (1), mais l'initiative privée a cherché à en tirer parti pour l'amélioration des jeunes délinquants. Des sociétés se sont fondées pour les recevoir des mains de l'administration pénitentiaire, telle la *Société de patronage des jeunes libérés du département de la Seine* (2) reconnue d'utilité publique depuis 1843. En même temps s'organisaient de nombreuses colonies privées auxquelles les magistrats pouvaient confier *de plano* les enfants; beaucoup sont dirigées, avec un dévouement auquel tous rendent hommage (3), par des religieux ou des religieuses qui travaillent à réformer les caractères les plus rebelles.

Nous retrouverons la question en étudiant plus loin la loi de 1850; indiquons pour le moment les inconvénients du système par rapport au but poursuivi. L'influence paternelle est, en pareil cas, mauvaise pour l'enfant et il s'agit de le moraliser en dehors de l'action des parents. Or, qu'elle tienne ses pouvoirs de l'administration pénitentiaire ou du tribunal à l'égard d'un acquitté pour défaut de discernement, la société

(1) Notamment en ce qui concerne la création de colonies correctionnelles d'après les art. 10 et 11 de la loi. Puibaraud, *Les maisons d'éducation préventive et correctionnelle*, p. 9.

(2) Voir, sur cette société, *Enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires* (Paris 1875), t. III, p. 546 et suiv.; *Bulletin des prisons*, 1889, p. 731. Elle a reçu, en 1887, 240 enfants, Brueyre, *La loi du 24 juill. 1889*, p. 48.

(3) Puibaraud, *op. cit.*, p. 29.

ou la colonie privée est liée par l'article 66 du Code pénal : dès qu'il atteint sa vingtième année, le mineur, devenu une valeur au sens économique du mot, peut être revendiqué par ses parents. Surtout le remède est doublement insuffisant : il ne s'applique qu'à une catégorie restreinte et non à la généralité des enfants qui en auraient besoin ; il n'est pas préventif, mais répressif, il vient trop tard quand le mal est fait ; avec lui il ne s'agit pas de diriger, mais de réformer une nature déjà vicieuse.

II. — Aussi ne s'en est-on pas tenu là. En dehors des mineurs recueillis par l'assistance publique après abandon matériel, en vertu du décret du 19 janvier 1811, il y a les enfants maltraités cruellement dont personne ne veut prendre la défense et la garde, il y a la grande foule des moralement abandonnés, sans autre éducation que celle de la rue, sans autre enseignement que parfois celui de la prostitution ou tout au moins de la mendicité (1). Tous ceux-là, parce qu'ils n'ont pas une famille aisée et qu'ils n'ont pas encore commis de délit caractérisé, va-t-on les laisser à la discrétion de leurs père et mère, de leurs bourreaux vaudrait-il mieux dire parfois, et cela alors même que lesdits parents ont subi une condamnation précisément à raison d'une telle conduite ? L'équité, la morale, l'intérêt social s'y opposent. L'assistance publique et la charité privée vont tenter de se passer du droit et des décisions de justice ; elles recueilleront, à titre de gardiens volontaires, les enfants qu'il faut arracher à la brutalité, la corruption ou l'indifférence coupable des parents.

1° Au point de vue de la bienfaisance officielle, la tendance déjà ancienne est aujourd'hui d'élargir plutôt que de restreindre les catégories d'enfants assistés telles qu'elles résultent du décret de 1811. Au début du siècle on penchait en sens contraire. Généraliser l'œuvre de protection et en conférer les bienfaits à tous les mineurs plus ou moins délaissés

(1) G. Berry, Rapport au Conseil municipal de Paris, le *Temps* du 22 mai 1892.

par leurs parents était une pensée généreuse. Mais son application soulevait de grosses difficultés budgétaires et l'on prétendait d'autre part laisser autant que possible aux pères de famille la charge et la responsabilité de leurs enfants; cette considération, exacte en principe, prenait une importance singulière au lendemain du régime révolutionnaire dont les abus quant à l'admission des enfants aux secours publics se fussent facilement perpétués si l'on n'avait pas réagi. Aussi, loin de songer à enlever des mineurs à leurs parents, chercha-t-on plutôt à restituer ceux qu'on avait reçus à leurs familles toutes les fois qu'ils n'avaient pas légalement droit à l'assistance. Tel est l'esprit de la circulaire du 27 mars 1817 et du règlement ministériel du 8 février 1823. Ce dernier acte va même plus loin, car si, conformément à la jurisprudence antérieure, il permet l'admission aux hospices d'enfants dont les parents actuellement détenus ne sauraient exercer leur autorité, il en refuse l'accès aux orphelins pauvres contrairement au sens obvie du décret de 1811, art. 6 (1), et plus généralement à tout enfant ayant atteint sa douzième année. Rien de tel dans la loi cependant et il est inadmissible de considérer un individu comme capable de se suffire à lui-même dès qu'il a douze ans ; la disposition a vraiment pour but unique de diminuer le nombre des assistés, elle est inspirée par l'intérêt budgétaire (2). La même pensée a présidé dans une large mesure à la suppression des tours (3). Elle a fait prévaloir le système, si éloquemment flétri par M. Lallemand (4), qui consiste à transporter périodiquement les enfants d'un département dans l'autre. C'est elle

(1) Le Conseil d'Etat a condamné cette interprétation par un avis du 18 avril 1842.

(2) Le même intérêt a dicté les dispositions de l'arrêté du Conseil général des hospices civils de Paris en date du 6 août 1845, approuvé par le ministre de l'intérieur le 5 mars 1852, qui reproduit en général l'instruction de 1823.

(3) Nous n'entendons pas par là nous prononcer sur la question du rétablissement des tours. Voir, sur cette importante question, Lallemand, *op. cit.*, p. 666 et suiv.

(4) *Op. cit.*, p. 287. Cette mesure, conseillée pour la première fois par la circulaire du 21 juillet 1827, a été mise à exécution de 1834 à 1849.

qui, à l'heure actuelle encore en province, fait accumuler parfois les enquêtes et contre-enquêtes préparatoires aux admissions sans se soucier du secret souvent indispensable à l'honneur d'une famille (1).

Cette sévérité dans la dispensation des secours ne trouve plus aujourd'hui la même faveur. La nécessité de venir en aide à l'enfance malheureuse se fait de plus en plus sentir et la question d'humanité tend à triompher des considérations budgétaires en même temps que les exigences des faits font quelque peu reculer les principes dans l'ombre. La Société, a-t-on fait remarquer, ne peut se borner à attendre qu'un mineur commette un délit pour l'envoyer dans une prison ou dans une maison correctionnelle, son devoir est ici de prévenir le vice plus encore que de le punir. Aussi une circulaire ministérielle du 21 janvier 1889 a-t-elle rapporté expressément la disposition de l'instruction de 1823 qui fixait à douze ans l'âge maximum d'admission dans le service des enfants assistés. Cette évolution avait été provoquée par l'opinion publique et singulièrement préparée par la pratique administrative elle-même. Bien avant le retrait officiel de l'instruction précitée, l'âge de douze ans n'était plus presque nulle part un obstacle insurmontable à la réception des mineurs particulièrement intéressants. Puis à Paris, où se manifestaient surtout les besoins de l'enfance malheureuse, le Conseil général de la Seine s'est à juste titre préoccupé des procédés pratiques de lui venir en aide. Il a tâtonné d'abord ; mais, après que les termes du problème eussent été précisés par les discussions de la Société des prisons, il s'est adressé, au mois de décembre 1879, à l'administration de l'Assistance publique dont le directeur présentait, en mai 1880, au préfet de la Seine un rapport sur les mesures à prendre en faveur des

(1) Voir Lallemand, *op. cit.*, p. 279. Les inspecteurs départementaux, seuls juges en fait des admissions ou des refus, doivent être rendus responsables de ces abus. Pour restreindre les admissions, ils exagèrent les secours aux filles-mères dont ils sont les grands dispensateurs sous le couvert des préfets ; les dépenses faites de ce chef n'ont pourtant pas de très heureux résultats, voir Lallemand, p. 320-326, 688-701.

mineurs moralement abandonnés. Les conclusions en furent adoptées aussitôt par le Conseil général et, à partir du 1er janvier 1881, le nouveau service a commencé à fonctionner (1).

Sont admis pour y être élevés, après un stage d'observation destiné à écarter les enfants déjà vicieux, tous les mineurs de 16 ans appartenant à l'une des quatre catégories suivantes : 1° ceux dont les parents auront été condamnés à plus de six mois de prison ; 2° ceux qui sont arrêtés pour vagabondage ou mendicité, on ne les fait plus passer devant le tribunal pour obtenir l'application de l'art. 66 du Code pénal ; 3° les enfants arrêtés pour diverses causes par les agents de police ; 4° ceux que les autorités municipales signalent comme délaissés par leurs parents. Aucune loi, aucun décret n'a donné une sanction légale à cette pratique, mais on s'en passera : en présence des faits douloureux de chaque jour on veut aller vite. La question des enfants abandonnés par leurs parents « a pris une orientation nouvelle et elle s'est transportée nettement sur le terrain hospitalier pour n'en plus sortir (2) ». L'institution du nouveau service, c'est l'épreuve avant la lettre de la protection que la loi ne peut manquer d'accorder à cette intéressante catégorie de mineurs.

Les enfants sont remis à l'administration par le parquet, la préfecture de police ou plus rarement par les parents eux-mêmes. Insoumis et non surveillés jusque-là, ils seront régénérés avant leur complète perversion et les résultats obtenus paraissent témoigner de la prudence expérimentée avec laquelle l'œuvre a été fondée, du soin avec lequel elle est conduite (3). Pourquoi faut-il à tous ces éloges joindre une

(1) Voir, au sujet de ce service, *Bulletin des prisons*, 1880, p. 135 et suiv., 718 et suiv.; 1881, p. 3 et suiv.; 1882, p. 59 et suiv.; 1883, p. 658 et suiv.; 1885, p. 962 et suiv.; 1886, p. 735 et suiv.; 1890, p. 59 et suiv.; rapports législatifs Roussel en 1882 et Gerville-Réache en 1884 ; Strauss, *Les enfants moralement abandonnés*, *Nouvelle Revue*, 15 mars 1887; Béquet, *Rép.*, V° Assistance publique, nos 362 et suiv.

(2) Brueyre, Rapport en 1891 au Comité de défense.

(3) Voir, sur les motifs qui ont fait préférer pour les enfants le placement individuel à l'internat admis en Angleterre et en Amérique, un article de M. Brueyre, *Bulletin des prisons*, 90, p. 74 et suiv.

grave critique : l'instruction ministérielle de 1823 parlait le langage de la raison et s'inspirait de l'intérêt social le plus pressant lorsqu'elle proclamait la nécessité de donner à l'enfant une éducation religieuse, ne fût-ce, aux yeux des incroyants, que pour lui apprendre la distinction du bien et du mal (1) ; aujourd'hui les habitudes sont tout autres à Paris. Le baptême n'est conféré à l'enfant naissant apporté à l'hospice que si les parents en font la demande expresse ; *a fortiori* écarte-t-on tout élément religieux de l'éducation donnée aux moralement abandonnés comme aux enfants assistés eux-mêmes. N'est-ce pas se priver bénévolement d'un puissant instrument de perfectionnement ? N'est-ce pas oublier « que la Religion est la grande éducatrice et la plus sûre réformatrice des mœurs (2) », joindre dans une matière aussi grave la témérité à l'injustice et vouer à l'insuccès, par un sentiment étroit de haine antireligieuse, une œuvre bien conçue par ailleurs ?

2° L'initiative des particuliers avait dès longtemps précédé l'administration dans cette voie de la pitié et de la protection pour l'enfance. Innombrables sont les œuvres privées, reconnues ou non d'utilité publique, qui viennent en aide aux enfants pauvres dès leur naissance par les soins donnés aux mères au moment de leurs couches et la surveillance des nourrices (3), les suivent jusqu'à leur majorité et même plus tard par les crèches, par les orphelinats où ils trouvent l'instruction professionnelle, par les patronages qui leur assurent une sorte de paternité adoptive et secourable (4). La plupart de ces œuvres ont un caractère nettement confessionnel et doivent leur origine à un sentiment religieux. D'autres ont pris naissance dans le monde du Palais ému des tristes situations que l'expérience journalière lui révèle, grâce

(1) Lajoye, *L'éducation correctionnelle*, p. 60, 61.
(2) Lallemand, *op. cit.*, p. 330.
(3) Voir, sur ce point, Béquet, *Rép.*, V° Assistance publique, n°s 836 et suiv.
(4) Béquet, *ibid.*, n°s 849-894.

aussi aux travaux de la Société des prisons ; elles ont une large sphère d'action : citons notamment la *Société générale de protection pour l'enfance abandonnée ou coupable*, due en 1879 à l'initiative de M. G. Bonjean, créateur en 1874 de l'orphelinat d'Orgeville, l'*Union française de sauvetage de l'enfance*, présidée naguère par M. Jules Simon, le *Patronage de l'enfance et de l'adolescence*, organisé par M. H. Rollet, le *Comité de défense des enfants traduits en justice* ayant pour secrétaire général M. A. Guillot (1).

La charité privée est ingénieuse en son dévouement ; elle est opiniâtre et moins gênée que l'assistance publique par des règlements stricts et certaines considérations budgétaires. Elle élargit toujours sa sphère d'action, recueillant par exemple sans hésiter les enfants légitimes que leurs parents considèrent comme une charge pour les élever et en faire des hommes. Le but poursuivi mérite bien d'être encouragé. Aussi bien toutes ces œuvres privées ne manquent pas de clients : elles les reçoivent parfois, comme à Paris, par l'intermédiaire du parquet, grâce au besoin à une légère entorse donnée à la loi, le plus souvent sur l'indication de particuliers charitables ou des mains de leurs parents eux-mêmes. En 1880, le nombre des enfants élevés par elles, d'après le rapport de M. Roussel au Sénat, excédait 40.000 (2), chiffre considérable et cependant au-dessous de la vérité, car il ne

(1) Voir, sur ces dernières sociétés et sur les diverses institutions privées de patronage en France et à l'étranger, *Bulletin des prisons*, 1879, p. 815, 876 et suiv., 969; 1881, p. 338 et suiv.; 1883, p. 215 et suiv.; 1885, p. 611 et suiv.; 1886, p. 374 et suiv.; 1887, p. 182 et suiv., 618 ; 1888, p. 603 et suiv.; 1889, p. 115, 375 et suiv., 511 et suiv., 630 et suiv., 736, 757, 840 et suiv.; 1890, p. 16 et suiv., 80 et suiv., 132, 163, 224 et suiv., 337 et suiv., 445 et suiv., 577 et suiv.; 1891, p. 132, 136, 137, 272, 284, 323 et suiv., 448 et suiv., 469, 681 et suiv., 732, 776 et suiv., 867 et suiv., 960 et suiv., 1157 et suiv.; 1892, p. 77 et suiv., 209 et suiv., 355 et suiv., 525 et suiv., 641 et suiv., 820 et suiv., 995 et suiv., 1188 et suiv.

(2) 40.035 dont 8.367 garçons, 4.727 ayant moins de 12 ans, et 31.688 filles dont 11.442 au-dessous de 12 ans, dirigés par 613 congréganistes et 100 laïques. (*Journal officiel*, Sénat, 1883.)

tient pas compte des résultats obtenus par une foule d'établissements obscurs et dépourvus de la personnalité civile.

3° Malheureusement tous ces efforts de la bienfaisance tant publique que privée échouent trop souvent devant les réclamations intéressées des parents. Tant que l'enfant n'a pu être pour ceux-ci qu'une charge, ils ont accepté et au besoin même réclamé que d'autres en prissent soin; mais leurs droits sont restés entiers et ils s'en souviennent le jour où l'instruction élémentaire et professionnelle a rendu l'enfant susceptible de leur rapporter quelque profit, ils le revendiquent alors. Comment résister à leurs prétentions? La pratique charitable a voulu se passer du droit et de la loi, les voilà qui se dressent contre elle avec de tristes champions du reste.

L'administration a rencontré pareille difficulté à l'égard des enfants assistés proprement dits. Elle s'est trouvée en conflit avec les parents de ses pupilles, parents légitimes même parfois, car, pour rares qu'elles sont, les admissions d'enfants légitimes ou qualifiés tels du moins par leur acte de naissance se présentent encore, surtout à Paris (1). Pour parer au danger des revendications ultérieures, des *bureaux d'abandon* ont été créés depuis la suppression des tours, où à la mère demandant l'admission d'un enfant on posait comme conditions qu'elle ne saurait jamais le lieu de son placement, ne recevrait de ses nouvelles que quatre fois par an et saurait seulement s'il est mort ou vivant (2); de plus, afin de faire perdre aux parents la trace du pupille, on le plaçait dans un autre département. Procédé de pratique sans valeur véritable en droit. Les parents conservent toujours leur droit de revendication, ils restent investis de la puissance paternelle et, s'ils ont pu confier l'éducation de leur fils à un tiers quelconque par convention, ce n'est jamais qu'à titre précaire; le décret de 1811 en fournit la preuve dans son article 21 qui prévoit leurs réclamations et cherche par des moyens détournés à

(1) Lallemand, *op. cit.*, p. 280; Brueyre, *Rapport* au Comité de défense des enfants traduits en justice, p. 3. — *Contra* Circ. min. 3 août 1869.

(2) D'Haussonville, *L'enfance à Paris*, p. 27.

en rendre le succès difficile. Il faut constater toutefois qu'en fait, pour les enfants assistés proprement dits, ces expédients arrivent presque toujours à atteindre le résultat cherché. L'administration a rarement affaire à des parents légitimes et nous savons que la jurisprudence se reconnaît des pouvoirs très larges sur l'autorité paternelle aux mains des père et mère naturels. D'ailleurs les réclamations sont rares, les auteurs de l'abandon ayant perdu, volontairement ou non, la trace du petit abandonné ; d'une façon générale au contraire, autrefois, nous l'avons dit, et aujourd'hui encore parfois en province, c'est l'administration qui recherche les parents pour se faire rembourser partie de ses dépenses. Enfin une réclamation se produit-elle : ou elle émane de parents honorables, animés de bons sentiments et capables de bien élever le mineur, c'est alors l'intérêt en même temps que le devoir de l'hospice de le leur rendre même gratuitement ; ou elle s'inspire chez des êtres sans moralité d'une intention d'indigne exploitation et alors, pour se soustraire à l'obligation légale de restitution, il reste à l'administration son autorité morale, c'est quelque chose, c'est même beaucoup contre un adversaire, peu fortuné en général, ignorant sinon de ses droits, du moins du moyen de les faire triompher et facilement effrayé par l'idée d'un procès à soutenir. La commission hospitalière refuserait de se dessaisir avant d'y être condamnée par justice et souvent le tribunal lui attribuerait la garde du mineur ; mais en pratique, la question ne se pose même pas, les parents intimidés n'osent pas saisir les juges (1).

La difficulté se présentera plus fréquemment par la force des choses dans le service des moralement abandonnés organisé, en 1881, par le Conseil général de la Seine, puisque, des enfants admis, la plupart ont leurs parents, beaucoup leurs parents légitimes. Sans se faire grande illusion sur la valeur du procédé, l'Assistance publique, quand les parents sont connus, leur fait

(1) Lallemand, *op. cit.*, p. 301.

signer un contrat d'abandon, emprunté comme formule à la pratique du *New-York juvenile asylum*, par lequel ils déclarent se décharger volontairement sur l'administration du soin de pourvoir leur enfant d'un placement convenable et s'interdire toute immixtion dans sa direction ; s'ils manquent à leurs engagements, ils rembourseront tous les frais occasionnés par le mineur. Il peut y avoir là un moyen d'exercer sur les parents une pression morale et une intimidation salutaires ; mais, redisons-le une fois de plus, cette convention est irrémédiablement nulle et viciée (Code civil, art. 6), parce qu'elle porte sur des droits hors du commerce. Elle n'investit pas l'Assistance publique du droit de correction paternelle et la laisse privée d'une sanction énergique à l'égard des enfants vicieux et insoumis. Elle emporte cession du droit de garde ; mais une telle cession est toujours révocable pour les parents, et cette situation n'est pas changée par l'introduction d'une clause pénale infectée elle-même du même vice que l'obligation principale. Reste l'engagement pris par les parents de payer, s'ils reprennent l'enfant, tous les débours faits à son occasion ; rien de plus juste assurément, mais l'effet en est nul à l'égard d'un réclamant insolvable, du moment que la personne de l'enfant ne peut pas être retenue comme gage de la créance.

L'administration a donc appris à connaître le terrible obstacle apporté parfois par le Code à son œuvre de régénération. Elle l'a souvent tourné, car elle épuise, et l'on ne saurait l'en blâmer, tous les moyens dilatoires de résistance contre des parents indignes ; mais il lui a fallu quelquefois « courber la tête devant des revendications de parents qui, contre l'intérêt de leurs enfants, contre la volonté même de ceux-ci, venaient les lui réclamer pour en tirer profit et parfois un profit infâme (1). » M. Quentin prévoyait par avance cet écueil dans son rapport de 1880, déjà indiqué (2) ; il montrait

(1) Brueyre, *Rapport* en 1888 au Conseil supérieur de l'assistance publique. — *Sic* Roussel, *Rapport* en 1882 au nom de la Commission sénatoriale.

(2) P. 22. — *Sic* Bonjean, *Rapport* à la Société générale pour la protection de l'enfance, 1882, p. 16.

les père et mère « venant nous réclamer leurs enfants prématurément avant que nos sacrifices aient porté leurs fruits naturels... et replongeant dans le milieu malsain d'où nous les aurons tirés ceux que nous avons voulu sauver d'eux-mêmes et de leurs parents. »

Moins puissantes par elles-mêmes, les sociétés privées ont plus souffert encore de cet état de choses. Elles ont cependant tout tenté pour se créer des titres inattaquables sur la personne des enfants à elles confiés par leurs parents ou par les tribunaux correctionnels ; mais M. Bournat, au nom de la Société de patronage des jeunes libérés du département de la Seine, montrait en 1881 à la 3e sous-commission de la Chancellerie l'inanité de ces efforts (1). Une renonciation du père à ses droits, intervînt-elle à la barre du tribunal, serait nulle comme contraire à l'ordre public. Son engagement de rembourser les frais d'éducation en cas de reprise de l'enfant est illusoire, car il est généralement insolvable. Lui fait-on signer au nom de son fils un contrat d'apprentissage, la convention est licite et il doit laisser travailler l'enfant chez le patron choisi par l'œuvre charitable, la combinaison est donc un peu meilleure ; mais le contrat d'apprentissage est toujours résoluble si l'une des parties manque à ses obligations, et le père, s'il le veut bien, trouvera facilement un moyen de le rompre. Bref, quelles qu'aient été les précautions prises par la société privée, la revendication des parents triomphera toujours. On n'ira même pas en justice. « L'œuvre gagnerait son procès et perdrait l'enfant : pourquoi plaiderait-elle ? Dans l'état actuel de notre législation, le juge ne peut pas ne pas ordonner la remise de l'enfant au père, si indigne que soit ce père. Heureux encore cet enfant quand il ne sera qu'exploité ! S'il s'agit d'une jeune fille, le danger est terrible (2) ».

En définitive, l'impossibilité proclamée par le Code civil et reconnue par la jurisprudence de porter une atteinte suffi-

(1) *Bulletin des prisons*, 1881, p. 800.
(2) Exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1889.

sante aux droits du père est la pierre d'achoppement contre laquelle se brisent trop souvent les meilleures volontés. Tant que le mineur n'a pas été traduit en justice après délit, les œuvres charitables publiques ou privées ne peuvent tenir leurs pouvoirs à l'égard d'enfants abandonnés que de la volonté des parents, à titre révocable d'ailleurs et pour six mois au maximum par application de l'art. 377 C. civ. Les sociétés de patronage en ont été réduites à demander elles-mêmes l'envoi en correction de leurs protégés (1), sauf à en reprendre la charge des mains de l'administration après leur mise en état de libération conditionnelle, conformément au texte de la loi du 5 août 1850, et les tribunaux ont renoncé à leur confier sans jugement les enfants traduits devant eux. Le dernier mot reste à la loi et, même entre des mains indignes, la puissance paternelle demeure incessible et inaliénable.

(1) Bournat, déposition précitée, *Bulletin des prisons*, 1881, p. 800.

CHAPITRE V

Législation postérieure au Code civil : limitations de la puissance paternelle.

En exposant la théorie du Code civil sur la puissance paternelle, nous en avons signalé les imperfections et les lacunes qu'un examen rapide de la pratique et de la jurisprudence a rendues plus saillantes encore. Malgré les efforts des tribunaux pour faire du droit équitable et prétorien, des œuvres publiques ou privées pour se passer de texte légal, l'insuffisance dans la loi des moyens restrictifs à l'égard des parents qui négligent leurs devoirs sacrés s'est cruellement fait sentir et du seul législateur pouvait venir un remède vraiment efficace. Cependant, jusqu'en 1889 du moins, cette question des limitations aux pouvoirs du père n'a pas été reprise dans son ensemble.

D'autre part, les règles légales soulevaient, nous l'avons dit, certaines critiques à un point de vue tout différent. Si les abus d'autorité n'étaient pas efficacement sanctionnés chez les parents, l'exercice normal de la puissance paternelle n'était-il pas en revanche insuffisamment protégé et fortifié par la loi? Les conséquences d'une pareille lacune impressionnent moins le public et les situations par elle créées peuvent pratiquement paraître moins intolérables; les effets en sont peut-être cependant plus graves, car les mœurs de la nation souffriront fatalement de la mauvaise organisation d'une institution aussi nécessaire à l'ordre social que la famille. Les pères comprennent et pratiquent en général leurs devoirs, il ne faut pas cesser de le redire; ils doivent être aidés dans leur tâche par la loi.

Cependant, depuis 1804, nulle augmentation importante de droits n'a été consacrée au profit des parents. Seule, la

loi du 21 mars 1832, reproduite en cela par les lois du 27 juillet 1872 (art. 46) et du 15 juillet 1889 (art. 59), a modifié l'art. 374 C. civ. en prolongeant jusqu'à la vingtième année d'un mineur la nécessité de l'autorisation paternelle pour son engagement volontaire dans l'armée. Aujourd'hui du reste (1) comme dès le début du siècle, l'intérêt de la patrie à défendre s'impose à tous; d'où chaque année les jeunes gens qui ont eu vingt ans révolus l'année précédente doivent figurer au tableau de recensement militaire, puis, après constatation de leur aptitude physique et appréciation des dispenses par eux invoquées, ils seront envoyés sous les drapeaux pour un temps plus ou moins long. Beaucoup de jeunes conscrits sont encore mineurs, néanmoins les parents ne sauraient les soustraire à leurs obligations envers la France, les motifs de cette disposition n'ont vraiment pas besoin d'être développés.

Relevons encore dans les lois des 26 juin 1889 et 22 juillet 1893 une application nouvelle des droits reconnus sur la personne des mineurs à leurs représentants légaux et notamment aux père et mère : une déclaration émanée desdits représentants fait valablement acquérir au mineur de 21 ans (2) la nationalité française (3). Soit que l'enfant, Français en principe, puisse décliner cette faveur au cours de sa 22e année (4),

(1) Loi 15 juill. 1889, art. 10. Le service actif en temps de paix est de 3 ans en principe et d'un an pour les dispensés.

(2) Les lois de 1889 et 1893 ne tiennent aucun compte de l'âge fixé pour la majorité par les législations étrangères.

(3) Un père français ne peut décliner cette nationalité au nom de son fils mineur : cette solution résulte de l'esprit de la loi de 1889, sinon de son texte. (Cass. 26 fév. 1890, *Journal droit internat. privé*, 1890, p. 117. Cogordan, *La nationalité*, p. 179; Despagnet, *Précis de droit internat. privé*, p. 170; Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, nos 22, 23; Surville et Arthuis, *Cours élémentaire de droit internat. privé*, p. 677; Audinet, *Changement de nationalité des mineurs*, p. 7 et suiv.) — *Contra* Loi allemande du 1er juin 1870, loi hongroise des 20-24 déc. 1879, loi belge du 16 juil. 1889.

(4) Tel l'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même et domicilié en France de droit ou de fait au jour de sa majorité. Dans cette hypothèse et autres semblables, l'enfant reste en principe étranger jusqu'à sa majorité sous la condition suspensive de sa domiciliation en France à cette époque et sa condition est, pendant sa minorité, la même à tous égards que celle des

soit qu'il faille un acte de volonté formelle pour le rattacher à la France, le législateur moderne, préoccupé de lui assurer de bonne heure tous les avantages de la naturalisation, notamment l'accès aux écoles du Gouvernement, permet à son représentant légal, père, mère ou tuteur autorisé du conseil de famille, de faire en son nom et pendant sa minorité les déclarations tendant à l'obtention de la nationalité française ou même de renoncer pour lui d'avance à la faculté de revendiquer la qualité d'étranger (1). Un tel acte de la part des parents au nom de leur enfant non émancipé (2) rentre dans la sphère des droits d'éducation et de garde; il se rattache donc à l'exercice de la puissance paternelle d'autant plus que, pour grave qu'il est, le mineur n'y intervient pas, cependant sa personne se trouve par là même engagée, sinon pour la vie entière, du moins pour une longue période et avec des conséquences irréparables (3). C'est une nouvelle attribution qui est conférée au père et à la mère.

Mais le tuteur, remarquons-le, est appelé à faire les mêmes déclarations, cela non seulement quand les parents sont morts, mais encore quand le survivant d'eux est exclu ou destitué de la tutelle. Si évidemment cette disposition tout exceptionnelle ne doit pas être étendue au cas où le survivant

---

étrangers. (Cass. 9 déc. 1891, *Journal droit internat. privé*, 1892, p. 690, S. 92, 1, 107. Weiss, *Nationalité*, p. 167, 168; Lesueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 160; Audinet, *Principes élémentaires du droit internat. privé*, nos 121, 122.) A sa majorité il devient Français rétroactivement sous la condition résolutoire de son abdication. (Weiss, p. 165; Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 759; Audinet, *op. cit.*, nos 124, 125.)

(1) Telle est la disposition formelle du décret du 13 août 1889, art. 11 ; elle est critiquable, car un décret ne peut rien changer ni ajouter à la loi. En fait, la formule arrêtée par la Chancellerie pour la déclaration à faire au nom du mineur contient à la fois une réclamation de la nationalité française et une renonciation au droit de l'abdiquer. (Cogordan, p. 99; Lesueur et Dreyfus, p. 136; Audinet, no 136.)

(2) Le mineur émancipé fait-il en personne sa déclaration de nationalité ? Voir en sens divers Leloir, t. I, no 394, p. 293; Lesueur et Dreyfus, p. 116, 117.

(3) C'est là une dérogation aux règles ordinaires en matière d'acquisition de la nationalité d'après les lois françaises de 1874, 1882 et 1883 et la loi belge du 16 juillet 1889. Voir Audinet, *Changement de nationalité*, p. 23.

des époux est excusé de la tutelle (1), elle n'est pas moins en contradiction avec les principes admis jusqu'en 1889 pour la répartition des pouvoirs entre tuteur et père survivant. Elle est bien caractéristique des tendances actuelles du législateur ; nulle objection n'a été formulée contre son insertion motivée, d'après le rapporteur (2), par le désir de rendre le texte plus clair.

Avant de quitter les lois récentes sur la naturalisation, il nous faut dire qu'elles innovent encore à un autre point de vue. Désormais l'acquisition de la nationalité française par le père ou par le parent survivant la confère aussi *ipso facto* (3) à ses enfants mineurs, sauf le droit pour ceux-ci de réclamer l'extranéité dans l'année qui suit leur majorité (4). Doit-on voir dans ce changement de nationalité des enfants le résultat d'un acte de puissance paternelle de la part des parents naturalisés ou réintégrés Français ? On l'a nié tout au moins dans les cas où l'acquisition de la patrie française a lieu pour les mineurs de plein droit et sauf abdication ultérieure : la loi seule, non la volonté paternelle, opérerait en effet la transmission de nationalité (5). Pour justifier cette thèse, on a fait remarquer que la naturalisation d'un père français à l'étranger n'enlèverait pas à ses enfants

(1) De même l'autorisation du conseil de famille ne sera pas nécessaire quand la déclaration émanera du survivant des époux investi de la tutelle. Lesueur et Dreyfus, p. 115 ; Leloir, t. I, n° 313.

(2) M. Ant. Dubost, 2e rapp. suppl., Ch. députés, 1889, ann. n° 3560, *Journal officiel*, 17 juill. 1889.

(3) Code civil, art. 12, 18 nouveaux pour les enfants mineurs de parents qui se font naturaliser Français ou d'un ex-Français qui obtient sa réintégration. *A fortiori* faudrait-il attacher le même effet à la réclamation, plus favorable encore, de la nationalité française, en vertu des art. 9 et 10 Code civil. (Argum. Déc. 18 août 1889, art. 5, § 2 ; en ce sens, Lesueur et Dreyfus, p. 138, 139 ; Audinet, *Droit internat. privé*, n° 174. — *Contra* Vincent, p. 880.) Par une exception inexplicable, l'art. 19, quand une Française, devenue étrangère par son mariage, se fait restituer, après veuvage, sa nationalité primitive, n'attribue la nationalité française à ses enfants que s'ils bénéficient d'une naturalisation expresse, mais leur refuse le droit de la décliner à leur majorité s'ils l'ont obtenue.

(4) *Sic* Code civil italien, art. 10.

(5) Leloir, t. I, n° 116.

la qualité de Français. Cette dernière affirmation n'est peut-être pas indiscutable, car elle s'appuie sur les travaux préparatoires et l'esprit de la loi de 1889, mais conduit en pratique à des solutions bien incohérentes sur les effets de la naturalisation (1). Fût-elle vraie d'ailleurs, le père a bien posé un acte juridique en ce qui concerne sa propre personnalité tout au moins et c'est à cet acte que la loi attache un effet à l'égard des enfants mineurs. La loi ne fait-elle pas varier le domicile du fils quand le père change son domicile propre ; si la fixation du domicile du mineur chez son père pendant le mariage est une conséquence, prochaine ou éloignée peu importe, de la puissance paternelle, pourquoi en serait-il autrement de l'adoption de la nationalité française ? Le législateur de 1889 a bien lié les deux notions et la thèse nouvelle de la naturalisation collective n'a trouvé au Sénat des adversaires que parce qu'ils y voyaient une exagération des droits des parents (2). Enfin la pratique, sanctionnée par le décret du 13 août 1889, autorise en pareil cas le père à renoncer par avance à la faculté pour son fils de décliner la nationalité française ; ici la question ne se pose même plus pour qui admet la légitimité du procédé, car l'acte juridique fait pour l'enfant apparaît alors, singulièrement énergique même, et il relève incontestablement de l'autorité paternelle.

Quand désormais nous aurons cité la loi du 30 novembre 1894 sur les habitations à bon marché dont l'art. 8, pour le cas où une maison individuelle, construite suivant les conditions prescrites, figure dans la succession de son constructeur ou acquéreur, permet à celui-ci de l'attribuer librement à tel ou tel de ses héritiers qui veut l'habiter, notre énumération sera complète des lois faites au cours du siècle pour élargir et fortifier la puissance des parents. Nous serons retenus plus long-

(1) Dans le sens de l'effet strictement personnel de la naturalisation étrangère du père, voir Cogordan, p. 249; Lesueur et Dreyfus, p. 198, 199; Vincent, p. 907 et suiv.; Audinet, *Droit internat. privé*, n° 193.— *Contra* Nancy, 18 nov. 1891, *Journal droit internat. privé*, 1892, p. 507. Cohendy, le *Droit*, 2-3 nov. 1889.

(2) Sénat, séances des 13 et 15 nov. 1886.

temps par l'examen des documents législatifs destinés à en prévenir et réprimer les excès. En général ils sont intervenus assez tard et modifient seulement en quelques points la théorie primitive : tous s'inspirent d'un sentiment plus ou moins raisonné de protection pour l'enfance ; les plus récents nous paraissent refléter une tendance, que nous jugeons funeste, à centraliser aux mains de l'Etat le contrôle de l'autorité paternelle. Jusqu'en 1889 d'ailleurs le législateur, à vraiment parler, limite uniquement cette autorité sans la détruire et c'est à l'étude de ces limitations que le présent chapitre sera consacré. Nous aborderons dans le suivant l'examen de la loi du 24 juillet 1889 qui, plus hardie, rend possible dans des cas nombreux la déchéance des parents.

Parmi les textes limitatifs de l'autorité paternelle, véritables lois de police et de sûreté applicables à tous, même aux étrangers, sur le territoire français (1), il est encore nécessaire d'établir des catégories. Quelques uns ne touchent qu'accessoirement à notre sujet et nous en parlerons brièvement : ils précisent les droits et devoirs de l'administration quand, à titre exceptionnel, elle a la garde d'enfants mineurs. D'autres lois opèrent plus directement dans un sens restrictif des prérogatives du père, mais se subdivisent encore, les unes s'adressant à la généralité des citoyens, les autres, les plus urgentes et les meilleures, provoquées par les transformations économiques du siècle et visant presque exclusivement une certaine classe sociale.

Section I. — *Lois relatives aux droits de l'administration gardienne de mineurs.*

Dans cet ordre d'idées, nos explications seront aussi limitées que possible. L'œuvre du législateur se résume jus-

(1) Leloir, t. I, n° 294 ; Audinet, *Droit internat. privé*, n°s 588, 589 ; Huc, t. I, n° 110, et t. III, n° 225. La loi du 2 novembre 1892 le dit expressément dans son art. 1er. Jugé de même pour la loi du 19 mai 1874, Aix, 7 fév. 1884, S. 84, 2, 57, et pour celle du 28 mars 1882, Trib. simple police Ressons-sur-Matz, 13 juill. 1883. — *Contra* Trib. simple police, Céret, 2 février 1883.

qu'ici, malgré de nombreux projets de réforme, aux lois des 10 janvier 1849 et 5 août 1850 relatives, la première à la tutelle des enfants assistés du département de la Seine, la seconde à l'éducation et au patronage des jeunes détenus par application des art. 66 et 67 du Code pénal. Il y faudra joindre, quant aux enfants assistés, l'indication de certains actes du pouvoir exécutif, décrets réglementaires et arrêtés ministériels, sur l'organisation du service.

A. — Enfants assistés.

1° De la loi du 10 janvier 1849 nous retiendrons seulement ceci : la tutelle des enfants assistés à Paris (c'est-à-dire en fait du tiers des enfants assistés en France) n'est plus organisée conformément aux règles de la loi de l'an XIII. Ils ne sont plus les pupilles d'un membre de la commission administrative à titre individuel dans chaque hospice, mais relèvent tous du seul directeur général de l'Assistance publique (art. 3). Cette administration comporte bien un conseil de surveillance ; mais ce conseil, aux attributions limitativement énumérées par la loi, donne seulement des avis, il n'a donc aucune part dans l'œuvre de la tutelle à laquelle nul texte ne l'associe et le directeur se trouve constitué tuteur légal sans conseil de famille, investi d'une autorité sans contrepoids. Quant à la personne et même quant aux biens de ses pupilles (exception faite toutefois pour le droit de jouissance légale), le directeur de l'Assistance à Paris réunit en ses mains tous les pouvoirs du père pendant le mariage (1). Par exception cependant, la loi du 27 février 1880 l'oblige, pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux enfants, à prendre le consentement du conseil de surveillance, assimilé en ce cas, mais uniquement en ce cas, à un conseil de famille ; en toute autre occurrence il est omnipotent.

2° D'autres modifications ont été apportées dans le service des enfants assistés, à défaut de lois, par des décrets ou

(1) Lallemand, *op. cit.*, p. 295, note 1 ; Leloir, t. I, n° 614.

des arrêtés ministériels; c'est du reste une pratique traditionnelle au ministère de l'intérieur de substituer ici son action à celle du législateur. Nous n'en voulons rappeler (1) que la partie relative au rôle de plus en plus grand attribué à l'Etat dans la direction générale. Telle n'avait pas été l'idée première du législateur : les pouvoirs sur la personne et sur les biens des enfants devaient compéter non aux représentants directs de l'Etat, mais aux commissions hospitalières (2); en fait aujourd'hui ils sont concentrés aux mains des inspecteurs départementaux, fonctionnaires dépendant du Pouvoir central et nommés par lui.

La création de ces inspecteurs, il faut le reconnaître, répondait à un vrai besoin. Déjà surchargées de devoirs et de responsabilités, les commissions hospitalières, faute de pouvoir s'occuper elles-mêmes effectivement du placement de leurs pupilles à compter de la douzième année, avaient besoin d'un agent d'exécution spécialement commis à cette fonction. Le décret de 1811 l'avait pensé et les autorisait à en choisir un qui dépendit d'elles et fut payé par le département; cette façon de procéder fut pratiquée à partir de 1835 en certaines contrées. Mais, depuis 1839, se dessine une tendance à substituer aux dites commissions, dans tous leurs rapports avec les mineurs, des inspecteurs dont l'Etat fait, timidement d'abord (3), puis avec plus de hardiesse (4), ses représentants chargés du contrôle général. Du jour où leur traitement incombe au budget général, l'évolution est accomplie; le ministre écrit alors aux préfets : « Le personnel de l'inspection devra, sous votre autorité, prendre plus activement encore la direction du service, il devra ne demeurer

(1) Voir, pour tout le détail, le remarquable ouvrage de M. L. Lallemand.

(2) Au directeur de l'Assistance à Paris, depuis 1849.

(3) Circ. min. 12 mars 1839.

(4) Circ. 30 avril 1856. Elle recommande aux préfets, au cas où la tutelle des commissions laisserait à désirer, « d'en déléguer personnellement l'exercice » à l'inspecteur. Recommandation étrange, car le préfet n'a jamais eu les droits qu'il doit ainsi déléguer.

étranger à aucun des détails de la tutelle administrative (1). » Aujourd'hui en effet l'inspecteur est tout; il se contrôle lui-même, mais n'est contrôlé par personne, puisque le Conseil général règle le service à son rapport. En revanche, le rôle des commissions, devenu presque exclusivement honorifique, se borne à autoriser certains mariages ou à défendre aux instances judiciaires.

La situation, illégale en droit car il y a empiétement du Pouvoir central sur un domaine que la loi ne lui a pas affecté, est grave dans ses conséquences. C'est peut-être une étape lointaine vers cette utopie redoutable à nos yeux de l'Etat dirigeant en maître l'exercice par les particuliers de la puissance paternelle. Il ne saurait être non plus indifférent que l'autorité sur les enfants assistés, puissance paternelle véritable improprement qualifiée tutelle, fût exercée par une commission composée d'hommes du pays, au courant de ses habitudes, ou par un fonctionnaire du gouvernement opérant d'après un règlement immuable, sous le couvert du préfet, agent politique par essence. Les premiers à en souffrir sont les pupilles de l'administration qui trouvent trop souvent chez les inspecteurs, au lieu des qualités requises pour l'éducation de l'enfance, les préjugés et les haines dont, sous un gouvernement démocratique, s'inspire la majorité au pouvoir, en ces dernières années par exemple un zèle antireligieux extrême (2). Malgré ces inconvénients, les conseils généraux ont presque tous adopté sans protestations l'organisation nouvelle. A Paris toutefois, l'inspection départementale, fondée en 1875, a échoué dans son dessein de prendre la di-

(1) Circ. 3 août 1869. *Sic* Rapport précédant le décret du 31 juillet 1870. Sur toute la question, voir Béquet, *Rép.*, V° Assistance publique, n^os^ 323 et suiv.; Lallemand, *op. cit.*, p. 301 et suiv., 663; Leloir, t. I, n° 621.

(2) Ils en ont fait notamment preuve relativement à l'enseignement primaire, en interdisant aux gardiens d'enfants assistés, même faisant partie de leur famille, de les envoyer aux écoles privées. Voir par exemple la lettre de l'inspecteur départemental d'Ille-et-Vilaine en date du 10 janvier 1894 (*L'Autorité*, 3 mars 1894). Lesdits gardiens sont même menacés de se voir retirer leurs pupilles s'ils n'envoient pas leurs propres enfants aux écoles publiques.

rection du service; le Conseil général s'y est énergiquement opposé et deux rapports de sa 3e commission, en novembre 1878 et décembre 1880, rappellent les inspecteurs à une saine notion de leurs attributions: « l'administration administre et l'inspection inspecte. » Il suffit bien déjà que le directeur de l'Assistance publique, tuteur légal des enfants assistés du département, soit nommé par le Pouvoir.

Tout ne nous paraît pas louable dans les réformes ainsi opérées à l'égard des enfants assistés soit par la loi elle-même, soit par cette législation secondaire dont en pratique l'autorité est presque égale à celle de la loi. Comment approuver cette concentration aux mains du directeur de l'assistance publique à Paris de pouvoirs plus grands à l'égard des pupilles que ceux du père vis-à-vis de ses enfants pendant le mariage, puisqu'aucun contrôle même moral, analogue à celui de la mère, ne s'exerce sur lui? En province, la centralisation du service et le rôle prépondérant des inspecteurs ne nous satisfont pas davantage; à supposer même que ces libertés prises avec les textes législatifs aient produit de bons résultats, il y a là un procédé dangereux et de nature à énerver l'autorité de la loi.

B. — Mineurs en correction.

En vertu des articles 66 et 67 du Code pénal, nous l'avons dit, les mineurs de 16 ans traduits devant les tribunaux de répression pouvaient, même acquittés pour défaut de discernement, être internés jusqu'à vingt ans révolus. Le but évident du législateur en ce dernier cas était de soustraire l'enfant à la garde de son père afin de le moraliser. Mais, de même que le Code civil pour les enfants internés par voie de correction paternelle, le Code pénal avait seulement posé un principe sans en régler l'application. Aussi les jeunes détenus, condamnés ou acquittés, étaient-ils en pratique tous réunis dans la promiscuité des prisons de droit commun, confondus même avec les adultes prévenus, accusés ou condamnés à moins d'un an de prison; un tel internement allait

contre les intentions du législateur, car il devenait presque forcément une école de perversité et de crime. De plus, les tribunaux avaient ainsi le droit d'enlever aux parents la garde des mineurs coupables ; mais aucune mesure n'était prescrite pour l'éducation morale de ces malheureux, il y avait là une énorme lacune fréquemment signalée. A ces divers points de vue, la loi du 5 août 1850, très judicieusement inspirée en général, est venue réaliser un grand progrès. Elle veut rendre l'emprisonnement sans danger et même moralisateur pour les enfants détenus par voie de correction paternelle ou sur l'ordre des juges.

A. — Cette loi a trois séries de dispositions : 1° Il y aura désormais séparation absolue entre les adultes prévenus, accusés ou condamnés, et les jeunes détenus à quelque catégorie qu'ils appartiennent. Une sélection sera en outre opérée entre ces derniers. Pour les garçons, un quartier distinct dans les maisons d'arrêt sera affecté aux condamnés à moins de six mois ; les colonies pénitentiaires seront ouvertes aux mineurs acquittés et, après un séjour de 3 mois en prison, aux condamnés à un emprisonnement de 6 mois à deux ans ; enfin, des colonies correctionnelles seront établies en France et en Algérie pour les condamnés à plus de deux ans de prison et les pensionnaires des colonies pénitentiaires jugés insubordonnés. Des maisons pénitentiaires seront créées à l'usage des filles mineures de toutes catégories. Les établissements de ces trois dernières espèces sont de préférence privés, mais peuvent aussi être publics. (L. 5 août 1850, art. 2-4, 6, 10, 11, 15, 16. Déc. 11 août 1885, art. 29.) Soit dans ces maisons, soit dans les prisons ordinaires, des chambres seront réservées aux enfants internés par voie de correction paternelle de façon à leur éviter tout contact avec les autres prisonniers (1).

2° Tous les mineurs détenus doivent recevoir l'instruction élémentaire et surtout une éducation morale, religieuse et

(1) C'est le seul point sur lequel la loi de 1850 réglemente la condition des enfants détenus par voie de correction paternelle.

professionnelle (art. 1er). Les garçons, dans les colonies pénitentiaires, sont employés à des travaux agricoles ou aux principales industries s'y rattachant (1) et le même régime est accordé par faveur aux bons sujets dans les établissements correctionnels après un stage de six mois de prison ; les jeunes filles s'occupent de travaux industriels convenant à leur sexe (art. 3, 4, 12, 17). Pendant toute la durée de la détention, les parents sont privés non seulement de la garde de leurs enfants, mais encore de tout droit d'éducation et de correction : ils ne peuvent ni les reprendre, ni surveiller leur instruction, ni réprimer leurs écarts, la sentence du tribunal les a frappés d'une sorte de déchéance de fait. C'est l'administration qui, en vertu de l'art. 11 de la loi, a qualité pour punir ses pupilles insubordonnés en les faisant par exemple passer des colonies pénitentiaires aux correctionnelles sans même avoir à consulter l'autorité judiciaire. Seules donc sont maintenues aux mains du père, à l'égard de son fils condamné ou envoyé en correction par le juge, les prérogatives relatives aux biens, c'est-à-dire la jouissance et l'administration légales ; l'enfant conserve aussi chez lui son domicile de droit (2).

3° La loi n'abandonne pas le mineur à sa sortie de la maison d'éducation pénitentiaire. L'article 9 organise la libération conditionnelle en cas de bonne conduite : le détenu sera rendu à ses parents, s'ils présentent les garanties désirables de moralité et d'autorité (3), sinon placé chez un patron de mœurs irréprochables choisi directement ou par l'intermédiaire d'une société de patronage, mais toujours en fait avec l'assentiment du préfet. Le père de famille ne recouvre pas

(1) Les auteurs de la loi attribuaient une grande vertu réformatrice aux travaux de la terre. Ils adoptaient la formule préconisée et mise en pratique par M. Charles Lucas au val d'Yèvre : « L'amendement de l'enfant par la terre et de la terre par l'enfant. » Sans aller aussi loin dans cet ordre d'idées, M. A. Guillot (*Les prisons de Paris et les prisonniers*, 1890) soutient avec grande raison que la place des prisons d'enfants n'est pas à Paris mais dans les champs.

(2) Décis. min. just. 17 oct. 1878. — *Contra* Circ. min. just. 18 oct. 1852.

(3) Cette mesure a « l'avantage de fortifier l'autorité paternelle sous l'ascendant de laquelle l'enfant est ramené ». Circ. min. 11 mars 1876.

pour cela l'exercice de la puissance paternelle, même s'il est désigné comme gardien; en effet, la libération anticipée est conditionnelle et provisoire, l'enfant peut toujours être réintégré dans la colonie par une simple décision administrative quand sa conduite ou celle du père laisse à désirer. Une pareille mesure, quelque peu injuste en ce nouveau cas puisqu'elle frappe un innocent pour la faute d'autrui, sera prise à l'égard du pupille confié à un tiers, si les parents tentent de reprendre sur lui une influence dangereuse.

C'est aussi cette influence pernicieuse, capable de détruire les bons effets de l'éducation correctionnelle, que l'article 19 a pour but de combattre au jour de la libération définitive et particulièrement entre vingt ans, limite de la correction d'après l'art. 66 du Code pénal, et la majorité des libérés. En conséquence, il met ces ex-pupilles de l'administration « sous le patronage de l'Assistance publique pendant trois années au moins (1).» Seulement le législateur s'en est remis au pouvoir exécutif du soin d'organiser par décret ce patronage et le règlement d'administration publique promis n'a jamais vu le jour.

B.—Telle est cette loi du 5 août 1850 qui, certes, pas plus que le Code civil lui-même, n'est sans défauts. Les catégories établies par elle ne sont pas toutes rationnelles; elle tolère une confusion regrettable entre les mineurs condamnés et les acquittés, ne se préoccupe pas assez des origines, des aptitudes des jeunes détenus ou de la nature de leurs infractions et attribue aux travaux agricoles une vertu fortifiante et moralisatrice peut-être exagérée sans tenir un compte suffisant des nécessités de la vie au jour de la libération. Malgré tout, de sérieux progrès sont réalisés: séparation des enfants et des adultes, division des établissements correctionnels en trois catégories, création de la libération provisoire. Surtout il est facile de répondre à ses détracteurs qu'avant de la juger sévèrement, il eut fallu l'appliquer, car, pour excellents que

(1) Voir, sur le patronage des détenus libérés à l'étranger, Fuchs, *Bulletin des prisons*, 84, p. 761, 89, p. 687.

fussent les principes posés, elle ne devait valoir que par la façon dont ils seraient ramenés à exécution; or, sur certains points, on ne l'a même pas tenté. Bien des prescriptions généreuses sont restées lettres mortes, soit à raison des grosses dépenses qu'elles eussent nécessitées, soit par suite du mauvais vouloir de l'administration à l'endroit des œuvres de l'initiative privée.

1° Le législateur de 1850, inspiré du même esprit que les auteurs de l'art. 375 C. civ., voulait l'isolement des détenus par voie de correction paternelle ou judiciaire et prévoyait pour leur moralisation diverses espèces d'établissements se distinguant par le plus ou moins de sévérité du régime. A cette époque déjà, la charité privée avait fait des fondations avec cette destination (1), c'était d'elle que venait l'impulsion ; l'administration n'avait, semblait-il, qu'à l'imiter. Mais des difficultés budgétaires furent soulevées tant par les départements propriétaires des prisons que par l'Etat lui-même; « des motifs d'économie plus ou moins réels..... ont prévalu sur l'intérêt éminemment social de la moralisation des enfants (2)», et voici où l'on en était en 1894. Sur 365 maisons d'arrêt, 19 seulement étaient aménagées suivant le système cellulaire et, malgré le vote de la loi du 4 février 1893, bien du temps s'écoulera encore avant que la transformation des anciennes prisons départementales soit complète (3). Jusque-là, en dépit de l'art. 30 du décret du 11 nov. 1885, en dépit des efforts et de la bonne volonté des agents pénitentiaires, l'enfant mis en détention par des parents peu aisés ne sera pas préservé de toute promiscuité avec les prévenus et les condamnés même adultes.

Rien d'ailleurs n'est organisé pour son instruction et son éducation ; pas de maître qui le suive et le redresse,

(1) Les Madelonnettes en 1831. La Roquette et Oullins en 1839. Mettray et deux maisons à Bordeaux et à Marseille en 1839. En 1843, le Petit-Quevilly, Saint-Jean, Sainte-Foy. En 1847, le val d'Yère. En 1848, Citeaux, etc.

(2) Rapport de M. le conseiller Voisin à l'Assemblée nationale.

(3) Voir, pour l'évaluation de la dépense, le rapport de M. Bérenger au Sénat, *Bulletin pris.* 1889, p. 53 et suiv., 158 et suiv.

personne qui soit spécialement chargé de lui inculquer les principes de travail, de morale et de religion plus nécessaires que jamais à son âge et dans sa situation. Pour ce mineur il faudrait non des geôliers mais des éducateurs, il s'agit moins de le châtier que de l'assouplir en le moralisant ; en fait, il achève de se corrompre au contact du vice sous un régime d'excessives rigueurs. Telle est la conclusion tirée par un haut fonctionnaire des prisons, même pour Paris où cependant le service à la Petite-Roquette (1) est bien mieux organisé qu'en province. « Je comprends à merveille, dit-il, que, dans l'état actuel de nos prisons départementales, l'application de l'art. 375 du Code civil soit pour ainsi dire tombée en désuétude. Seuls y ont recours les pères mal informés et la plupart ne tardent pas à user de la faculté que leur donne l'art. 379 d'abréger la détention de leur enfant(2)». De fait, le nombre des enfants détenus à ce titre dans les prisons de l'Etat va toujours en diminuant (3). Les parents préfèrent s'adresser aux établissements privés, notamment à la « Maison paternelle » de Mettray, ce collège cellulaire modèle (4) dont le seul défaut est, par suite du prix de pension fort élevé, de n'être pas à la portée de tous.

Pour obéir au vœu de la loi et rendre à l'art. 375 C. civ. son utilité pratique, il eut suffi, semble-t-il, de n'admettre les enfants que dans les prisons cellulaires, pourvues à leur intention d'un aumônier et d'un instituteur dévoué, puis surtout d'encourager la fondation de maisons privées, plus modestes que celle de Mettray, mais régies par les mêmes principes de solitude et de discipline, revêtues de l'investiture

(1) Voir, sur cet établissement, Maxime du Camp, *Paris, ses organes, sa fonction et sa vie*, t. III, p. 308 et suivantes ; Arbous, *Les prisons de Paris*, p. 54 ; d'Haussonville, *L'enfance à Paris*, p. 401, 405.

(2) L. Puibaraud, Rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice les 3 janvier et 14 février 1894, p. 19.

(3) Au 31 décembre 1889, ils n'étaient que 38 dont 23 à la Petite-Roquette (statistique pénitentiaire de 1889 publiée en 1893, p. 341). Au 31 avril 1890, il y en avait 34 à la Roquette et 55 à Fouilleuse (note de l'administration pénitentiaire au congrès de Saint-Pétersbourg).

(4) Puibaraud, *op. cit.*, p. 20.

administrative (1). Les tendances sont cependant contraires. Les jeunes filles, par exemple (2), étaient, jusqu'à ces derniers temps, placées exclusivement dans des maisons religieuses agréées par le gouvernement, il en est même encore ainsi pour les protestantes ou israélites ; mais, depuis 1885, l'administration du département de la Seine, après avoir résilié le traité conclu avec les dames de Saint-Michel, a dirigé les jeunes catholiques sur la colonie de Fouilleuse d'abord, puis les envoie aujourd'hui à Nanterre. L'éducation religieuse est négligée pour ne pas dire exclue ; rien de plus nécessaire pourtant en pareil cas, ne fût-ce que pour adoucir les caractères rebelles et inspirer l'idée de responsabilité morale. L'administration française prise en bloc semble vouloir nier de parti pris cette vérité élémentaire que les étrangers lui ont parfois rappelée.

Si grave que soit l'inobservation des règles de la loi de 1850 à l'égard des mineurs en correction paternelle, il reste du moins aux parents la possibilité de s'adresser, quand leur fortune le leur permet, à un établissement privé, la faculté dans tous les cas de faire cesser la détention. Les conséquences en sont bien plus redoutables quant aux internés par application des articles 66 et 67 du Code pénal. De quartier distinct dans les prisons départementales il n'y en a pour eux que dans 19 maisons cellulaires ; partout ailleurs la promiscuité avec les autres condamnés est obligatoire ou est à redouter (3). Les colonies pénitentiaires existent (4), mais

(1) *Sic* Puibaraud, p. 21.

(2) Elles avaient été primitivement installées dans un quartier séparé de Saint-Lazare. Voir, quant à elles, Maxime du Camp, *Paris bienfaisant ; Enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires*, t. III, p. 526 et suiv.; d'Haussonville, *L'enfance à Paris*, p. 293, 423 et suiv.; Guillot, *Les prisons de Paris et les prisonniers*, 1890, p. 293; *Bull. pris.*, 1885, p. 999 ; 1888, p. 923; 1890, p. 292.

(3) M. Puibaraud, *op. cit.*, p. 18, demande que, là où les prisons ne présentent pas de garanties de moralité suffisantes, les prévenus mineurs de 16 ans soient internés à l'hospice de la ville. (A Paris, ils sont placés dans un établissement de l'Assistance publique.)

(4) Voir leur énumération dans un rapport de M. Flandin en 1891; *Bull. pris.*, 91, p. 1152.

aucune d'elles n'est pourvue d'un quartier cellulaire ; d'où, contrairement au texte de la loi de 1850, art. 4, les enfants condamnés à un emprisonnement de six mois à deux ans (art. 67 et 69 C. pén.), sont traités sur le même pied que les acquittés de l'art. 66, et, comme ils sont retenus moins longtemps qu'eux, la conviction naît fatalement dans ces esprits simples qu'il vaut mieux être condamné qu'acquitté (1). Quant aux colonies correctionnelles des articles 10 et 11 de la loi, innovation originale, pratique et salutaire, à ces établissements mi-partie prisons, mi-partie domaines agricoles, il n'en a été créé ni en France ni en Algérie (2). On s'est contenté d'aménager dans certaines grandes prisons départementales des « quartiers correctionnels », absolument isolés, où sont réunis les mineurs condamnés à plus de deux ans de prison et les acquittés de l'art. 66 C. pén. que leur insubordination a fait renvoyer des colonies pénitentiaires. L'œuvre eut été cependant intéressante à tenter et moralisatrice selon toutes apparences ; elle n'eut pas entraîné du reste trop de frais puisque les mineurs condamnés à plus de deux années d'emprisonnement atteignaient seulement en 1889 le chiffre de 98, dont 16 filles.

2° Les articles 19 et 21 de la loi de 1850 créaient au profit de l'administration un droit de patronage que le pouvoir exécutif avait mission d'organiser. Rien encore n'a été fait de ce chef, le règlement ministériel du 10 avril 1869 y fait quelques allusions à peine et n'a pas d'ailleurs de valeur obligatoire. A tort donc, la circulaire du 4 juillet 1853 déclare que « l'administration est fondée à refuser aux parents dont l'immoralité est notoire la remise immédiate de leurs enfants et à procurer à ces derniers un refuge contre des dangers trop réels (3) ». Le ministre de l'intérieur était le premier à le reconnaître quand, dans son rapport préparatoire au décret du 6 octobre 1869, il

(1) Rapport général de l'enquête pénitentiaire de 1873.

(2) Voir, sur ces diverses violations de la loi, Rivière, *Bull. pris.*, 92, p. 782 et suiv.

(3) *Sic* Décis. min. 2 juin, 1er et 28 août 1853.

s'exprimait ainsi : « La loi du 5 août 1850 n'a pas donné à l'administration les pouvoirs nécessaires pour se substituer à la puissance paternelle. » En fait donc, après comme avant la loi de 1850, le mineur acquitté envoyé en correction retombe forcément sous l'autorité de ses parents à sa vingtième année.

3° L'administration s'est-elle du moins sérieusement préoccupée de l'éducation morale et religieuse, de l'instruction tant professionnelle qu'ordinaire de ses jeunes pupilles ? On peut répondre non sans injustice. Insoucieuse des exemples donnés par l'étranger, notamment en Angleterre et aux Etats-Unis, c'est seulement dans ses statistiques qu'elle sépare d'avec les enfants coupables de délits de droit commun (assassinat, incendie, etc.), ceux arrêtés pour vagabondage ou mendicité auxquels on ne peut guère reprocher que de mauvais instincts ; leur mélange est pourtant déplorable. Il n'y a pas non plus de corps spécial pour la direction des colonies pénitentiaires ou des quartiers réservés aux jeunes détenus dans les grandes prisons départementales : tous les agents, depuis le directeur jusqu'au dernier des surveillants, font partie du même personnel et, sous le même costume, passent indifféremment d'un service à l'autre. N'eût-il pas mieux valu procéder par sélection et confier les enfants à redresser à ceux des employés au service des prisons que leurs aptitudes spéciales désignaient pour ces délicates fonctions? Quant à l'éducation religieuse, elle a été fort négligée en ces dernières années (1) ; le texte de la loi est là pourtant et aussi la nécessité, car « de l'idée de Dieu..... moins que tout autre, la fragilité de la jeunesse ne saurait se passer (2) » ; malheureusement certains préjugés l'emportent même sur la volonté du législateur.

---

(1) Il n'y a plus de leçons de catéchisme à la Petite-Roquette. (A. Rivière, *Bull. pris.*, 92, p. 783.) Parfois même la religion est directement attaquée (voir le *Soleil* du 13 janvier 1891, relativement à un inspecteur des services pénitentiaires à Bar-sur-Aube).

(2) A. Guillot, *Les prisons et les prisonniers.*

4° Signalons encore deux manquements aux prescriptions légales qui, en soi et abstraction faite du texte, ne mériteraient pas le blâme. Bien qu'il soit ordonné d'affecter les jeunes détenus aux seuls travaux de l'agriculture et exceptionnellement des industries s'y rattachant, l'administration a créé une colonie pénitentiaire exclusivement industrielle ; ne faut-il pas assurer un moyen d'existence aux enfants nés dans les villes et désireux d'y retourner ? De plus l'usage absolument arbitraire s'est introduit de la part de l'administration de valider par sa seule autorisation, en dehors de toute intervention des parents, l'engagement dans l'armée des détenus à partir de leur 18e année, alors pourtant qu'en fait un tel contrat a pour effet de les soustraire à la puissance paternelle (1).

5° Enfin, l'administration a manifesté une hostilité mal déguisée pour les colonies privées auxquelles la loi de 1850 donnait, avec raison selon nous, la préférence, sauf à faire suppléer à leur insuffisance par des établissements publics. L'éducation, à l'égard de jeunes enfants surtout, n'est moralisatrice que si à une forte discipline se joignent la charité et l'affection. Le fonctionnaire, si dévoué qu'il soit, ne sera guère, ses chefs le reconnaissent eux-mêmes (2), que l'instrument de soins très éclairés mais anonymes ; son action personnelle sera moins sensible que celle des directeurs et plus encore des directrices des colonies privées (3), elle se rapprochera moins de celle du père. A ce premier argument en faveur des établissements privés, placés d'ailleurs sous le contrôle de l'État, s'en joint un second d'ordre moins relevé mais pratique : les enfants, déjà mieux élevés par un personnel plus stable et plus intéressé à l'œuvre, le seront à moins de frais ; dût-il subventionner l'œuvre privée, le Trésor fera encore une économie.

---

(1) Circ. min. int. 28 sept. 1869, 1er juill. 1878, 24 avril 1885, 9 avril 1886. Lettre de M. Voisin accompagnant la circ. min. justice du 20 janvier 1890.

(2) Puibaraud, *op. cit.*, p. 26.

(3) Telles sont les sœurs alsaciennes de la Providence de Ribauviller à la colonie privée de Frasnes-le-Château (Haute-Saône).

Convaincues par ces raisons, les Cours d'appel, lors de l'enquête de 1872 au sujet d'une revision possible de la loi de 1850, ont répondu, au nombre de 25 sur 27, qu'il n'y avait pas lieu de la modifier ; 18 contre 2 ont affirmé en outre les bons résultats donnés par les établissements d'éducation pénitentiaire (1), tels qu'ils étaient organisés par elle. Nous n'insisterons pas sur les mérites comparés des colonies publiques et privées (2), mais nous constaterons que, depuis 1860, époque de la création de la première colonie publique, le ministère de l'intérieur a inauguré à l'égard des établissements privés un système de réductions et d'économies, tandis qu'il faisait des dépenses considérables pour les autres. Exemple à retenir de cette tendance générale de l'administration française à combattre comme un adversaire toute œuvre privée qui, sur un terrain quelconque, poursuit le même but qu'elle.

C. — Le peu de zèle apporté par l'administration dans la mise à exécution de la loi de 1850 a eu pratiquement cet effet déplorable d'entraver l'emploi par les tribunaux des art. 66 et suivants du Code pénal au point de vue de la moralisation de la jeunesse. Si les tribunaux se reconnaissent, comme nous l'avons vu, le droit d'enlever aux parents la garde de leurs enfants mineurs, ils n'en useront que sur la demande d'un particulier et à la condition d'assurer au mineur une éducation morale chez des tiers. Or, ces conditions se trouvent rarement réunies pour beaucoup d'enfants pauvres, sans famille connue autre que leurs père et mère, n'ayant en fait d'éducation que celle de la rue ; pour étendre à ceux-là son action régénératrice, la magistrature en France est légalement tenue d'attendre leur premier délit. Sont-ils alors majeurs de 16 ans,

(1) Ce terme a remplacé l'ancienne expression « *maisons d'éducation correctionnelle* ». Rapport Faure sur le budget de 1892, Ch. dép., an. 1891, *ann.*, p. 1642.

(2) Voir au surplus et en sens divers sur la question MM. d'Haussonville et Voisin, rapports déposés le 18 mars 1873 au nom de la commission d'enquête instituée le 25 mars 1872 ; Depelchin, *Les colonies de jeunes détenus*, 1876 ; MM. Herbette et Bérenger, *Bulletin des prisons*, 1890, p. 267-271, 283-286 ; Raux, *Nos jeunes détenus*, 1891.

la responsabilité pénale existe pour eux et le droit de garde des parents ne recevra d'atteinte, atteinte matérielle exclusivement du reste, que s'il y a condamnation pendant la durée de la peine (1). Mais au-dessous de 16 ans, la règle change : le mineur, reconnu auteur du délit, est condamné à un emprisonnement de vingt années au maximum s'il a agi avec discernement, sinon acquitté sauf au juge à l'envoyer jusqu'à l'expiration de sa vingtième année dans une maison de correction pour y être moralement élevé. En somme, d'après la loi de 1850, on doit envoyer en correction les mineurs condamnés, on peut y envoyer aussi les acquittés.

Evidemment la suppression du droit de garde aux mains du père en ce dernier cas est chose grave et elle a été imaginée par le législateur comme un moyen de répression pour les natures vicieuses ; aussi convient-il d'y recourir avec beaucoup de prudence et de circonspection, après une enquête sur les causes de la mauvaise conduite de l'enfant et les garanties que ses parents peuvent présenter (2). Ne pas envoyer l'enfant en correction, c'est le laisser parfois à des éducateurs indignes ; mais l'interner ne servirait de rien, s'il ne doit pas en retirer quelque amendement. La difficulté augmente encore pour le juge, quand le mineur, s'il est condamné, encourra une courte peine. En ce cas, il retombera bientôt sous l'influence paternelle néfaste dans l'espèce, et il y retombera, non amendé, mais tout au contraire habitué déjà à la honte, pourvu d'un casier judiciaire, incapable par suite de contracter un engagement volontaire dans l'armée et tenu de faire son temps de service normal dans les compagnies de discipline ; mais en même temps, il en sera quitte pour une brève détention, tandis qu'envoyé en correction après acquittement, il serait soumis à un internement de plusieurs années. Cette inégalité de traitement au profit du coupable n'est pas sans graves inconvénients.

Il en est résulté un certain désarroi dans les esprits et

(1) *Adde* le temps de la détention préventive.
(2) Circ. min. 6 avril 1842.

quelque incohérence dans la façon d'agir. Tandis que la Chancellerie recommande aux chefs de parquet d'éviter les poursuites contre les enfants ayant 7 ou 8 ans et, d'une façon générale, contre les mineurs de 16 ans qui leur paraîtront avoir agi sans discernement (1), quelques tribunaux ont placé en correction des enfants non coupables à titre préventif seulement et pour les enlever à leurs parents (2). Si certains magistrats se croient tenus de résoudre la question de discernement d'après la réalité des faits (3), d'autres tribunaux appliquent les courtes peines aux menus faits et réservent l'envoi en correction pour les infractions graves, ce qui est le contre-pied des intentions du législateur (4). D'autres encore, spécialement le tribunal de la Seine, encouragés par les circulaires ministérielles (5), refusent de prononcer jamais de courtes peines à cause de leurs réels dangers et de leur inefficacité comme moyen de moralisation ; ils optent uniquement entre la remise de l'enfant à ses parents et l'envoi en correction (6). C'est un nouveau terrain sur lequel la juris-

(1) Circ. min. just. 26 mai 1855 ; 11 mars 1876.

(2) Cons. Voisin, *Rapport à l'Assemblée nationale*, p. 123. Ont été à ce titre envoyés en correction un enfant de quatre ans (Brueyre, *Rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice*, 1891) et un enfant aveugle (Guillot, *Rapport à la Société gén. des prisons*, 1889). On compte parmi eux, en 1887, 64 enfants au-dessous de 8 ans et 630 de 8 à 10 ans (Brueyre, *Rapport à la Société des prisons*, 1891, *Bull. pris.*, 92, p. 5).

(3) M. G. Dubois (séance de la Soc. gén. des prisons, 15 janv. 1890, *Bull. pris.*, 90, p. 163).

(4) MM. Houyvet et Lacointa (même société, séance du 7 mai 1879, *Bull. pris.*, 79, p. 476 et suiv.

(5) Circ. min. just. 4 janvier 1889.

(6) MM. Rollet et Flandin (même société, séances des 18 décembre 1889 et 15 janvier 1890, *Bull. pris.*, 90, p. 9 et 157), et le rapport de M. Flandin au Garde des sceaux sur le Congrès d'Anvers (*Bull. pris.*, 1890, p. 900 et suiv.). — Sur le danger des courtes peines, voir les séances de ladite société des 21 déc. 1887, 18 déc. 1889, 15 janv., 19 fév. et 16 mars 1890 (*Bull. pris.*, 88, p. 10; 90, p. 7, 149, 258, 495). *Sic* Raux, *Nos jeunes détenus*. Pour la procédure nouvelle inaugurée au trib. de la Seine, voir A. Guillot, *Observations pratiques au sujet des enfants traduits en justice;* Flandin, *Rapport au Comité de défense* (*Bull. pris.*, 91, p. 1116).

Le législateur de 1832, révisant le Code pénal, avait substitué en matière de vagabondage pour les mineurs de 16 ans la peine de la surveillance de

prudence prend de grandes libertés avec le texte, voir même avec l'esprit de la loi, témoins ces tribunaux du Nord qui prescrivent l'envoi en correction d'un mineur acquitté pour un mois ou même pour quelques jours (1). N'est-il pas évident cependant que la détention ne sera un remède efficace qu'à la condition de présenter une certaine durée dans les limites expressément fixées par le législateur: on a ainsi l'avantage consacré par la pratique de pouvoir amener les détenus à contracter, à partir de leur 18e année, un engagement volontaire qui les éloigne de leurs tristes familles (2).

Enfin comme, par la faute de l'administration et malgré le texte de la loi de 1850, les maisons de correction présentent peu de garanties pour l'amendement de la jeunesse vicieuse, les juges ont parfois adopté un moyen terme entre la remise à la famille et l'envoi en correction. Le tribunal de la Seine par exemple, il y a quelques années, confiait volontiers le mineur à une société de patronage, à un établissement de bienfaisance public ou privé. A condition d'être sévère sur les conditions de moralité à exiger des gardiens, la solution paraît excellente en fait. Mais elle est illégale, car l'article 66 C. pén. n'admet pas ce tiers parti (3). De plus et surtout, presque jamais les sociétés publiques ou privées ne sont assurées en pareil cas de pouvoir mener leur œuvre à bonne fin ; sauf les cas prévus par l'art. 335 C. pén. et plus récemment par la loi du 24 juillet

---

la haute police à celle de l'emprisonnement; la loi du 27 mai 1885, en remplaçant la surveillance par l'interdiction de séjour que la Cour suprême déclare applicable aux mineurs de 16 ans (Cass. 30 juin 1892, D. 93, 1, 48), a organisé officiellement le vagabondage, l'enfant étant éloigné du lieu où il a été arrêté, c'est-à-dire du domicile de ses parents. Les juges sont conduits par l'inapplicabilité de la peine à acquitter l'enfant pour l'envoyer en correction.

(1) M. Puibaraud (*Rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice*, p. 51) cite l'exemple de la prison de Lille recevant, en 1892, 170 enfants pour un délai de correction de moins de 3 mois et, en 1893, 42 pour moins d'un mois.

(2) Circ. min. 22 novembre 1847, 1er avril 1876, 30 octobre 1878, 4 janv. 1889, 10 janv. 1890, communiquant aux procureurs généraux une lettre en ce sens de M. le cons. Voisin. — *Sic* Puibaraud, *op. cit.*, p. 52.

(3) *Sic* Leloir, *op. cit.*, t. I, n° 271.

1889, il n'y a pas de déchéance possible de la puissance paternelle, d'où, malgré sa désignation par le juge, le gardien de l'enfant n'a pas un titre opposable aux parents le jour où ils viendraient réclamer leur fils. Seul l'envoi en correction, si dangereuses que puissent en être parfois les conséquences, confère à l'administration pénitentiaire des droits sur l'enfant, qu'elle peut ensuite déléguer à des œuvres publiques ou privées en usant de la faculté de libération conditionnelle inscrite dans l'art. 9 de la loi du 5 août 1850.

Section II. — *Lois réglementant la garde et l'éducation des enfants aux mains des préposés des parents.*

La condition idéale de la famille serait une union intime basée non seulement sur l'affection mais sur la communauté d'habitudes, dans une certaine classe sociale sur le travail collectif et l'unité de tâche pour tous avec le père comme surveillant. Conception juste assurément, mais de réalisation impossible de nos jours plus que jamais. La dispersion forcée des individus sous l'aiguillon de la lutte journalière pour la vie matérielle a provoqué l'apparition de lois protectrices des mineurs confiés, comme agents de production, à la garde exclusive, à la direction omnipotente de tiers : il est impossible en effet d'admettre un retour si éloigné qu'il soit à une situation analogue au *mancipium* romain.

La nécessité d'une telle législation, peu apparente au début du siècle, s'est accusée de plus en plus à mesure que, phénomène économique moderne, la grande industrie se substituait au travail à domicile. Rien d'humain n'est parfait et tout progrès en un sens entraîne presque fatalement par ailleurs un mouvement de recul. Sans aller peut-être jusqu'à appliquer à la grande industrie les paroles d'un auteur moderne relativement à notre civilisation : « La puissance de ses bienfaits dans le domaine matériel mesure exactement la grandeur de ses désastres dans le domaine humain (1) », constatons du moins

(1) A. Dumont, *Dépopulation et civilisation*, p. 243. Paris, 1890.

que son développement a été pour l'esprit de famille et l'autorité paternelle un élément de mort. La suppression entre les membres d'une même famille répartis en divers ateliers de toute communauté d'existence, sauf à de rares instants qu'abrège encore la fatigue du long travail accompli, a sinon brisé, du moins relâché le lien que resserrait autrefois l'association dans la poursuite du gain. L'individualisme en est accru au grand détriment, dans les classes pauvres, de la solidarité familiale; les résultats visibles sont moins de dévouement et de sollicitude chez les parents faute d'occasions pour s'exercer, moins de respect et d'obéissance de la part des enfants qui ne reconnaissent plus le père pour chef et directeur. En même temps, ces derniers échappent forcément à la garde des parents qui, absorbés par leur travail propre, se voient, quoi qu'il leur en coûte, obligés de confier à des tiers leur noble rôle d'éducateurs. Enfin, pris entre le sentiment déjà émoussé d'un devoir qu'il ne peut plus remplir et les nécessités toujours plus impérieuses de l'existence matérielle, le père de famille ne se laissera-t-il pas trop souvent entraîner par ce dernier mobile ? Ne tolèrera-t-il pas, ne réclamera-t-il pas même l'admission de son fils à des travaux excessifs de nature à l'atrophier avant qu'il ait atteint l'âge d'homme ? Pour toutes ces raisons l'intervention du législateur s'imposait.

Si certains et déplorables que soient ces résultats de la grande industrie, on ne peut songer à la détruire ni à s'insurger contre un état de choses plus fort que la volonté humaine. En présence de ces inconvénients dont souffrent tous les peuples, la seule chose à faire, c'est, suivant le mot de M. Paul Janet(1), d'employer « de vastes moyens compensateurs ». Regretter l'ancienne organisation familiale n'est pas un remède mais une plainte stérile ; et la loi est bien faible à elle seule pour maintenir au cœur de chacun cet héritage de nos pères : le sentiment profond du devoir, base et justification des droits

(1) *Revue des deux mondes*, 1er janvier 1879.

les plus sacrés. Du moins la mission s'impose-t-elle au législateur de protéger l'enfant contre la double cupidité du patron et de ses propres parents pour lesquels il constitue une source de profits: la loi doit donc prohiber, dans l'exercice de la puissance paternelle, tout acte de nature à compromettre la formation physique, intellectuelle ou morale de la jeunesse, interdire tout travail exagéré pour les mineurs. Tel a été le but poursuivi par les lois des 22 février 1851, 7 et 23 décembre 1874, 2 novembre 1892 et par de nombreux décrets pris en exécution de ces lois, ceux notamment des 10 juillet 1890 et 3 mai 1893. Toutes ces dispositions législatives ou réglementaires confient à des fonctionnaires de l'Etat et aux tribunaux la surveillance des tiers, gardiens et patrons des enfants.

L'Etat est tout à fait dans son rôle quand, au nom des parents matériellement empêchés, il veille à la bonne exécution par le tiers gardien du contrat qu'ils ont passé avec lui et assure l'observation des mesures de précaution ou d'hygiène indispensables à la santé, l'éducation et la moralité de ses jeunes pupilles. Il l'est encore quand il contrôle la façon dont le maître comprend et remplit ses devoirs et lui demande non de songer uniquement à s'enrichir aux dépens d'un être faible réduit à l'état de machine, mais de contribuer à en faire un homme en développant ses facultés naturelles par une instruction religieuse, morale et professionnelle. L'Etat, disons-nous, ne fait en pareil cas que remplir sa mission; seul en effet, de nos jours, il a la force et l'autorité nécessaires pour présider à une fonction dont peut dépendre l'existence même de la Société. Nul n'est autorisé à lui reprocher son intervention tant qu'elle n'est pas motivée par des préoccupations étroites de parti (1).

Les lois dont nous avons parlé, et dont l'ensemble forme comme un Code de la protection pour les enfants pauvres,

(1) Il ne faudrait pas conclure de notre observation que nous admirons cette forme étatiste de l'organisation sociale; nous en sommes au contraire les adversaires convaincus, mais nous raisonnons d'après l'état actuel des choses.

prennent leur protégé dès son berceau pour ne l'abandonner qu'à sa majorité. Il serait plus logique peut-être de les passer en revue sous cet aspect en envisageant successivement l'enfant aux diverses phases de sa vie. Telle ne sera pourtant pas notre méthode. L'œuvre du législateur se conçoit mieux pour qui le voit, suivant l'opinion et quelquefois entraîné par elle, peu disposé en principe à restreindre la liberté individuelle et l'autorité paternelle, aller toujours au plus pressé et répondre aux plus impérieux besoins du moment sans trop sacrifier en définitive à des idées généreuses mais irréfléchies ni recourir à des expédients condamnés après un instant d'enthousiasme. La nécessité d'une protection s'est tout naturellement fait sentir d'abord pour l'enfance déjà adonnée au travail manuel. Surveillance du contrat passé entre le père et le patron, réglementation de ses effets à l'égard des contractants et de l'enfant objet du contrat ; contrôle des conditions dans lesquelles le patron exerce l'autorité qui lui a été déléguée : tels étaient les deux points de vue, l'un de droit privé, l'autre de droit public, qui s'imposaient en la matière. La loi du 22 février 1851 a le premier pour objectif principal ; le second, accessoirement touché par elle, a été surtout visé par les lois toujours remaniées sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie. Nous consacrerons aux unes et aux autres nos premières explications.

I. — La loi du 22 février 1851 réglemente le contrat d'apprentissage et ses conséquences. Respectueuse de l'autorité paternelle, c'est au père d'abord ou, à son défaut, à la mère qu'elle confie le soin de conclure la convention pour l'enfant mineur (art. 3) ; si le juge de paix peut désigner exceptionnellement la personne qui signera au contrat en leur lieu et place, c'est seulement comme suppléant de parents éloignés, empêchés ou défiants. L'article 8 réserve expressément aux père et mère un pouvoir de contrôle sur le patron, même après les deux mois fixés par l'article 14 comme délai d'épreuve pendant lequel la convention peut être résolue de part et d'autre ; il leur maintient aussi le droit de correction

sur l'indication, obligatoire pour le patron, des écarts de conduite reprochables à l'apprenti. Enfin, implicitement au moins, la loi consacre la faculté pour le père de reprendre son enfant, sauf à être tenu de dommages-intérêts envers le patron en cas d'exercice illégitime de son droit. Toutes ces dispositions sont justifiées : les parents ne doivent pas être *a priori* frappés de suspicion, à eux appartiennent les prérogatives de l'autorité paternelle comme aussi les responsabilités en découlant.

Mais en même temps la loi, non sans raison, vient au secours de la faiblesse de l'enfant et aussi de l'inexpérience du père pour soumettre la convention à quelques règles restrictives de la liberté. Le patron doit présenter des garanties suffisantes de sérieux et de moralité : âgé de 21 ans accomplis, il n'aura subi aucune des condamnations énumérées par la loi ; un célibataire ou un veuf ne logera pas d'apprenties mineures (art. 4-7). Le temps convenu pour la durée de l'apprentissage est réductible s'il excède le maximum de durée en usage dans le pays (art. 17). Le contrat, une fois conclu, est aussi résoluble de plein droit ou par l'effet d'une décision judiciaire dans un certain nombre de cas (art. 15 et 16). Afin d'empêcher d'ailleurs le patron d'abuser de son droit de garde et de direction sur l'apprenti, la loi prescrit de laisser à l'enfant le temps nécessaire pour son instruction et son éducation religieuse (art. 10) ; elle fixe en outre la durée maxima du travail à 10 heures jusqu'à 14 ans, à 12 heures de 14 à 16, interdit avant ce dernier âge toute tâche de nuit et prohibe d'une façon absolue pour les apprentis soit toute besogne dangereuse ou au-dessus de leurs forces, soit un travail quelconque les dimanches et jours fériés sauf pour le rangement de l'atelier (art. 8 et 9). Ces diverses dispositions étaient sanctionnées par les peines de l'amende et de l'emprisonnement prononcées par les tribunaux de répression (art. 20) ; mais sur ce dernier point la loi de 1851 a été modifiée par celles des 19 mai 1874 et 2 novembre 1892 qui, au reste, doivent être combinées avec elle et

appliquées aux apprentis quant à l'âge minimum de l'admission à l'atelier, à la durée des heures de travail, aux tâches de nuit et au repos hebdomadaire toutes les fois du moins qu'elles sont plus favorables.

II. — Les lois successives sur la protection des mineurs dans l'industrie (1) montrent bien les diverses étapes parcourues par le législateur dans la voie de la défense de l'enfance contre les abus de pouvoirs des patrons. Des industriels, indignés du travail excessif imposé aux mineurs dans certains établissements (2), ont, vers 1870, appelé l'attention du législateur sur l'insuffisance à ce point de vue de la loi du 22 mars 1841. Dans la crainte en effet de porter atteinte aux prérogatives de la puissance paternelle, cette loi ne réglementait le travail que dans les grands ateliers et quelques catégories d'usines ; les enfants admis dans l'industrie à compter de huit ans n'étaient plus protégés dès leur 16e année ; enfin, des peines de simple police seulement étaient édictées contre les contrevenants. Cette timidité a disparu chez le législateur de 1874 et de 1892 dont les prescriptions seront, le texte le dit formellement, applicables, comme règles d'ordre public, sur tout le territoire français, fût-ce à l'égard d'enfants étrangers (3).

1° La loi du 19 mai 1874, suivie et complétée par plusieurs règlements d'administration publique des 27 mars, 12, 13, 14 et 22 mai 1875, veut garantir efficacement les enfants des

(1) Ce point est réglementé, souvent d'une façon plus étroite encore qu'en France, par presque toutes les législations étrangères. La loi allemande du 14 avril 1868 fixe comme minimum d'âge d'admission 12 ans. En Angleterre, 17 bills sont intervenus au cours du siècle à ce sujet jusqu'en 1868. En Italie, un projet sur le travail des femmes et des enfants est repris par les divers gouvernements qui se succèdent (le résumé en est donné dans la *Rev. cath. des institutions et du droit*, 16e vol., p. 129, fév. 1896). Aux Etats-Unis, la législation est très restrictive : dans l'Illinois, par exemple, une loi du 17 juin 1891 (*An. lég. étr.*, 1892, p. 937) frappe d'une amende de 10 à 5 0dollars par jour le patron qui emploie un mineur de 13 ans.

(2) On attribue généralement, mais à tort peut-être, l'initiative de cette campagne aux patrons mulhousiens.

(3) Telle était déjà la jurisprudence antérieure (Aix, 7 fév. 1884, S. 84, 2, 57).

deux sexes employés dans l'industrie contre l'excès de travail et le défaut d'instruction. Ils sont d'abord exclus de certaines professions jugées trop dangereuses pour leur santé (1), et même de toutes avant l'âge de 12 ans ou exceptionnellement de 10. De plus la durée maxima de la présence à l'atelier est pour les mineurs de 16 ans fixée à 12 heures par jour y compris les repos, ou même à 6 heures seulement en l'absence de certificat d'instruction primaire ; pour eux aussi le travail est prohibé les dimanches et jours de fête, même pour rangement d'atelier, et la nuit sauf de rares exceptions. La protection de la loi s'étend à l'égard des filles jusqu'à leur majorité.

Un corps d'inspecteurs ayant leurs entrées en tout temps et à toute heure dans les établissements manufacturiers, ateliers et chantiers, doit assurer l'exécution des prescriptions nouvelles. La loi place au-dessus d'eux, avec mêmes pouvoirs pour dresser procès-verbal en cas de contraventions, des commissions départementales et des inspecteurs départementaux nommés par le conseil général et le préfet. Des peines correctionnelles sanctionnent les manquements aux prescriptions de la loi; elles frappent les seuls patrons, directeurs ou gérants des établissements industriels, mais jamais les parents même en cas d'admission d'enfants avant l'âge légal.

2° Ces dispositions ont bientôt paru insuffisantes encore, et, en 1890, M. Waddington signalait à la Chambre des députés, à l'appui d'un nouveau texte proposé, l'inertie des conseils généraux et même des tribunaux dans leur application (2). L'œuvre a donc été reprise, la loi de 1874 abrogée a fait place à celle du 2 novembre 1892 complétée par le décret réglementaire du 13 mai 1893 et l'arrêté ministériel du 31 juillet 1894 (3) : la réglementation se généralise et le ser-

(1) Dans le même sens, voir le décret du 22 septembre 1879 sur le travail des enfants dans les établissements dangereux, incommodes ou insalubres.

(2) *Journal officiel, ann.*, 1890, Chambre des députés, n° 649, p. 9 et 52.

(3) Voir aussi, pour les filles âgées de plus de 18 ans, les décrets des 15 juillet 1893 et 26 juillet 1895.

vice de l'inspection, centralisé aux mains de l'Etat, doit offrir plus d'unité et d'efficacité. Le trait caractéristique de la nouvelle législation, c'est que, plus compréhensive que toutes celles qui l'ont précédée, elle s'applique à tout mineur, garçon ou fille, employé dans l'industrie (1), que l'établissement soit public ou privé, laïque ou congréganiste, et même consacré à l'enseignement professionnel ou de bienfaisance. Y échappent seuls les ateliers réunissant uniquement les membres d'une même famille sous l'autorité du père, de la mère ou d'un tuteur, à condition encore que le travail ne présente pas de dangers pour les ouvriers et n'exige pas l'emploi de moteur mécanique ou de chaudière à vapeur.

L'âge d'admission des enfants est repoussé à 13 ans (2) et exceptionnellement à 12 pour les enfants pourvus tant du certificat d'études primaires (3) que d'une attestation médicale d'aptitude physique ; les inspecteurs du travail peuvent toujours du reste faire examiner l'état physique des admis mineurs de 16 ans pour, s'il est insuffisant, exiger leur renvoi (art. 1, 2). La durée du travail journalier n'excédera pas dix heures jusqu'à 16 ans (4) et onze heures de 16 à 18 ans avec un maximum de 60 heures par semaine (5) ; ce temps sera coupé par des repos d'une heure au moins (art. 3). Le travail de nuit est interdit aux femmes à tout âge et aux garçons mineurs de 18 ans (6), sauf dérogations temporaires ou permanentes possibles dans certaines industries déterminées

(1) Le travail des femmes en général est aussi réglementé et bien des esprits eussent voulu poser des principes identiques pour le travail des hommes adultes.

(2) Les mineurs de 13 ans ne peuvent pas non plus être employés comme figurants dans les théâtres et cafés concerts, sauf permission spéciale (art. 7. Voir à ce sujet la circ. min. du 26 janv. 1893).

(3) Le certificat d'instruction primaire de la loi de 1874 est supprimé (loi 2 nov. 1892, art. 2, 32).

(4) Dans les orphelinats et établissements de bienfaisance, la durée maxima du travail avant 13 ans est de 3 heures par jour (art. 2).

(5) Onze heures de travail par jour constituent la limite maxima pour les femmes à tout âge.

(6) Cette règle avait été fixée par la conférence de Berlin pour les mineurs de 14 ans, avec un vœu pour reporter cette limite à 16 ans.

par des règlements d'administration publique. Absolument prohibés à l'égard des filles et femmes, les travaux souterrains ne sont permis aux garçons de 13 à 18 ans que dans des conditions de durée et de nature précisées par le décret du 13 mai 1893 et l'arrêté ministériel du 31 juillet 1894 (L. 1892, art. 4, 6, 9) (1). Enfin, sauf dispense temporaire dans quelques industries spécialement indiquées, un repos complet est assuré aux ouvriers des diverses catégories visées par la loi les jours de fêtes légales plus un jour par semaine au choix du patron (art. 5 et 6). Le législateur avait été sollicité de fixer le dimanche pour le repos hebdomadaire conformément au vœu unanime de la conférence internationale de Berlin et du congrès du repos du dimanche tenu à Paris en 1889 ; il ne l'a pas fait cependant, à tort suivant nous. En dehors même de toute considération d'ordre religieux, il y avait un intérêt social de premier ordre à unifier les jours de chômage pour permettre, une fois la semaine au moins, la réunion complète des familles (2).

Des dispositions multiples assurent en outre la connaissance des prescriptions légales par les intéressés, la surveillance des inspecteurs, l'hygiène et la sécurité des travailleurs. Toute une hiérarchie est créée d'inspecteurs du travail, divisionnaires ou départementaux, qui, nommés par le ministre

(1) Des règlements nombreux d'administration publique interdisent aux enfants soit l'accès de certaines manufactures et établissements classés comme insalubres (Déc. 3 nov. 1882, 14 mai 1888), soit même, dans les industries où ils sont admis, certains travaux dangereux ou excessifs (Déc. 31 oct. 1882, 10 juil. 1890. *Sic* Arr. minis. 31 juill. 1894). Ces restrictions à la liberté du travail étaient dans une mesure modérée l'objet de vœux adoptés par la conférence internationale de Berlin.

(2) Voir, en ce sens et sur les inconvénients pratiques de la loi de 1892, Hubert-Valleroux, *Le contrat de travail*, p. 16, 167 et suiv.; C. Caire, *La législation sur le travail industriel des femmes et des enfants*, p. 166 et suiv.— Les législations étrangères se sont en très grande généralité prononcées pour le repos dominical. Voir notamment, pour ne citer que les dernières, les lois du 14 avril 1891 pour la Hongrie, et d'avril 1892 pour l'Allemagne, l'avis du conseil de l'Empire russe du 24 avril 1890 et le décret du 14 avril 1891 en Portugal. Au contraire le décret brésilien du 17 janv. 1894 s'exprime comme la loi française.

après concours, relèvent tous du Pouvoir central. La seule mission des conseils généraux consiste désormais à présenter des rapports sur l'application de la loi, puis à déterminer le nombre et la circonscription des comités de patronage pour la protection des apprentis et jeunes employés de l'industrie et le développement de leur instruction professionnelle ; encore les statuts de ces comités devront-ils être approuvés et leurs membres nommés, pour la moitié plus un, par les préfets au nom du Pouvoir central. Quant aux amendes destinées à punir les industriels contrevenant à la loi, elles sont fixées par les art. 26 à 29 et prononcées, suivant les cas, par les tribunaux de simple police ou correctionnels.

Dans toute l'économie de cette loi, remarquons-le, il semble qu'il n'y ait entre le patron et son jeune ouvrier ou apprenti que l'État représenté par l'inspecteur du travail ; il y est à peine question des parents. Cette réserve même a été vivement critiquée en un point : de même que dans la loi de 1874, les père et mère échappent à toute pénalité, l'infraction consista-t-elle dans le fait d'avoir admis un enfant au travail avant l'âge légal ; c'est, a-t-on dit, illogique et injuste, puisque le fait reprochable ici est précisément la délégation prématurée par le père de ses pouvoirs (1). Mais le législateur ne sera-t-il pas justifié si l'on songe que les inspecteurs du travail ont qualité pour verbaliser à l'égard, non des pères de famille, mais des seuls industriels ? D'ailleurs pour atteindre le but visé, pour écarter tout enfant de l'atelier avant 13 ans, il suffisait d'empêcher les industriels de l'y recevoir, et nous conserverions des doutes sur la légitimité d'une condamnation portée contre un père dont la décision, très explicable parfois par suite du développement précoce de l'enfant, est presque toujours dictée par la nécessité d'assurer aux siens le pain de chaque jour.

Nous avons noté avec soin cette marche ascendante du législateur français dans le sens de la réglementation et des restrictions à la liberté d'action des pères de famille et sur-

(1) Leloir, t. I, n° 223 ; Morillot, *Fr. jud.*, 1re part., I, p. 212. *Sic*, sous l'empire de la loi de 1841, Chardon, t. II, n° 20.

tout des patrons leurs délégués. Cet examen est instructif : il dénote une grande décadence des mœurs si vraiment les parents sont assez peu soucieux des intérêts de leur descendance pour que l'État en doive à chaque instant prendre la défense contre eux-mêmes ; mais ne pourrait-on pas discerner dans cet accroissement continu de protection un peu d'entraînement irréfléchi, une imitation excessive des législations étrangères (1). Le droit de contrôle de l'État grandit et, pour nécessaire que cela puisse être, nous y voyons un danger. De plus, dût-on nous accuser de concevoir encore ces « scrupules tirés des droits du père de famille, scrupules que nul ne connaît plus aujourd'hui (2) », nous reprocherions volontiers au législateur de 1892 de n'avoir pas réagi contre l'individualisme dont nous souffrons en préparant la reconstitution de la famille par l'établissement du repos dominical légal.

Enfin nous redoutons l'abus de prescriptions rigides comme celles relatives à l'âge des enfants dans l'industrie ; elles paraîtraient bientôt oppressives et seraient trop souvent violées avec la tolérance même des fonctionnaires chargés de faire appliquer le texte. Certes l'idée mère de la loi de 1892 est équitable et même juste ; encore faut-il qu'elle soit en fait contenue dans des limites raisonnables. A l'heure actuelle où sont à nouveau remises en discussion les questions tranchées à la fin de 1892, nous constatons chez nos législateurs un mouvement d'opinion, une émulation en faveur des ouvriers de l'industrie qui n'est pas sans danger : elle provoque des projets généreux, malheureusement aussi chimériques fort souvent. La protection voulue ne deviendra-t-elle pas tutelle insupportable ? Si l'on étudie l'œuvre du passé relativement aux enfants employés dans l'industrie, on voit s'élever toujours la limite d'âge minima pour leur admission

(1) Telle est aussi l'opinion de M. d'Haussonville (*L'assistance par le travail, Revue des deux mondes*, 1er mars 1894, p. 48). Admettant l'intervention du législateur restreinte aux femmes et aux mineurs, il déclare délicate l'application du principe, « l'expérience des dernières mesures adoptées en leur faveur ayant tourné jusqu'à présent à leur détriment. »

(2) Leloir, t. I, n° 213.

à l'atelier : 8 ans en 1841, 10 ou 12 en 1874 (1), 13 en 1892 ; en même temps la durée maxima du travail journalier est progressivement abaissée. La chose est excellente en soi, cependant il faut vivre dans l'humble demeure du petit protégé et les parents comptent sur son maigre salaire non par idée de spéculation, mais par nécessité ; dès qu'ils le croient en âge suffisant, ils vont supplier le patron de le recevoir dans l'atelier, où d'ailleurs, à condition de ne pas l'employer à de trop rudes travaux, il sera mieux qu'à vagabonder et prendre des leçons de paresse, parfois de vice, sans que le père, retenu par son labeur propre, puisse y remédier (2). Y a-t-il là de la part des parents toujours et nécessairement un acte coupable ? Nous hésiterions fort à l'admettre. Et si le patron fait droit à leur requête sauf à masquer par quelque subterfuge son infraction à la loi, l'inspecteur ne sera-t-il pas tenté de fermer les yeux, le juge de modérer la peine (3) ? On s'est plaint de l'inobservation de la loi de 1874, rien de plus fâcheux, a-t-on dit non sans raison, qu'une telle pratique qui énerve l'action du législateur ; mais si cette loi, modérée dans sa réforme, n'a pas reçu partout bon accueil, à combien plus forte raison en serait-il de même à l'égard d'un texte exagérément protecteur. Parents et patrons s'entendent-ils donc tous pour spéculer sur la jeunesse et ruiner sa santé ? Il nous est difficile de le croire et nous ne pouvons oublier que le travail, à condition de n'être pas excessif, est une salutaire école, que dans beaucoup de familles aussi il constitue de bonne heure pour tous une nécessité primordiale.

---

(1) La conférence internationale de Berlin a fixé la limite d'âge à 12 ans, sauf dans les pays méridionaux où elle l'est à 10.

(2) M. Grosseteste-Thierry, dans la séance de la Société des prisons du 15 avril 1891 (*Bull. pris.*, 91, p. 551), constate qu'en Alsace-Lorraine la moralité des enfants a baissé depuis l'application de la nouvelle législation industrielle allemande limitant la durée du travail journalier avant 16 ans.

(3) Voir, à ce point de vue, les circulaires ministérielles des 28 avril 1894 et 28 novembre 1896 dénonçant l'illégalité de l'admission des circonstances atténuantes en cas de contraventions à la loi de 1892.

III. — Un lien très étroit rattache à la loi du 19 mai 1874 celle du 7 décembre suivant, que la Belgique et l'Italie (1) nous ont empruntée en la modifiant quelque peu ; le même sentiment a inspiré ces deux textes contemporains. La classe d'enfants à laquelle s'adresse la loi du 7 décembre 1874 (2) est assurément fort intéressante, car elle vise les mineurs adonnés à la mendicité habituelle ou employés dans les professions ambulantes d'acrobate, saltimbanque, acteur de cirque, etc. Les tours de force périlleux et les exercices de dislocation leur sont interdits jusqu'à seize ans ; nul aussi exerçant l'une des professions ci-dessus dénommées ne peut, à peine d'amende et d'emprisonnement, les faire figurer avant le même âge dans une représentation s'il n'est pas leur parent ou ascendant (3). L'art. 8 de la loi du 2 novembre 1892 complète ces dispositions en prohibant l'emploi avant 13 ans d'enfants comme figurants dans les théâtres et cafés concerts sédentaires ; il reconnaît toutefois à l'administration la faculté d'autoriser des exceptions à la règle dans des cas déterminés.

Mais le texte du 7 décembre 1874 va plus loin et s'attaque directement aux parents. Au cas unique de déchéance de la puissance paternelle prévu par l'art. 335 du Code pénal, il en ajoute un autre : l'immoralité du père est frappée, non seulement s'il est coupable de proxénétisme, mais aussi s'il fait de son enfant mineur un saltimbanque ou un mendiant de profession. Outre l'amende et la prison, le tribunal peut prononcer la suppression de *tous* les droits constitutifs de la puissance paternelle à l'égard de *toute* leur descendance (4) contre les père et mère qui livrent un mineur de seize ans à un directeur de cirque ou acrobate ou qui le font habituelle-

(1) Loi italienne 21 déc. 1893.

(2) Voir, pour le commentaire de cette loi, Nusse et Périn, *Emploi des enfants dans les professions ambulantes.*

(3) Les ascendants sont assimilés aux parents quand ils en tiennent la place. Nusse et Périn, *Emploi des enfants dans les professions ambulantes*, n° 70 ; Leloir, *op. cit.*, t. I, n° 226.

(4) La déchéance est plus complète que celle de l'art. 335 du Code pénal à ce double point de vue.

ment mendier avant le même âge par eux-mêmes ou par autrui, ouvertement ou sous le couvert d'une profession. Pour la première fois depuis le Code pénal le législateur édictait une pareille peine. Sans doute il y avait là une simple faculté pour les juges; sans doute aussi, faute d'avoir précisé le mode de dévolution des droits enlevés aux parents et d'avoir créé des ressources financières pour sa mise à exécution, la loi, malgré les instructions données, en 1881 notamment, par le parquet de la Seine et la préfecture de police (1), était vouée par avance à une application peu rigoureuse. Néanmoins, et le fait doit être signalé, une nouvelle cause de déchéance était inscrite dans la loi, à titre de menace tout au moins.

La décision est sévère, mais, tout attachés que nous soyons au maintien de l'autorité paternelle, nous la croyons justifiée. Peut-être cependant eût-on pu chercher ailleurs un moyen plus simple d'atteindre le but visé. En présence de gens sans aveu, saltimbanques, acrobates, mendiants vagabonds, etc., terreur des campagnes, que leur existence soustrait à toute surveillance effective, était-il donc impossible d'interdire leur prétendue profession ou du moins d'user très largement des pouvoirs d'expulsion reconnus aux municipalités : on eût délivré le pays d'hôtes incommodes, souvent même dangereux, et détourné du même coup les enfants d'une vie d'oisiveté et de vagabondage dont l'indépendance et l'étrangeté les séduisent parfois. La mendicité habituelle d'ailleurs ne constitue-t-elle pas un délit prévu par notre législation pénale ; il n'y avait donc qu'à faire usage de l'art. 66 du Code pénal, en rendant légale la pratique qui consiste à confier le mineur, non pas seulement après condamnation et jusqu'à 20 ans au maximum, mais immédiatement et jusqu'à sa majorité, à un tiers, simple particulier, œuvre charitable publique ou privée, qui présentât toutes les garanties désirables de moralité. Il n'était

(1) *Bull. pris.*, 1880, p. 132 et suiv., 372, 569. Citons cependant un arrêt de Paris du 19 fév. 1889 (*Gaz. pal.* 20 fév. 1889) et un jugement du tribunal de la Seine du 15 mars 1889; ces décisions ont confié la puissance paternelle à l'Assistance publique.

pas, croyons-nous, indispensable, alors surtout qu'on était muet sur les détails d'application pratique, de poser un principe dont les conséquences extrêmes eussent été désavouées par le législateur de 1874 lui-même, à savoir qu'il est parfois licite « d'interdire à des parents d'employer leurs enfants dans certaines professions, alors qu'ils les pratiquent eux-mêmes (1) ».

IV. — En cette même année 1874, fertile en textes protecteurs de l'enfance, une loi du 23 décembre, en préparation depuis 1869, a eu pour but de combattre la mortalité (2) des très jeunes enfants placés dès leur premier âge en nourrice ou en garde chez des tiers ; il y avait là un danger social qu'aggravait encore la diminution de la natalité en France. Elle a été suivie, le 27 février 1877, d'un règlement d'administration publique (3) et le service a commencé à fonctionner à compter du 1er janvier 1878. Ce que l'on a voulu atteindre et réprimer ainsi, ce sont uniquement les abus de l'industrie nourricière, singulièrement accrus eux aussi par la situation nouvelle faite à la famille, principalement dans les grands centres industriels. En conséquence, tant que les enfants en bas âge restent sous la garde directe de leurs pères et mères, le législateur n'intervient pas ; et si, comme il arrive trop souvent, les nécessités de la vie exigent qu'ils soient confiés, moyennant salaire, à des tiers en nourrice, en sevrage ou en garde, une simple déclaration est imposée aux parents. Mais en revanche un contrôle sévère est, en ce dernier cas, établi sur les tiers gardiens tant au point de vue de l'hygiène que de la moralité professionnelle : ce n'était que justice, trop de femmes exerçant cette profession ont mérité le nom de faiseuses d'anges.

(1) *Journal officiel*, 1er avril 1874, p. 2512. La loi du 7 décembre 1874 a reçu peu d'applications pour des raisons d'ordre financier d'abord et aussi à cause du triste état des maisons de correction et des établissements pénitentiaires, vraies écoles non de réformation mais de vice.

(2) Elle a été signalée pour la première fois, vers 1860, par les docteurs Monot et Brochard. Elle portait annuellement sur 100.000 ou 120.000 enfants.

(3) Voir aussi les décrets des 2 et 3 mars 1877.

La loi du 23 décembre 1874 (1) charge de cette surveillance délicate les autorités administratives, préfets, maires, inspecteurs des enfants assistés, puis des comités locaux *ad hoc* et des médecins spécialement désignés; l'inspecteur est le rouage principal du service, il centralise tous les documents, fait des tournées nombreuses dans le département et rend un compte annuel de l'application de la loi dans son ressort. (Décr. 27 fév. 1877, art. 16, 17.) Avant tout, tant pour éviter les faits préjudiciables aux enfants que pour en assurer la répression, il importe que l'autorité soit avertie des placements opérés chez les tiers. Les bureaux de placement et les nourrices, sevreuses ou gardeuses, tous obligatoirement munis d'autorisation administrative, doivent donc, à peine d'amende et de prison, se soumettre à l'inspection; en outre et surtout toute personne qui prend un enfant en garde en doit faire, dans les trois jours, la déclaration à la mairie de son domicile, la même formalité doit être renouvelée à tous changements de résidence, en cas de retrait ou de mort de l'enfant (art. 8 et 9). De plus une certaine obligation incombe de ce chef aux parents eux-mêmes. L'art. 7 leur ordonne, sous les peines de l'art. 346 du Code pénal (2), de faire une déclaration à la mairie du lieu de naissance pour tous placements salariés de mineurs de deux ans en sevrage ou en garde (3). En définitive le mécanisme de la loi est quelque peu compliqué et tel serait peut-être le motif des difficultés qui ont retardé sa complète adoption par la pratique; mais au fond elle a réalisé

---

(1) Voir Clerc, *La protection des enfants du premier âge*, guide pratique pour l'application de la loi du 23 décembre 1874.

(2) Le défaut de déclaration dans les trois jours constitue, d'après la jurisprudence, un délit contraventionnel que n'excuse ni la bonne foi du prévenu, ni son ignorance de la loi, ni l'absence, lors de la déclaration de naissance, de la part du maire de l'avertissement prescrit par le décret de 1877, art. 20. Cass. 24 août 1883, *Bull. crim.*, 224.

(3) Sur la tenue des registres de déclarations et la responsabilité des maires, voir Circ. min. just. 12 fév. 1883, 19 fév. 1884; Circ. min. int. 19 mars et 19 juil. 1884, 18 août 1887; Le Poittevin, *France jud.*, t. IX, 1re partie, p. 11 et suiv.

un vrai progrès. Loin de diminuer l'autorité paternelle, elle vient à son aide : s'ils sont tenus de remplir une formalité d'ailleurs bien simple, les parents ont désormais une garantie précieuse pour le choix des tiers gardiens, souvent inconnus d'eux ; la vie de beaucoup d'enfants sera ainsi préservée (1).

Les diverses lois que nous venons d'examiner partent toutes d'une conception juste et louable ; sages aussi, en général du moins, sont leurs dispositions à l'égard des tiers, gardiens et éducateurs délégués. On peut regretter seulement un luxe de rouages parfois peu utiles dont l'expérience devra faire justice, puis, ainsi que nous l'avons déjà indiqué pour les lois relatives au travail des enfants dans l'industrie, quelque exagération de défiance vis-à-vis des parents sur la sollicitude desquels on devrait, ce nous semble, un peu plus compter. L'interdiction d'admettre dans un atelier les mineurs de douze ans s'applique au fils du patron lui-même ; or une telle mesure, explicable vis-à-vis du fils de l'ouvrier ou même du contre-maître parce que le père en pareil cas ne pourra pas toujours proportionner le travail aux forces de l'enfant, est bien rigoureuse quand il est abso-

(1) La meilleure preuve de l'utilité et des heureux résultats de cette loi se trouve dans la statistique de la mortalité chez les enfants placés en nourrice, telle qu'elle a été fournie en 1895 au comité départemental de la protection des enfants du premier âge à Paris. Il en résulte que la mortalité des nourrissons placés dans le département de la Seine (il y en a plus de 4.000) atteint seulement le chiffre de 7,89 °/₀, par suite de l'application stricte et régulière de la loi du 23 décembre 1874, tandis qu'elle a été dans les principaux départements nourriciers de 9,69 °/₀ en moyenne et même de 11,28 °/₀ pour les enfants originaires de la Seine.

Une législation analogue existe dans plusieurs autres pays, elle y est même très développée. Voir par exemple, pour l'Angleterre, l'*Infant life protection bill* et le *Children's life insurance bill* (*an. lég. étr.*, 1891, p. 9 et 10), le premier permettant aux seuls établissements autorisés d'accepter la garde pour plus de vingt-quatre heures d'un enfant de moins de cinq ans, le second interdisant d'assurer la vie d'un mineur de quatorze ans. Voir aussi aux États-Unis, État de New-York, le ch. 41 ayant force législative le 13 mars 1890 (*an. lég. étr.*, 1891, p. 824), qui oblige les nourrices chargées d'un enfant, dès qu'elles s'aperçoivent qu'il a les yeux malades, à en faire la déclaration dans les six heures à peine d'amende et d'emprisonnement.

lument loisible au père de fixer, en sa qualité de patron, la somme de labeur compatible avec le développement physique du mineur. La sollicitude du législateur est-elle donc plus sage que l'affection paternelle et, s'il se produit des abus isolés, n'est-ce pas le rôle des inspecteurs de les signaler et d'en provoquer la répression ?

En somme, dans une catégorie spéciale de citoyens, le besoin s'est fait sentir, au cours du siècle, d'une protection particulière, le principal mérite des lois précitées est de répondre audit besoin en s'adressant uniquement à cette catégorie même, de constituer, si l'on veut, une législation de classe. Mais, on ne saurait trop le répéter, il faut user en pareille matière d'une extrême prudence : c'est un mal social que l'inobservation d'une loi, car le respect dû à l'œuvre du législateur en général en souffrira forcément. Toute prescription excessive est pourtant vouée fatalement à un tel sort; malgré les instructions réitérées des ministres, elle restera lettre morte, c'est chose tellement prévue que parfois le texte permet aux préfets de lever de leur propre autorité la prohibition qu'il édicte (1). Il convient aussi de maintenir à la loi la fixité qui lui est essentielle et pour cela son texte ne doit pas être un véritable ouvrage de Pénélope, sans cesse remanié et retouché. Mieux vaudrait, croyons-nous, dans l'intérêt même de la jeunesse à défendre, s'en tenir à un nombre restreint de règles visant les abus dans la mesure strictement indispensable, et les faire ensuite rigoureusement observer. Sans quoi, il en sera de ces lois au principe si moral et si vrai comme de l'interdiction de la mendicité : on l'inscrit le long des routes sur des tableaux à l'ombre desquels les mendiants viennent s'asseoir. Le législateur le plus décidé ne vaincra jamais la résistance passive de tout le monde quand, pour réprimer des excès isolés, il prétendra empiéter sur la liberté de tous.

(1) Loi du 2 novembre 1892 pour l'exhibition des enfants dans les théâtres.

SECTION III. — *Limitations générales et directes des droits des parents.*

Outre la loi militaire dont nous avons déjà parlé, il faut signaler, dans cet ordre d'idées, les lois relatives aux caisses d'épargne ou de retraites pour la vieillesse, les lois scolaires et celle du 20 juin 1896 modifiant les règles relatives au consentement exigé pour le mariage.

A. — Caisses d'épargne et de retraites.

Le droit de jouissance légale attribué aux parents par le Code civil sur les biens personnels de leurs enfants ne s'étend pas à ceux acquis à ces derniers par un travail ou une industrie séparés; mais le père, tant que dure le mariage, est administrateur de tous ces divers biens sans distinction et son autorisation est nécessaire pour qu'il en puisse être disposé. Cependant la loi du 18 juin 1850, instituant une caisse des retraites pour la vieillesse, reconnaissait aux mineurs, à compter de 18 ans, la faculté d'y effectuer des versements de leurs deniers sans être munis de l'autorisation paternelle. La loi du 20 juillet 1886, par son article 13, abaisse à 16 ans l'âge auquel les versements pourront être opérés dans ces conditions. Seul donc le mineur de moins de seize ans devra justifier « que le versement par lui effectué, la désignation de l'âge auquel il veut entrer en jouissance de la rente viagère et la condition d'abandon ou de réserve du capital ont été autorisés par ses père, mère ou tuteur ». (Décr. 28 décembre 1886, art. 5; Instr. 5 mars 1887, art. 83, 84.) La loi du 11 juillet 1868 a créé aussi deux caisses d'assurances, l'une en cas de décès, l'autre en cas d'accidents : les assurances peuvent être souscrites par les mineurs à compter de seize ans à la première, de douze à la seconde (art. 5 et 14). On ne saurait, a-t-on dit (1), trop encourager les idées d'épargne chez les

(1) Exposé des motifs de la loi du 20 juillet 1886.

jeunes ouvriers ; il importe, du jour même où ils commencent à gagner un salaire, de les habituer à en prélever une partie dans une idée de prévoyance.

Le même esprit a inspiré les lois du 9 avril 1881, art. 6 et 21, et du 20 juillet 1895, art. 16. Dès longtemps quelques caisses d'épargne, notamment celle de Paris, admettaient en fait les mineurs, même non émancipés, à effectuer des dépôts sans l'assistance de leurs parents ou tuteurs. Cette pratique, imitée de l'étranger (1), était absolument illégale jusqu'en 1881 (2). A compter de cette date au contraire, les mineurs sont dispensés de toute autorisation si, lors de leur premier versement à la caisse postale ou à une caisse d'épargne ordinaire, ils se réclament du nouveau régime (3), et la loi de 1895 leur épargne même toute formalité en leur conférant de plein droit cet avantage. En outre et contrairement encore aux règles posées par le Code civil, aucune assistance n'est requise pour permettre au mineur, dès lors du moins qu'il a seize ans révolus, de retirer les fonds déposés ; il est seulement réservé à son représentant légal un droit d'opposition dont la forme et les effets sont réglés, en conformité avec le droit commun, dans les articles 16 et 17 de la loi de 1895. L'exercice de cette prérogative ne paraît pas du reste habiliter le représentant à retirer les fonds versés sans son intervention. « Nous ne faisons pas ici du droit, a dit pour justifier ces innovations M. Denormandie, rapporteur au Sénat (4), nous ne faisons pas l'application rigoureuse des principes; nous faisons du fait, nous intervenons sous l'empire d'une préoccupation de bienfaisance. »

---

(1) Elle est législativement consacrée en Angleterre, en Italie, en Belgique et en Hollande, aux Etats-Unis. (Voir le rapport de M. Le Bastard au Sénat le 3 février 1881, *Journal officiel*, 1881, ann. n° 23.)

(2) Voir notamment le décret du 23 août 1875 exigeant l'assistance du mari pour les versements d'une femme mariée.

(3) Du 1er janvier 1882 au 31 décembre 1893, 838.638 livrets ont été ouverts dans ces conditions à des incapables.

(4) Rapport supplémentaire du 16 février 1894, *Journal officiel*, 1894, Sénat, ann. n° 29, p. 69.

Cette préoccupation était bien forte puisqu'elle entraînait l'honorable sénateur à protester dans le même rapport contre l'admission du droit d'opposition au profit des représentants légaux des incapables et nous n'en contestons pas le fondement sérieux. Nous ne pouvons cependant nous empêcher de constater dans les lois sur les caisses d'épargne, comme du reste dans les lois sur les caisses de retraites et d'assurances, deux ordres de dispositions dont le contraste est tout à la fois instructif et inquiétant. Les mineurs sont affranchis, pour les versements et même pour les retraits à effectuer, de la surveillance paternelle et les parents sont de tous points assimilés ici à de simples tuteurs. C'est un progrès, assure-t-on, il faut encourager l'épargne, développer chez le mineur l'esprit d'initiative et la responsabilité de ses actes, lui laisser toute liberté de gérer la fortune modeste qu'il s'est créée par son économie. En même temps l'Etat, unique banquier de tous ces fonds de retraite, d'épargne et d'assurance, quels que soient les déposants, met tous les citoyens en tutelle et, par un contrôle sévère, en vient à supprimer l'initiative et la responsabilité individuelle. Sans parler du grave danger que peuvent faire courir un jour aux finances nationales l'accumulation dans les caisses de l'Etat de tous ces fonds, perpétuellement exigibles pour la plupart, et leur placement en rentes françaises, sans insister sur le côté factice de la richesse nationale qui, employée à des dépenses publiques aussitôt que recueillie, est représentée pour une grosse part par du papier et ne repose en définitive que sur le crédit de l'Etat, nous signalerons du moins cette conséquence des lois économiques précitées : les entraves à la liberté individuelle sont de plus en plus honnies et supprimées à l'égard des incapables quand elles viennent d'autres particuliers, fût-ce des parents d'un mineur; elles sont au contraire soigneusement conservées et fortifiées quand elles émanent de l'Etat. Absorption grandissante des individus de plus en plus isolés par l'Etat omnipotent, centralisation économique se greffant sur la centralisation administrative, tels

sont les résultats de lois utilitaires. Le père ne surveille plus la gestion des deniers de son fils, mais l'Etat devient l'administrateur universel des capitaux.

B. — Lois scolaires.

Nous n'entendons pas faire ici l'historique de la législation française au XIXe siècle sur l'instruction de la jeunesse (1). Nous voulons nous en tenir à l'enseignement primaire, parce que les restrictions aux droits des parents y ont été, en ces derniers temps, beaucoup plus sensibles et, à ce point de vue, nous étudierons spécialement la loi du 28 mars 1882 dont toutes les autres ne sont guère que le développement : elle sanctionne pénalement le devoir incombant aux père et mère d'assurer à leur descendance un minimum d'instruction.

Sans accepter, avec certains esprits, la dangereuse chimère de l'instruction intégrale pour tous dont les résultats pratiques désastreux excéderaient seuls les frais énormes exi-

(1) Et cependant il serait facile d'y rencontrer des exemples de contrainte, au moins indirecte, exercée sur l'autorité paternelle. Les divers gouvernements qui se sont succédé en France dans ce siècle ont tous, depuis Napoléon Ier, prétendu distribuer à tous les jeunes Français une instruction d'un genre uniforme, dont l'État fixe lui-même le programme et l'étendue suivant la classe sociale à laquelle appartiendra plus tard l'enfant, que l'État a été seul à donner pendant de longues années, qu'il est encore aujourd'hui seul à contrôler. Ainsi a été développée cette maladie de l'examen qui transforme la société moderne en un vaste mandarinat : certains diplômes sont indispensables au jeune homme dans la classe riche ou aisée ; leur absence du moins le met dans une situation d'infériorité complète vis-à-vis d'émules même moins intelligents et moins instruits, ne fût-ce qu'à raison de l'obligation militaire qui pèsera plus lourdement sur lui. Ainsi le père est privé, en fait sinon en droit, de la faculté de diriger à son gré l'éducation de son fils, car il ne se sentira pas libre de renoncer par avance aux avantages que présentera pour celui-ci le diplôme à obtenir. Sans insister davantage on peut dire que cette substitution de l'État aux pères de famille dans la direction et la formation de la jeunesse est peut-être un bon moyen de gouvernement, mais qu'elle a, en revanche, au point de vue social même, de graves inconvénients. Ces inconvénients, dès longtemps signalés, ont été récemment présentés, avec une grande verve, par M. Demolins, dans son livre intitulé : *A quoi tient la supériorité des Anglo-Saxons*, p. 3 et suiv.

gés par son application (1), nous avons admis qu'en principe et de droit naturel, le père doit donner à son fils une instruction en rapport avec sa position sociale, instrument précieux de progrès s'il est bien employé. On conçoit donc que les lois positives puissent sanctionner ce devoir en donnant par exemple une action en responsabilité civile contre le père aux autres membres de la famille au nom de l'enfant sacrifié ; l'idée de rendre ainsi l'instruction obligatoire n'est d'ailleurs pas nouvelle, elle avait été émise par les cahiers de l'ordre du clergé aux Etats généraux de 1576 et de 1588. On comprendrait même à la rigueur l'établissement d'une amende légère contre les parents contrevenants (2), ce serait un procédé efficace pour assurer l'observation de la règle dans des familles où nul n'a le loisir ni les moyens financiers de saisir la justice d'une telle question. Rien de plus juste dans tous les cas que d'obliger le patron à rendre possible et même facile l'instruction de son jeune ouvrier (3), ou, comme le faisait la loi du 19 mai 1874, de retarder l'âge minimum d'admission dans l'atelier pour les enfants laissés dans l'ignorance : c'est là un moyen de coercition indirect mais parfaitement légitime à l'égard des parents eux-mêmes. On pourrait même accepter la fixation légale d'un minimum de connaissances exigé de tous, s'il était du moins réduit au strict nécessaire pour l'existence honnête du plus humble des hommes. Lecture, écriture et calcul élémentaire comme matières, temps d'écolage obligatoire terminé à 10 ans au plus,

(1) Glasson, *Éléments de droit français*, n° 72, p. 264, note 1.

(2) L'*act* de 1876 en Angleterre sanctionne le principe de l'obligation scolaire par une amende contre les contrevenants fixée à 5 shellings à l'égard des parents, et à 5 livres contre le patron qui emploie l'enfant. Une ordonnance du 8 novembre 1890, dans le canton de Zurich, et la loi du 9 mai 1889 dans le canton de Vaud font de même (*An. lég. étr.*, 1891, p. 661, 668). En faveur de la légitimité des pénalités en ce cas, voir Glasson, *Éléments de droit français*, t. I, p. 241 et suiv.; Fuzier-Herman, *De la protection légale des enfants*, nos 39 et suivants ; Leloir, t. I, n° 229.

(3) C'était l'objet d'une pétition lancée par les manufacturiers d'Alsace et couverte de signatures à la fin du 2e empire.

voilà, ce nous semble, tout ce qui pourrait être exigé (1).

En France, par suite des lacunes du Code civil, les parents étaient libres en fait de ne faire donner aucun enseignement à leurs enfants. Il y avait là un danger redoutable, non pour les classes riches ou aisées où, à défaut de mobile plus noble, l'amour propre constituait une garantie suffisante, mais pour l'immense foule des pauvres. Hâtons-nous de le dire d'ailleurs, l'expérience démontrait que l'ignorance, bien que non incriminée, tendait de plus en plus à se faire rare.

Cependant, à une époque récente, un grand mouvement d'opinion s'est produit, désintéressé et généreux chez quelques-uns, en faveur de l'instruction de la jeunesse. Instruire du reste c'est moraliser : la criminalité diminue avec le développement de l'instruction (2), en dissipant l'ignorance on a la vertu (3), on a aussi le citoyen patriote ; n'est-ce pas le maître d'école qui a fait l'empire allemand. Aucun sacrifice financier n'était trop lourd, aucune atteinte à la liberté des particuliers n'était regrettable, si l'on devait approcher de cet idéal : l'instruction universelle.

Ainsi motivée et justifiée aux yeux du grand nombre, une nouvelle législation scolaire a repris, après un siècle, la tradition du décret du 29 frim. an II ; elle la reprend même complètement et peut-être, comme en l'an II, comme aussi dans l'édit précité de 1698, le législateur s'est-il inspiré moins de l'idée d'assurer l'instruction de la jeunesse que de la volonté bien arrêtée de la diriger dans le sens de ses préférences du jour (4). Par là s'expliqueraient les résistances qu'il a rencontrées. C'est faire preuve de courte vue tout au moins que de reprocher aux adversaires de nos lois scolaires récentes d'avoir voulu le maintien de l'ignorance dans les classes

(1) Telle est la règle en Angleterre : aussi, sur une population scolaire de 4.800.000 élèves, 192.000 seulement ont atteint l'âge de 13 ans.

(2) Paul Bert, *Journal officiel*, 5 déc. 1880.

(3) V. Hugo, *passim*, *Année terrible*, juin, n° 8.

(4) Sur les origines de la campagne pour la laïcisation de l'enseignement, voir M. D., *Jean Macé et la ligue de l'enseignement*, *Bulletin de la société générale d'éducation*, 1895, p. 38 et suiv.

déshéritées de la fortune. La fondation d'innombrables écoles libres, due à leur dévouement persévérant et à leurs sacrifices financiers (1), montre au contraire l'intérêt qu'ils prenaient à la diffusion de l'enseignement; ce qu'ils combattaient, c'était l'esprit dont s'inspirait la réforme et, en présence des résultats obtenus, il faut reconnaître qu'ils étaient dans le vrai (2).

I. — Quoiqu'il en soit, avant de formuler nos critiques, examinons l'œuvre. Non que nous prétendions étudier en détail cette législation scolaire, inaugurée par les lois des 16 juin 1881, 28 mars 1882 et 30 octobre 1886, sans cesse remaniée depuis lors par des textes multiples, lois, décrets ou arrêtés ministériels, ni en signaler toutes les conséquences onéreuses pour les particuliers et les communes. Un tel examen, fort intéressant certainement, nous entraînerait hors de notre sujet. Nous nous bornerons à préciser la situation faite désormais aux pères de familles par le triple principe qui domine cet ensemble de dispositions : l'instruction primaire est obligatoire, gratuite et laïque.

1° Obligatoire, l'instruction primaire l'est pour tout enfant de l'un ou l'autre sexe de 6 à 13 ans (3), sauf dispense des

(1) Le socialiste hollandais, Domela Nieuvenhuis, le constate dans le recueil *la Société nouvelle*. Blâmant ceux qu'il appelle les libéraux d'avoir prétendu imposer leur théorie de l'école neutre, il ajoute : « Les cléricaux ont montré qu'ils prenaient la chose au sérieux. Ils ont donné de l'argent, beaucoup d'argent pour fonder eux-mêmes des écoles selon leur foi. J'ose même dire que, si les libéraux avaient dû en donner autant, ils ne l'auraient certes pas fait. Il est beaucoup plus facile de profiter de l'Etat que de donner soi-même, de sa propre poche, pour avoir des écoles comme on le désire..... »

(2) Telle qu'elle a été organisée, l'instruction primaire obligatoire ne pouvait pas réaliser les bons résultats que d'excellents esprits attendaient d'elle. Voir Glasson, *op. cit.*, n° 73.

(3) L'âge de 13 ans est un maximum qui n'est guère dépassé en général dans les législations étrangères. Cependant la fréquentation scolaire est prescrite jusqu'à 16 ans (sauf dispense des autorités communales à compter de 15 ans révolus) par la loi du 9 mai 1889, art. 2, 79, dans le canton de Vaud, jusqu'à 14 et même 15 ans dans les villes où se donne une instruction industrielle par la loi du 28 mai 1891 de l'Etat de Massachusetts (*An. lég. étr.*, 1891, p. 661, 1892, p. 947).

deux dernières années en cas d'obtention du certificat d'études primaires. Sont tenus de veiller à l'observation de la règle, d'après l'article 7 de la loi de 1882 : le père ou la mère exerçant la puissance paternelle par suite d'absence ou d'empêchement quelconque du père, puis le conjoint survivant, eût-il été exclu de la tutelle, dans la famille légitime ; à l'égard des enfants naturels, le parent qui a reconnu l'enfant et le père s'ils l'ont reconnu tous les deux ; dans tous les cas le tuteur, le tiers gardien désigné après divorce ou séparation de corps, l'œuvre de bienfaisance qui a recueilli l'enfant, enfin le patron. En ce dernier point, la loi du 28 mars 1882 modifiait implicitement celle de 1874 relativement aux apprentis et enfants employés dans l'industrie ; en 1892 d'ailleurs les dispositions sur le travail des enfants ont été mises d'accord avec la législation scolaire générale. Toutes et chacune de ces diverses personnes encourent, en cas de contravention à la loi, une responsabilité qui pèsera parfois sur plusieurs d'entre elles à la fois, sur le père et sur le patron par exemple ; telle est du moins l'opinion commune (1). A la sanction civile de l'art. 203 du Code civil maintenue, on a joint une sanction pénale pour tout manquement aux prescriptions légales.

(1) Lance, *Manuel juridique des commissions scolaires*, n° 20 ; Valabrègue, *Commentaire sur l'obligation de l'instruction primaire*, p. 56 ; Leloir, t. I, n° 238. — *Contra* Détourbet, *La loi du 28 mars 1882, etc.*, n° 175. — On controverse la question de savoir si la loi de 1882 est applicable aux étrangers, non de passage, mais résidant en France. Dans le sens de l'affirmative, bien que tout ce qui a trait à la puissance paternelle se rattache au statut personnel, parce que la loi de 1882 se rapproche des lois de police et de sûreté et que ses dispositions ont pour les enfants un caractère essentiel de protection : Trib. simpl. pol. de Ressons-sur-Matz, 13 juillet 1883. Lance, n° 8 ; Audinet, n° 588 ; Huc, t. III, n° 225 ; Valabrègue, p. 24 ; Leloir, t. I, n° 235. *Sic* anal. Aix, 7 fév. 1884, S. 84, 2, 57. — *Contra* Trib. simpl. pol. Céret, 2 février 1883. Détourbet, n° 94 ; Cadet, *Législation et jurisprudence scolaires*, p. 122. Le ministre de l'instruction publique adopte une distinction inadmissible en restreignant l'application de la loi au cas où les étrangers ont été autorisés à établir leur domicile en France (*Rev. gén. d'administration*, 1882, t. III, p. 447, et 1883, t. I, p. 54). — Entre la France et la Suisse, une convention du 4 décembre 1887, approuvée par la loi du 12 juin 1888, a établi la réciprocité de l'obligation scolaire pour les enfants des deux pays.

Un rouage nouveau est créé, chargé d'encourager, surveiller et imposer au besoin la fréquentation de l'école : la commission scolaire, composée de délégués du conseil municipal et de représentants de l'instruction publique (1). Elle doit se réunir au moins une fois tous les trois mois en séances non publiques. Bien qu'elle ait à prendre parfois des mesures de rigueur contre les particuliers, ce n'est pas un tribunal de répression, mais un corps administratif (2) dont les décisions peuvent être frappées d'appel par les diverses parties en cause devant le Conseil départemental de l'instruction publique (L. 30 octobre 1886, art. 59, 60) et comportaient, de 1882 à 1886, un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (3).

Ses fonctions consistent: à dresser chaque année, d'accord avec le maire, la liste de tous les enfants de 6 à 13 ans ; à examiner les demandes de dispense de fréquentation scolaire (elle n'en peut accorder que pour trois mois au plus et, si la dispense excède 15 jours, il faut l'approbation de l'inspecteur primaire, L. du 28 mars 1882, art. 7, 15); enfin, en cas d'absence non autorisée d'un écolier, à peser les excuses proposées par la personne responsable. N'admet-elle pas *a priori* lesdites excuses, elle fera comparaître cette personne devant elle et lui infligera, le cas échéant, un avertissement à titre de peine ou prescrira l'affichage de son nom, pendant un mois au plus, à la porte de la mairie avec l'indication de l'infraction commise (L. 28 mars 1882, art. 10, 12, 13). Le texte législatif de 1882 semblait attribuer à la commission un pouvoir souverain d'appréciation quant aux excuses présentées par les parents, mais l'art. 58 de la loi du 30 octobre 1886 lui inter-

(1) Pour la composition de cette assemblée, les cas d'inéligibilité et d'incompatibilité, la nomination de ses membres, la tenue des séances et la forme des délibérations, voir les lois des 28 mars 1882, art. 5, et 30 octobre 1886, art. 54-58.

(2) Conseil d'Etat, 16 mars 1883, D. 84, 3, 41 ; Cass. 14 déc. 1883, *Bull. crim.* 282. *Sic.* Valabrègue, p. 122 ; Détourbet, n° 247; Lance, n° 11. — *Confer* Alpy, *La loi du 28 mars 1882, etc.*, p. 37 et suiv.

(3) Conseil d'Etat, 16 mars 1883 précité. — *Contra* Conseil d'Etat, 13 nov. 1885, *Bulletin de la société d'éducation*, 1886, p. 54.

dit de s'immiscer jamais « dans l'appréciation des matières et des méthodes d'enseignement » : elle ne peut donc plus accepter comme excuses des raisons étrangères à la personnalité de l'enfant, notamment l'emploi dans l'école de livres contraires à la neutralité (1). En outre de ces diverses attributions, on avait affirmé, dans les travaux préparatoires de la loi du 28 mars (2), la faculté pour les membres de la commission de surveiller la tenue des écoles ; ce droit d'inspection, non consacré par le texte, leur a été immédiatement contesté par le ministère de l'instruction publique (3).

Le père de famille reste libre encore, théoriquement du moins (4), de choisir le mode d'éducation à faire donner à ses enfants. Il optera entre l'enseignement des écoles publiques, celui des écoles privées quand il y en a à sa proximité, ou enfin l'enseignement domestique, s'il a toutefois la capacité et le temps de le donner lui-même ou les ressources suffisantes pour le faire donner par autrui ; il a également le choix entre les diverses écoles publiques avoisinant sa demeure, car nul élève ne peut être écarté pour ce motif qu'il n'appartient pas à la commune tant que le maximum réglementaire pour chaque classe n'est pas atteint (L. 28 mars 1882, art. 4, 7). En revanche, dès que l'enfant a six ans, le père (ou plus généralement la personne responsable) est requis, quinze jours au moins

---

(1) *Sic*, avant 1886, Conseil d'Etat, 16 mars 1883, D. 84, 3, 41; Cass. 15 déc. 1883, *Bull. crim.* 284 ; Trib. Toulon, 22 mai 1883, et Trib. simp. police La Roche (Savoie), 1er juin 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 1883, p. 409, 473. — *Contra* Alpy, p. 27 et suiv.; Détourbet, nos 275 et suiv.; Marguerie, concl. au Conseil d'Etat sur l'arrêt du 8 août 1884, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 1884, p. 612 ; Commiss. scolaire de Lavaur, 15 déc. 1882, *Fr. jud.*, VII, 173.

(2) Séance du 18 mars 1882, Sénat, *Journal officiel* du 19 mars.

(3) Circ. 13 juin 1882. *Sic* Détourbet, no 260 ; Lance, no 16.

(4) Nous disons théoriquement, car d'une part l'enseignement domestique ne peut en fait être donné aux enfants que dans la classe aisée et d'autre part, dans beaucoup de communes, depuis surtout que la jurisprudence leur dénie la faculté de subventionner les écoles privées, eussent-elles pris des engagements formels en leur faveur, il ne reste plus que l'école publique entretenue des deniers de l'État, à laquelle les parents sont obligés d'envoyer leurs enfants.

avant le début de l'année scolaire, de déclarer au maire le résultat de son option ; faute de quoi, le mineur est inscrit d'office à l'école communale et, à compter de l'avis individuel qui lui en est donné, son représentant est légalement obligé de l'envoyer à ladite école (1) (Loi 28 mars 1882, art. 7) à moins toutefois qu'il ne fasse, même postérieurement à l'inscription d'office, une déclaration d'option en faveur d'une école privée ou de l'enseignement domestique (2). Les parents ne sont pas tenus de faire la déclaration d'office quand la sixième année de l'enfant s'accomplit (3) ; cette formalité devient au contraire obligatoire pour eux, d'après la jurisprudence et les instructions ministérielles, quand ils ont été personnellement invités à la faire par la mairie. Seule (4) du reste cette notification, fût-elle tardive (5), fait courir le délai de quinzaine à eux imparti pour se mettre en règle avec la loi.

La déclaration, faite par écrit ou même verbalement, sera individuelle (6) et précisera le mode d'instruction réservé à l'enfant (7). Rien ne peut d'ailleurs la suppléer : ni la preuve fournie devant le juge de paix ou le tribunal de première in-

(1) Cass. 4 août et 28 décembre 1883, *Bull. crim.* 202, 296 ; Trib. Orléans, 21 avril 1883, D. 84, 1. 257. Alpy, p. 23 ; Détourbet, n° 163 ; Lance, n° 37 ; Leloir, t. I, n° 248.

(2) Cass. 14, 15 et 22 décembre 1883, *Bull. crim.* 283, 284, 294. Détourbet, n° 190 ; Lance, n^{os} 23, 37 ; Leloir, t. I, n° 246.

(3) Trib. Beaune, 17 février 1883, D. 84, 1, 257.

(4) Circ. min. 7 septembre 1882. Cass. 26 mars 1883 et 14 novembre 1884, *Bull. crim.* 1883, 126, 1884, 89 ; Tribunaux de La Flèche, 21 fév. 1883, Dijon, 28 avril 1883, et Trib. simp. pol. Ambrières, 28 mai 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, année 83, p. 180, 339, 539. *Sic* Alpy, p. 16 ; Détourbet, n° 158 ; Lance, n^{os} 23, 33 ; Leloir, t. I, n° 245. — *Contra* Trib. simp. pol. Verzy, 7 mars 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, année 83, p. 335. — La cour de cassation n'exige pas dans cet avis individuel l'indication de la date de la rentrée des classes (Cass. 28 décembre 1883, *Bull. crim.* 296).

(5) Cass. 4 août, 21, 28 septembre 1883, *Bull. crim.* 203, 293, 296. Détourbet, n° 159 ; Lance, n° 34. — *Contra* Trib. Semur, 23 mars 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, année 83, p. 247.

(6) Les déclarations collectives sont prohibées (Circ. min. 30 août et 7 septembre 1882). Mais elles sont possibles par mandataires.

(7) Cass. 21 décembre 1883, *Bull. crim.* 293.

stance que l'enfant a été instruit (1), ni l'inscription effectuée sur les registres d'une école publique ou privée (2), ni la connaissance par le maire de l'enseignement donné à l'enfant dans sa famille ou dans une école privée (3). Mais, une fois faite, elle n'a pas besoin d'être renouvelée chaque année, sauf si l'enfant quitte l'école avant 13 ans, auquel cas le maire doit être avisé de la façon dont l'enfant recevra à l'avenir l'instruction primaire (L. 28 mars 1882, art. 9).

Le père a-t-il opté pour l'enseignement domestique, il est soumis au contrôle de l'administration. Dès que la deuxième année d'instruction obligatoire est terminée, l'enfant doit subir un examen annuel (4) sur les matières de l'enseignement correspondant à son âge, d'après les programmes élaborés par le Conseil supérieur de l'instruction publique (5), devant un jury choisi et présidé par l'inspecteur d'académie (6). Ne comparaît-il pas ou ses réponses sont-elles jugées insuffisantes, il est inscrit soit d'office à l'école communale soit, au choix des parents, sur les registres d'une école publique ou privée (L. 28 mars 1882, art. 16).

Le père a-t-il désigné au contraire une école quelconque, l'enfant figurera sur la liste des élèves de cet établissement. Une telle liste est remise par le maire à chaque école et con-

---

(1) Cass. 14 décembre 1883, *Bull. crim.* 283 ; Trib. Rouen, 31 juillet 1884, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 84, p. 553.

(2) La communication du registre d'appel de l'école privée ne dispense pas le père de faire une déclaration. Cass. 14 décembre 1883, *Bull. crim.* 283. — *Contra* Trib. Châteauroux, 12 avril 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 83, p. 331. Circ. min. 30 août et 7 septembre 1882.

(3) Cass. 14, 15, 22 déc. 1883, *Bull. crim.* 283, 284, 294 ; Tribunaux Toulon, 22 mai 1883, Mâcon, 11 juin 1883, Rouen, 31 juillet 1884, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 83, p. 409, 476, an. 84, p. 553. — *Contra* Tribunaux Beaune, 17 fév. 1883, D. 84, 1, 257 ; Chinon, 3 avril 1883, Châteauroux, 12 avril 1883, Dijon, 28 avril 1883, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 83, p. 329, 331, 337.

(4) *Sic* Loi 9 mai 1889 dans le canton de Vaud (*An. lég. étr.*, 1891, p. 661).

(5) Arr. min. 22 décembre 1882 ; Circ. min. 12 septembre 1884.

(6) En pratique, mais contrairement au texte légal, on a substitué à l'examen devant le jury la présentation des cahiers de l'enfant à l'inspecteur sans déplacement.

stitue l'élément essentiel du registre d'appel tenu par les directeurs ou directrices pour contrôler l'assiduité. Chaque mois un extrait du registre est adressé au maire et à l'inspecteur primaire, avec l'indication du nombre des absences et des motifs d'excuse allégués ; la commission scolaire en devra connaître (L. 28 mars 1882, art. 8 et 10). Si, quatre fois dans le même mois et pendant une demi-journée au moins chaque fois, un enfant a été porté manquant à l'école sans justification jugée légitime par la commission scolaire, le père est cité (1) à comparaître devant ladite commission pour s'entendre uniquement donner un avertissement avec rappel de ses obligations légales (2) (L. 28 mars 1882, art. 12). En cas de non comparution injustifiée ou si, après comparution, il y a récidive (3) dans les douze mois de la première infraction (4), la peine de l'affichage sera prononcée contre le prévenu, sans qu'il soit nécessaire de lui adresser une nouvelle citation (5) ou de l'entendre dans ses excuses : le nom du contrevenant sera inscrit à la porte de la mairie pendant quinze jours ou un mois avec indication du fait reproché (L. 28 mars 1882, art. 12 et 13). C'est là une peine, nous dit l'article 13 de la loi ; cependant la Cour suprême refuse d'attribuer aux mesures prises par la commission scolaire contre les parents le caractère de véritables pénalités : d'après elle,

(1) La citation est donnée à trois jours francs. Elle peut l'être par écrit ou verbalement, mais il est indispensable, à peine de nullité de la sentence, que le père de famille l'ait reçue. Cass. 15 décembre 1883, *Bull. crim.* 285.

(2) Trib. Saint-Julien, 31 déc. 1883, et Cass. 14 nov. 1884, *Bull. crim.* 304.

(3) Pour qu'il y ait récidive, il n'est pas indispensable que les deux infractions soient de même nature, mais elles doivent avoir été commises dans le ressort de la même commission scolaire. Valabrègue, p. 152 ; Détourbet, n° 334 ; Lance, n° 69 ; Leloir, t. I, n° 255.

(4) A ces deux cas où la peine de l'affichage est encourue, il faut joindre celui où un enfant quitte l'école à laquelle il était régulièrement inscrit sans qu'une déclaration soit faite au maire (L. 28 mars 1882, art. 9, 13).

(5) Cass. 14 décembre 1883, *Bull crim.* 282 ; Trib. Châtillon-sur-Seine, 9 avril 1883, et Rouen, 31 juillet 1884, *Bulletin de la société d'éducation*, an. 83, p. 337, et an. 84, p. 553. Lance, n°s 12, 67 ; Leloir, t. I, n° 255. — *Contra* Trib. Dijon, 28 fév. 1883, D. 84, 2. 20. Alpy, p. 40 ; Détourbet, n° 343 ; Valabrègue, p. 153.

« spécialement l'affichage, bien que qualifié *peine* par la loi, n'est, dans l'esprit du législateur, qu'une mise en demeure plus énergique... après que l'avertissement prononcé pour une première infraction est demeuré sans effet (1) ». L'interprétation est bien hardie qui dénature à ce point le texte interprété.

Mais voici mieux encore et la Cour de cassation semble reprocher au législateur sa lenteur à frapper de pénalités véritables les pères de famille récalcitrants. « En cas d'une nouvelle récidive, dit l'art. 14 de la loi de 1882, la commission scolaire ou, à son défaut, l'inspecteur primaire devra adresser une plainte au juge de paix ; l'infraction sera considérée comme une contravention et pourra entraîner condamnation aux peines de police », sauf application possible des circonstances atténuantes. Qu'est-ce à dire ? Si l'on s'en tient aux principes ordinaires du Code pénal, il faut n'admettre l'état de récidive que s'il y a infraction commise après l'affichage prononcé (2), et, comme la loi exige une *nouvelle récidive*, le juge de paix ne pourrait être saisi qu'après deux condamnations successives par la commission scolaire. Telle avait été l'opinion des premiers tribunaux appelés à statuer sur la question : soit donc un père condamné dès la première infraction à l'affichage par suite de sa non comparution, une nouvelle infraction dans les douze mois devait être portée encore devant la commission scolaire et faisait encourir *uniquement* l'affichage (3). La Cour de cassation en a jugé autrement. De ce que la loi ne prévoit pas expressément la réitération de la peine de l'affichage, elle conclut que le

(1) Cass. 14 décembre 1883, *Bull. crim.* 282.

(2) Toutes les incriminations existant de ce chef contre une même personne à un moment donné doivent être comprises dans la même poursuite à peine de ne pouvoir être ultérieurement reprises (Cass. 15 déc. 1883, *Bull. crim.* 285). *Sic* Alpy, p. 57 ; Détourbet, nos 297 ; Lance, nos 71, 82, 83; Leloir, t. I, n° 258.

(3) Trib. Beaune, 17 fév. 1883, D. 84, 1, 257 ; Trib. La Flèche, 21 fév. 1883, Auxerre, 16 mars, Semur, 22 mars, Orléans, 22 avril, Blois, 20 juillet 1883 ; Trib. simp. pol. Gisors, 21 mai, et Paris, 15 juill. 1883, *Bull. soc. d'éduc.*, 1883, p. 180, 246, 404, 406, 539, 410, 534. *Sic* Alpy, p. 47 ; Valabrègue, p. 158 ; Détourbet, p. 346 et suiv.

contrevenant dont le nom a été affiché une fois, pour quelque cause que ce soit, devient immédiatement justiciable du tribunal de simple police ; elle traduit l'expression *nouvelle récidive* dans l'art. 14 de la loi de 1882 par celle de nouvelle infraction (1). Du reste, ajoutent ses arrêts, la condamnation à l'affichage, ne constituant pas une vraie peine, n'a pas besoin d'être notifiée au prévenu ; toutefois, comme elle sert de base à l'état de récidive, il faut que ce dernier l'ait connue en fait pour légitimer ultérieurement une poursuite judiciaire contre lui (2).

Le juge de paix devra examiner s'il est valablement saisi et apprécier dans ce but la régularité de la procédure et des décisions de la commission scolaire ; il a qualité pour peser les excuses présentées par l'inculpé (3) et peut spécialement le renvoyer indemne en constatant l'absence d'intention coupable (4). L'amende de 11 à 15 francs, avec contrainte par corps en cas de non paiement, et la prison pour 5 jours au plus sont les seules peines possibles (L. 28 mars 1882, art. 14; C. pén., art. 479, 480, 467,

(1) Cass. 4 août 1883, *Bull. crim.* 203 ; Trib. Rouen, 31 juill. 1884, Trib. simp. pol. Verzy, 7 mars 1883, et Reims, 6 mars 1893, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 84, p. 553, an. 83, p. 335, an. 94, p. 47. *Sic* Lance, n° 66 ; Leloir, t. I, n° 256.

(2) Cass. 15 nov. 1884, *Bull. crim.* 307 ; Rouen, 31 juill. 1884, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 84, p. 553. Lance, n° 12 ; Leloir, t. I, n° 257. — *Contra* Trib. simp. pol. Paris (6e arr.), 15 juill. 1883, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 83, p. 534 : ce jugement exige une notification.

(3) Cass. 3 août 1883, *Bull. crim.* 291, 292, 293 ; 14 nov. 1884, *Bull. crim.* 303 ; Trib. Reims, 24 mars 1883, et Trib. simpl. pol. Chaumont, 15 mai 1884, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 83, p. 243, an. 84, p. 619. *Sic* Alpy, p. 639 ; Valabrègue, p. 16 ; Détourbet, n° 361 ; Lance, n° 72 ; Leloir, t. I, n° 258.

(4) Valabrègue, p. 164 ; Lance, n° 75 ; Leloir, n° 258 ; F. Bonnet, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 84, p. 102. — *Contra* Trib. Mâcon, 11 juin 1883, *même bulletin*, an. 83, p. 476. — D'après les travaux préparatoires au Sénat de la loi de 1882, sur l'art. 14, il y avait pour le juge de simple police une entière liberté d'examen et d'appréciation avant de condamner ou d'absoudre ; devant la Cour suprême, M. le proc. génér. Barbier a combattu ce qu'il appelait la théorie de la condamnation facultative et la Cour a tout au moins décidé que l'acquittement du prévenu ne pouvait être fondé sur la preuve fournie que l'instruction domestique était donnée à l'enfant (Cass. 14 déc. 1883, *Bull. crim.* 283).

463). Contre une condamnation à l'emprisonnement ou à plus de cinq francs d'amende l'appel est ouvert devant le tribunal correctionnel, il est suspensif (C. inst. crim., art. 172, 173). Toutes les décisions en dernier ressort peuvent être déférées à la Cour de cassation.

Après une condamnation prononcée par le juge de simple police, toute infraction scolaire nouvelle, se produisant dans les douze mois, est déférée *de plano* à ce même tribunal et fait encourir une peine plus grave, par application des art. 482 et 483 du Code pénal. Telle est du moins l'opinion de la Cour suprême (1) : la culpabilité de l'agent est aggravée par sa persistance à violer la loi malgré la répression antérieure, son acte ne saurait donc perdre le caractère de contravention.

2° L'école primaire devenant obligatoire, il fallait en assurer le facile accès à tous, spécialement aux enfants des familles peu aisées où l'instruction à domicile est chose impossible. Aussi le législateur a-t-il rendu l'enseignement gratuit dans les écoles publiques, il l'a en même temps voulu laïque. La gratuité et la laïcité devenaient donc des caractères essentiels de l'instruction primaire en France, on supposait bien en effet qu'après comme avant les lois nouvelles, elle serait presque uniquement donnée dans les établissements officiels. Il est indispensable de signaler ces points pour bien faire connaître le régime scolaire actuel qui, de la façon dont il est ainsi établi et pratiqué, ne laisse pas de porter une atteinte grave à l'autorité du père de famille.

La gratuité de l'enseignement primaire n'est pas en France, ni à l'étranger d'ailleurs, une nouveauté en faveur tout au moins des enfants indigents. Prescrite à leur égard par la loi du 22 juin 1833 (2), elle était consacrée par l'art. 24 de la loi du 15 mars 1850 au profit de « tous les enfants dont

(1) Cass. 21 déc. 1883, *Bull. crim.* 291. *Sic* Alpy, p. 59; Détourbet, n° 293.

(2) Les enfants assistés devaient être rangés parmi les ayants droit à la gratuité. Décision ministérielle 17 mars 1843.

les familles étaient hors d'état de payer l'école », et l'article 36 accordait même à toute commune « la faculté d'entretenir une ou plusieurs écoles entièrement gratuites, à la condition d'y subvenir sur ses propres ressources ». La liberté des communes à ce dernier point de vue s'était encore accrue sous l'empire des lois des 10 avril 1867 et 19 juillet 1875 qui leur permettaient de se créer des ressources nouvelles à l'aide d'impositions spéciales. Ce qui constitue l'innovation moderne contenue dans l'art. 1er de la loi du 16 juin 1881, c'est la substitution au système de la gratuité particulière aux indigents ou facultative pour les communes du système de la gratuité générale et nécessaire. Nul, pour se soustraire à l'obligation, ne se retranchera plus derrière le prétexte de la rétribution scolaire; cette rétribution est supprimée et elle l'est pour tous, l'égalité le veut ainsi (1).

Riches ou pauvres donc, les parents ne doivent rien pour l'enseignement primaire reçu par leurs enfants, s'ils les envoient dans les écoles publiques. Bien entendu d'ailleurs, les dépenses afférentes audit enseignement n'ont pas été *ipso facto* supprimées, elles n'ont même fait que s'accroître en ces derniers temps et sont réparties par les lois des 19 juillet 1889 et 25 juillet 1893 entre l'Etat, les départements et les communes. D'où l'on peut conclure que la gratuité ainsi entendue est un leurre, puisque les frais n'ont pas diminué, et même une injustice, puisque tous les contribuables supportent la dépense même s'ils n'ont pas d'enfants. Par exemple le service est centralisé sous la direction de l'Etat : suivant l'expression du ministre de l'instruction publique dans la discussion de la loi du 30 octobre 1886, plus vraie encore depuis 1889, « l'enseignement primaire est un service d'Etat subventionné par les communes ».

(1) Seule en Europe, la Suisse a une organisation scolaire du même genre. Voir par exemple les lois du 9 mai 1889 pour le canton de Vaud et du 21 mai 1890 à Neufchâtel (*An. lég. étr.*, 1891, p. 661, 646).

Les constitutions les plus récentes aux Etats-Unis portent aussi que chaque citoyen est en droit d'exiger des gouvernants l'instruction indispensable à tout homme.

3° Enfin, l'enseignement public est laïcisé : il est défendu, dans les écoles publiques, d'aborder aucune question religieuse et la direction de ces établissements ne peut plus appartenir à un membre d'une congrégation religieuse quelconque ou même du clergé (L. 28 mars 1882, art. 1, 2 ; 30 oct. 1886, art. 17). Nulle part ailleurs qu'en France on ne relève une exclusion aussi radicale de tout élément religieux. Si, dans les Pays-Bas, l'enseignement de la religion ne figure pas au programme de l'instruction primaire, du moins il est réservé dans chaque école un local chauffé et éclairé où, à certaines heures, les ministres du culte viennent le donner. En Angleterre (1), en Italie (2) et en Belgique, il appartient aux représentants des communes de fixer le caractère de leurs établissements scolaires à ce point de vue et la loi belge du 20 septembre 1884 semble presque avoir réalisé la perfection quant au respect des convictions de chacun. Aux Etats-Unis enfin, où pourtant les livres ayant un caractère confessionnel sont prohibés dans l'école, l'idée de Dieu reste à la base de l'enseignement : au début et à la fin de chaque classe, une prière est récitée, c'est le *Pater* que peuvent admettre tous ceux qui ne sont pas athées.

Tout autre est la théorie en France. Malgré des efforts généreux et l'éloquente intervention de M. J. Simon, la loi de 1882 a rayé du programme de l'enseignement primaire l'indication des devoirs envers Dieu qu'elle a remplacés par l'instruction morale et civique (art. 1er) (3). L'instituteur public ne doit plus même parler de Dieu à ses élèves, c'est,

(1) Sur 2.300 communes en Angleterre, 8 seulement ont exclu l'enseignement religieux. En Angleterre, d'autre part, les écoles normales dépendent des différentes Eglises.

(2) Voir un article de M. Volpe Landi, *L'enseignement primaire en Italie*, *Revue catholique des institutions et du droit*, t. XIV, 1895, p. 511 et suiv.

(3) Sur ce qu'il faut entendre par là et sur la distinction de l'enseignement moral laïque d'avec l'enseignement religieux, voir Circ. min. 17 nov. 1883 et Règlements modèles scolaires, 18 janv. 1887. Dans les programmes d'enseignement primaire il n'est parlé qu'une fois des devoirs envers Dieu, c'est pour les élèves de 9 à 11 ans, tout à la fin des cours.

assure-t-on, le principe de la liberté de conscience qui l'exige. Il avait été proposé du moins qu'à la demande des parents, les ministres des cultes eussent accès dans les locaux scolaires, en dehors des heures de classe, pour y donner l'enseignement confessionnel ; cette atténuation du principe, admise par le Sénat, a été elle-même repoussée à la Chambre, un jour de congé par semaine a été réservé seulement par la loi de 1882 pour permettre aux enfants de recevoir cet enseignement en dehors de l'école. Inspirée du même esprit d'ostracisme, l'administration a prétendu bannir des salles de classe tout emblème religieux (1) et une circulaire ministérielle du 1er décembre 1891 a même interdit aux instituteurs publics de donner des répétitions de catéchisme, même en dehors des heures de classe et des locaux scolaires.

Exclusivement laïque aussi doit être le personnel chargé de l'inspection et de l'enseignement dans les écoles primaires publiques. L'article 3 de la loi de 1882 enlève donc aux ministres des cultes le droit d'inspection qui leur était antérieurement reconnu. La loi du 30 octobre 1886 prohibe pour l'avenir (art. 17 et suiv.) toute nomination nouvelle d'instituteur ou d'institutrice congréganiste dans les départements où fonctionneront depuis quatre ans des écoles normales ; si contraire qu'elle soit aux vœux de certains conseils municipaux, la laïcisation complète du personnel dans les écoles de garçons devra être terminée en octobre 1891. Les circulaires ministérielles des 3 décembre 1886 et 28 avril 1891 ont assuré et hâté l'exécution de la loi. En même temps, jointes aux morts et aux démissions, les révocations à titre disciplinaire ou sans motifs ont à peu près achevé l'œuvre à l'heure actuelle, même dans les écoles de filles dont la laïcisation n'était pas prévue dans un délai préfix.

Enfin, du texte et surtout de l'esprit de la loi du 30 octobre 1886, la jurisprudence, tant administrative que judiciaire, a prétendu

(1) Circ. min. 2 nov. 1882.

déduire l'impossibilité pour les départements et les communes de faire concurrence aux établissements publics obligatoirement laïques et entretenus par l'Etat en subventionnant directement ou non de leurs deniers une école confessionnelle (1). Elle leur a même interdit de continuer à remplir vis-à-vis d'une école libre les conditions d'une libéralité qu'ils avaient naguère acceptée à charge d'enseignement congréganiste (2).

II. — Telle est, résumée dans ses traits principaux, la législation nouvelle en matière d'enseignement primaire. Elle n'a pas eu les heureux résultats dont s'étaient flattés certains esprits. Au prix d'efforts et de sacrifices on voulait généraliser la diffusion en France de l'instruction primaire ; la gratuité devait faire accepter les rigueurs de l'obligation, la stricte neutralité de l'école garantir la liberté des consciences. Voici, après quinze ans, ce que sont devenues ces promesses : l'obligation scolaire est violée presque partout et le nombre des absences aux écoles et des illettrés en France reste aussi considérable que par le passé ; enfin, chose bien plus grave, le niveau moral de la jeunesse s'est abaissé d'une effrayante façon.

Les causes de cet insuccès sont faciles à trouver. Fût-on partisan résolu de l'instruction obligatoire, on n'a, suivant nous, le droit d'inscrire ce principe dans la loi qu'à la condition de se préoccuper plus encore de l'éducation que

---

(1) Conseil d'Etat, 20 fév. et 17 avril 1891, D. 92, 3, 73 ; 19 mai 1893 et 4 mai 1894, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 94, p. 343, 614 ; Montpellier, 16 nov. 1888, Besançon, 27 fév. 1889, Nîmes, 22 janv. 1890, *Bulletin société d'éducation*, an. 89, p. 261, an. 91, p. 59 et 57. Avis Conseil d'Etat, 19 juil. 1888, 8 nov. 1888, 24, 31 oct. et 7 nov. 1889 ; Circ. min. 18 août 1888. — Voir cependant, comme symptôme d'atténuation de cette jurisprudence, l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 août 1897, ville de Dax, et l'arrêté du préfet des Basses-Pyrénées, en date du 20 septembre 1897, *Bull. soc. d'éduc.*, an. 97, p. 622.

(2) Besançon, 27 fév. 1889 ; Rouen, 26 nov. 1890 ; Montpellier, 2 fév., Chambéry, 8 juil., Nîmes, 11 août 1891 ; Riom, 27 juin 1893 ; Toulouse, 28 février 1894 ; Limoges, 16 décembre 1895, *Bulletin société d'éducation*, an. 91, p. 59, 654 ; an. 92, p. 131, 133, 554 ; an. 95, p. 418, 423 ; an. 96, p. 415. Avis Conseil d'Etat, 14 mai 1889. Circ. min. 8 fév. 1888.

de l'instruction de l'enfance et de respecter les droits légitimes du père de famille quant à la façon dont son fils devra être élevé. Certes, nous l'avons dit et nous le répétons, l'Etat nous paraît être tout à fait dans son rôle quand, voulant l'instruction pour tous parce que les hommes non instruits constituent une valeur perdue pour lui, il emploie les ressources du budget à en faciliter la diffusion. Mais était-il donc besoin de tant de lois coercitives pour obtenir ce résultat? Il semble que non, car, bien avant 1880, rares étaient les pères qui, même personnellement étrangers aux connaissances les plus élémentaires, ne désiraient pas assurer à leur descendance les avantages de l'instruction. La tendance des esprits était en général toute contraire et exagérée même parfois jusqu'à être jugée dangereuse comme provoquant au déclassement; il eut donc suffi de lui donner satisfaction par une certaine augmentation du nombre des écoles et des maîtres. L'œuvre eut été complétée par l'emploi de certains procédés indirects mais très efficaces, tels que l'élévation pour les illettrés de l'âge d'admission dans l'industrie (1) ou la prolongation pour eux de la présence sous les drapeaux. Il n'en eut pas fallu davantage pour assurer la fréquentation des écoles primaires. Que l'obligation scolaire dût être en outre écrite dans la loi, nous n'y contredisons pas absolument, mais protestons contre la façon dont elle a été entendue. C'est qu'en effet on a voulu rendre obligatoire moins l'instruction primaire qu'un mode déterminé d'enseignement et l'on a ainsi inutilement blessé les consciences et provoqué les résistances. Ce que le législateur et l'administration, entrant dans ses vues, ont tenté, c'est d'imposer à tous un enseignement d'Etat qui, sous couleur de neutralité, heurte les convictions intimes de beaucoup.

La neutralité de l'école au point de vue religieux, quelle

(1) Les heureux résultats de la loi du 19 mai 1874 à ce point de vue sont relatés dans le rapport présenté le 3 avril 1889 à M. le Président de la République par la Commission supérieure du travail des enfants.

chimère irréalisable ; quelle folie préjudiciable et injuste si jamais on pouvait l'établir ! Chimère, nul après une expérience de quinze ans n'en doit plus douter, si crédule qu'il ait été aux promesses d'antan : il paraît bien impossible au maître de faire abstraction de l'idée de Dieu dans les premières leçons données à l'enfance, son silence même à ce point de vue ne sera-t-il pas forcément considéré comme une négation destructive de la neutralité promise. Injustice et folie préjudiciable, car l'école neutre, c'est « l'école sans vie, sans âme, c'est l'école automate (1) », à vrai dire ce n'en est plus une. Si l'on en croit certains commentateurs et partisans de nos lois scolaires, leur principal mérite résiderait dans la laïcisation tant du personnel que de l'enseignement lui-même ; par là en effet on prémunit l'enfant contre l'esprit de l'Eglise (2) ; « par là on agit sur la foi même, on habitue les esprits à s'en passer, on les détache doucement, lentement, de la foi, c'est l'essentiel (3) ». Les esprits vraiment libéraux en jugent autrement et avouent avec M. Lavisse que « la jeunesse française est moralement abandonnée (4) ».

C'est le rôle primordial, le rôle social de l'école d'aider les parents à inculquer les principes moraux indispensables à tous dans l'âme des enfants, de suppléer, le cas échéant, les éducateurs naturels dans cette mission sacrée ? Inspirer l'esprit de dévouement, de sacrifice et de travail, développer le sentiment du devoir, former le caractère et la volonté, voilà certes une part, et non la moins noble, de la mission du maître (5). Or, n'est-ce pas le priver du levier le plus puissant pour moraliser la jeunesse que d'exclure systématique-

---

(1) Domela Nieuvenhuis, *La société nouvelle* : « L'école neutre est une école déshonorée ; il n'y a pas d'école véritablement neutre et, s'il y en avait, il faudrait en rougir. » *Sic* J. Simon, disc. au Sénat, 18 mars 1886.

(2) Laurent, *Princ. de droit civil*, t. IV, n° 259.

(3) F. Sarcey, *XIX^e siècle.*

(4) *Journal des débats*, 12 oct. 1894.

(5) Disc. du duc de Broglie au Sénat, séance du 24 janvier 1880 ; Brunetière, *Education et instruction, Rev. des deux mondes*, 15 février 1895, p. 914 et suiv.

ment de son enseignement tout élément religieux? N'est-ce pas ravaler la fonction de l'école que « de croire qu'elle prépare des hommes parce qu'elle apprend à lire à des enfants (1)? » Tous les hommes sensés aujourd'hui, à quelque école qu'ils appartiennent, refusent à l'instruction prise en soi un effet nécessairement moralisateur (2). Au point de vue moral, l'instruction n'est qu'un moyen, un instrument; elle est indifférente, bonne ou mauvaise suivant l'usage qu'on en fait.

Bien mieux, l'instruction sans une forte éducation morale peut être un danger pour l'individu et pour la société : elle enfle et gâte l'esprit (3), elle prépare des déclassés mécontents de leur sort, trop souvent même des criminels. Et ce sont des freins bien insuffisants contre les appétits et les instincts mauvais que la morale civique et la crainte des lois humaines. L'expérience de ces dernières années en fournit la preuve surabondante. Tandis qu'en Angleterre, où l'enseignement religieux est donné à l'école, la criminalité diminue à mesure qu'augmente l'assiduité scolaire (4), en France au contraire, à la diffusion de l'instruction primaire d'après les nouvelles méthodes correspondent un abaissement de la moralité et un accroissement inouï de la criminalité (5). C'est la condamnation formelle, au point de vue

(1) Jules Gautier, *Journal des instituteurs*, 19 mai 1895, p. 532.

(2) Voir notamment : Duruy, disc. prononcé à Lyon le 23 juin 1867; Coirard, discours de rentrée à la Cour de Montpellier, 3 novembre 1880, p. 36 et suiv.; Leroy-Beaulieu, *Rev. des deux mondes*, 15 janv. 1889; Herbert Spencer, *Introduction à la science sociale*, p. 387; J. Simon, *La réforme scolaire*, le *Figaro* du 8 août 1894; Brueyre, *De l'instruction des jeunes détenus aux Etats-Unis, Bull. pris.*, 1892, p. 993. « Une morale n'est rien si elle n'est pas religieuse. » (Scherer, *Etudes sur la littérature contemporaine*, t. VIII, p. 182.)

(3) « Un sot savant est sot plus qu'un sot ignorant. » Molière, *Femmes savantes*. — Voir, dans la *Revue de l'époque* du 15 décembre 1894, un curieux article de M. Olivier Billaz sur l'éducation universitaire.

(4) *Revue pédagogique*, nov. 1894, p. 475.

(5) M. A. Guillot le constate éloquemment : « Il ne peut échapper à aucun homme sincère, quelles que soient ses opinions, que l'effrayante augmentation de la criminalité chez les jeunes gens a coïncidé avec les change-

purement utilitaire, de cette déclaration de guerre à la religion qu'on a appelée la neutralité (1). Les choses ont en effet leur logique implacable et l'instruction est décapitée

ments apportés dans l'organisation de l'enseignement public. » *Sic* J. Simon, article précité du *Figaro;* Fayet, *La marche de la criminalité et le progrès de l'instruction depuis soixante ans*, *Bulletin de la société d'éducation*, 1892, p. 593, 643. — Le *Rapport ministériel sur l'administration de la justice criminelle en France et en Algérie*, publié en mars 1895 pour l'année 1892, confirme tristement ces assertions. Il y a eu 248.357 prévenus traduits en police correctionnelle en 1892 contre 233.704 en 1891 et 229.143 en 1890. La proportion des récidivistes a passé de 50 °/₀ en 1880 à 58 °/₀ en 1892. Les condamnés mineurs de 16 à 21 ans ont passé de 25.192 en 1880 à 36.096 en 1892 ; les prévenus au-dessous de 16 ans ont été 9.091 en 1892 contre 8.503 en 1891. — Voir à ce sujet, dans la discussion du budget du ministère de l'instruction publique pour 1898, les discours de MM. D. Cochin et Bourgeois (Chambre des députés, séance du 16 novembre 1897, *Journal officiel* du 17, p. 2.458 et suiv.).

(1) « Nous avons développé l'instruction et nous avons bien fait. Mais il est visible que la moralité n'a pas suivi les progrès de l'instruction ; en cultivant l'intelligence, nous avons négligé la conscience. Nos jeunes assassins sont des êtres sans conscience. » (Sigismond Lacroix, *Paris*, 24 juin 1896.) « L'âme de la France est à refaire... Un peuple ne passe pas impunément plusieurs années à chasser l'idée de Dieu de son enseignement... L'instituteur et la famille ne peuvent rien sans le prêtre... La plupart des malheureux sur lesquels la justice a mis la main à la suite des derniers attentats sont des jeunes gens élevés pendant que l'image de Dieu était partout voilée. La leçon est donnée, elle est terrible... C'est l'éducation qui fait l'homme et c'est l'homme qui fait un peuple. » (J. Simon, le *Figaro*, 8 août 1894.) — Ailleurs *(La vie contemporaine)*, le même auteur reprend ce thème : il faut revenir à Dieu. Parlant de l'homme du peuple, il s'écrie : « Vous voulez faire de lui un bon républicain, un bon citoyen, obéissant au devoir, secourant ses frères malheureux et donnant son sang pour la patrie, et vous commencez, pour en arriver là, par lui dire qu'il n'y a ni Dieu, ni principe, ni avenir au-delà de la vie ! Vous comptez uniquement pour le maintenir dans la bonne voie sur le juge de paix et le gendarme ! Il vous répond par la dynamite. » Et il conclut : « Faites-nous des écoles de l'Etat qui soient des écoles libres où chacun retrouve la religion de sa famille et l'enseignement de sa mère. Ne nous faites pas des écoles neutres, car ce sont des écoles nulles. » Voir dans le même sens une conférence de M. Bérenger à la société d'économie sociale le 10 décembre 1894, *Réforme sociale*, 16 février 1895. — Voici d'autre part la conclusion d'un livre récent, *Les crimes et l'école*, dont l'auteur, M. Bouzon, se déclare personnellement hostile à la religion catholique : « Il faut reconnaître courageusement que l'école n'a pas produit les résultats qu'on en attendait. Elle n'a pas aidé à la diminution de la criminalité enfantine. Elle ne l'a pas empêchée de croître. Elle a même contribué à la rendre plus grande. »

qui ne s'inspire pas de l'idée religieuse ; ne pas enseigner avant tout à l'enfance ses devoirs envers Dieu, c'est supprimer la base essentielle de l'enseignement (1). Etait-ce donc la peine, pour atteindre un tel résultat, de faire tant de frais et d'établir un lourd impôt sur tous les contribuables sans distinction, même sur les célibataires et sur les parents dont les enfants ne reçoivent pas l'enseignement officiel (2) ?

(1) « Partout où l'enseignement primaire a prospéré, une pensée religieuse s'est unie, dans ceux qui le répandent, au goût des lumières et de l'instruction. » (Guizot, circ. 8 juillet 1843.) « Le ministre de la religion et le maître d'école sont à mes yeux les colonnes sur lesquelles doit s'appuyer l'édifice républicain. » (Hipp. Carnot, ministre de l'instruction publique en 1848.) — On a essayé de remplacer aujourd'hui la morale religieuse par la morale civique, mais la tentative n'a pas réussi et en haut lieu on s'en inquiète. «L'éducateur, surtout lorsqu'il s'agit des classes populaires, n'a pas le droit de se priver du secours que lui offre la religion... L'intelligence peut bien nous donner de nouvelles forces, mais c'est la religion qui en détermine le bon emploi. » (Rapport de M. le doyen Lichtenberger, *L'éducation morale dans les écoles primaires*, *Enquête officielle* de 1889, p. 56.) Le 30 décembre 1893, M. le ministre Spuller constate qu'une œuvre est à entreprendre dans l'enseignement primaire, « c'est l'œuvre morale. » La *ligue de l'enseignement* elle-même, en 1893 et 1894, par la bouche de M. Bourgeois, s'émeut de « l'insuffisance de l'éducation », et le Congrès vote que « l'instruction qui n'aboutit pas à l'éducation est plus dangereuse qu'utile à l'ordre social et à la discipline militaire ». « Sous couleur de neutralité, dit M. le pasteur Sabatier (le *Temps*, 16 décembre 1894), on a fondé l'éducation morale à l'école, depuis dix ans et plus, sur la morale du positivisme scientifique. » M. Devinat, membre du Conseil supérieur de l'instruction publique, a lui aussi jeté le cri d'alarme (*Rev. de l'enseignement primaire*, 25 octobre 1894): « La majorité de nos maîtres sont incroyants... On peut affirmer sans exagération que, depuis 1882, l'école laïque publique est, à peu de choses près, l'école sans Dieu... » Sur ces constatations et ces plaintes, voir M. de Fontaine de Resbecq, *L'âme de l'école neutre*, *Bull. de la société d'éducation*, 1895, p. 387-406.

(2) D'après la statistique officielle, le budget annuel de l'instruction publique, de 1880 à 1895, a augmenté de 99 millions : on a créé 1.200 écoles et 7.000 classes nouvelles ; le nombre des maîtres a augmenté de 6.000, celui des élèves diminué de 128.000. Il faut, pour se rendre compte des dépenses folles accomplies en matière scolaire depuis 1878, lire le rapport de M. Buisson sur le fonctionnement de la caisse des constructions scolaires de 1878 à 1885 (*Journal officiel*, 4 mai 1895). Cette caisse a absorbé 467.380.000 francs pour édifier ou aménager 18.942 immeubles, la place de chaque élève revenant en moyenne à 309 fr. L'auteur du rapport reconnaît du reste que la loi du 1er juin 1878 et celles qui l'ont suivie ont été des « lois de combat ». Depuis la loi du 20 juin 1885 fermant « tout ensemble la caisse des écoles

Mais surtout il y a eu excès de pouvoir, injustice caractérisée et en même temps maladresse insigne, à vouloir imposer à tous un tel régime. L'obligation de l'enseignement lui-même eut été facilement acceptée, car ce n'était guère que la consécration d'une pratique très générale ; mais il n'en devait pas être de même de l'obligation d'un enseignement neutre au sens officiel du mot. Telle était bien pourtant la situation créée à l'immense majorité des enfants, puisque pour l'énorme multitude des pauvres l'enseignement domestique est impraticable et que les parents ont le choix des maîtres dans les seules communes, rares relativement, où existe une école privée. Une lutte très vive s'est immédiatement engagée, au grand détriment de la paix publique et de l'union des esprits, entre le Pouvoir, décidé à défendre son enseignement de plus en plus centralisé aux mains de l'Etat, et les consciences révoltées de particuliers attachés à leurs croyances. On a vu l'administration universitaire prohiber ici la présence d'un emblème religieux quelconque dans l'école, ailleurs tolérer, au besoin même ordonner, contrairement au texte de la loi, l'enseignement du catéchisme dans l'établissement public qui eût été sans cela complètement abandonné. On l'a vue trop souvent multiplier les difficultés et les obstacles pour empêcher l'ouverture d'écoles privées où l'instruction aurait la religion pour base(1). Singulière façon d'encourager le développement des premiers éléments de la science ! Atteinte injustifiable à la liberté des pères de famille ! Misérables pratiques qui devaient échouer piteusement !

Les prescriptions rigoureuses de la loi de 1882, les sanctions sévères qu'elle édictait contre les contrevenants, le contrôle

---

et l'ère de l'arbitraire gouvernemental », le législateur s'est préoccupé un peu plus de sauvegarder les finances de l'Etat ; néanmoins les constructions scolaires ont encore coûté à l'Etat, en 1894, 4.799.994 fr. (rapport, 29 mai 1895, *Journ. offic.*, 8 juin 1895) et aux communes 5.433.718 fr., sans compter 450.000 fr. fournis par les départements.

(1) La plupart des oppositions à l'ouverture des écoles privées ont été immédiatement levées par le Conseil supérieur de l'instruction publique.

incessant et vexatoire établi par elle sur les citoyens dans une matière exigeant, entre toutes, une discrétion absolue et de grands ménagements, tout cela est à peu près tombé dans l'oubli, condamné par le bon sens public ; les règles sont journellement violées, à peine une décision vient-elle parfois rappeler qu'elles ne sont pas abrogées (1). En fait, au témoignage des inspecteurs d'académie, la fréquentation scolaire est loin d'être obtenue, les absences d'enfants sont aussi nombreuses qu'autrefois et, par suite de l'enflement continuel des programmes officiels, les élèves sont moins instruits à l'heure actuelle qu'avant 1882 (2). Quant aux commissions scolaires, elles ne fonctionnent plus ou ne se réunissent que pour accepter sans examen toute excuse proposée par les parents, à moins qu'elles ne délibèrent sur des matières en dehors de leurs attributions (3). Qu'a donc produit l'œuvre entreprise ? Elle a contribué à la démoralisation de l'enfance et sur ce point nous nous sommes suffisamment appesantis. Elle a aussi semé des germes de division profonde, comme le constate une proposition de loi, déposée à la Chambre des députés (4), qui tend à interdire toute laïcisation totale ou partielle du personnel enseignant dans les écoles tenues par

(1) Voir notamment Trib. simpl. police de Reims, 6 mars 1893, rapporté au *Bulletin de la société d'éducation*, 1894, p. 47.

(2) De 4.673.713 élèves dans l'année de 1884-1885, la population scolaire de 6 à 13 ans est tombée, en 1890-1891, à 4.544.775 (*Etats de situation de l'enseignement primaire* publiés par le ministère). En 1889, 3.000 enfants d'âge scolaire manquent à l'appel dans l'Ardèche; l'Aube a 1/7 d'absences, le Morbihan 1/4; dans les Hautes-Alpes la durée moyenne de la fréquentation est de 5 mois, de 3 dans les Hautes-Pyrénées (*Rapports des inspecteurs d'académie* de l'Ardèche, p. 28, de l'Aube, p. 104, du Morbihan, p. 145, des Hautes-Pyrénées, p. 8). Voir, sur la faiblesse des études, les rapports des inspecteurs de l'Ardèche, du Tarn-et-Garonne, du Rhône, du Loiret.

(3) *Rapports* des inspecteurs d'académie du Cantal, p. 308, du Jura, p. 185, de la Savoie, p. 148, de la Marne, p. 6, de la Meuse, p. 188, de la Somme, p. 305, des Hautes-Alpes, p. 6. Ajoutons, avec l'inspecteur d'académie de la Gironde, que la poursuite du certificat d'études énerve les élèves sans accroître leur science et a pour effet unique de faire déserter les campagnes.

(4) M. Jacquemin, juin 1894.

des femmes sans un avis favorable du Conseil municipal. L'exposé des motifs s'appuie sur ce fait qu'une laïcisation d'école publique de filles fait presque toujours naître un établissement libre congréganiste où vont l'immense majorité des élèves; rien de plus juste, ajoute-t-il, puisque le sentiment public a été froissé, mais il en résulte une irrémédiable division dans la commune et des frais aussi lourds qu'inutiles.

En résumé, l'imposition d'un minimum d'instruction obligatoire nous paraît comporter la nécessité d'une très grande liberté dans les méthodes et surtout d'une forte éducation morale basée sur la religion. L'Etat fait bien de favoriser éducation et instruction (1) ; seulement il est inutile, il est même regrettable d'apporter des restrictions aux droits du père de famille pour substituer à de rares abus un système coûteux, oppressif et démoralisateur. Combien la pratique française d'un enseignement officiel, entretenu par l'Etat, en face de l'enseignement libre traité en rival gênant ou même en adversaire (2) nous semble inférieure au procédé adopté en d'autres pays, en Angleterre, en Hollande par exemple et surtout en Belgique (3). En ce dernier pays, l'initiative appartient aux particuliers mais, partout où les écoles privées

(1) Voir par exemple l'*Education of blind and deaf mute children (Scotland) act,* ch. 43, du 14 août 1890, imposant aux *school boards* d'Ecosse l'obligation de faire face aux frais d'instruction des jeunes aveugles dont les parents sont dans la misère (*An. lég. étr.*, 1891, p. 14).

(2) Un système analogue a été pratiqué à Madagascar, à l'instigation des Anglais, au profit des écoles protestantes contre les écoles françaises catholiques (Disc. de M. de Lamarzelle au Sénat le 6 déc. 1894, *Journal officiel* du 7).

(3) Lois du 20 sept. 1884 pour la Belgique (*An. lég. étr.*, 1885, p. 492); du 8 déc. 1889 pour les Pays-Bas (*An. lég. étr.*, 1890, p. 568); des 9 août 1870, 15 août 1876, 26 août 1880 pour l'Angleterre (*An. lég. étr.*, 1872, p. 26, 1877, p. 35, 1881, p. 21). En 1880, l'Angleterre et le pays de Galles comptaient 14.704 écoles primaires confessionnelles avec 2.263.436 élèves, tandis que les écoles de communes, au nombre de 4.714, étaient suivies par 1.468.892. Les subventions de l'Etat se sont montées, en 1890, à 3.289.285 liv. ster. — Voir, sur la liberté scolaire dans ces divers pays, de Crousaz-Crétet, *Les subventions aux écoles libres, Bulletin de la société d'éducation*, 15 juillet 1891, p. 490.

ne peuvent suffire à donner l'instruction primaire, les communes (non l'Etat) doivent ouvrir à leurs frais des écoles publiques; à la condition d'observer certaines conditions, spécialement de se soumettre directement à la surveillance des inspecteurs gouvernementaux, toutes ces écoles, tant privées que publiques, ont un droit égal aux subventions de l'Etat calculées d'après leur population scolaire respective. Toutes ces nations du reste mettent un soin extrême à respecter les convictions de chacun et, cela au contraire de ce qui se passe en France, aussi bien en faveur des parents religieux que des incroyants (1). La gratuité n'y existe aussi qu'au profit des enfants pauvres et c'est à bon droit, car l'Etat rend un mauvais service à la Société et même aux pères de famille qu'il semble favoriser en assumant une charge qu'ils doivent supporter du moment qu'ils le peuvent. L'Etat se réservât-il de faire tous les frais, il lui faudrait tout au moins adopter le système préconisé par le socialiste international Domela Nieuvenhuis : « On établit le nombre des enfants qui fréquentent l'école ; on évalue les frais pour les écoles et on dit : chaque disciple coûte tant. Eh bien ! cette somme sera divisée entre les diverses écoles (2). »

(1) L'enseignement religieux est donné au début ou à la fin des classes et les enfants dont les parents le demandent sont dispensés d'y assister (il en est de même en Suisse); l'inspection de l'Etat ne s'exerce pas sur cette partie de l'instruction. A Costa-Rica, où l'enseignement religieux est facultatif dans les écoles publiques, un crédit annuel de 12.000 piastres lui a été affecté par décret présidentiel du 13 juin 1890 (*An. lég. étr.*, 1891, p. 842). En Belgique, un groupe de vingt chefs de famille ayant des enfants d'âge scolaire peut exiger, malgré la résistance de la commune, ou la création de classes spéciales excluant l'enseignement de la religion ou au contraire l'adoption d'une école privée confessionnelle quand l'instruction religieuse ne fait pas partie du programme adopté par l'école communale. — Voir, sur la question au point de vue de l'opinion courante dans les autres pays, M. d'Herbelot, *L'enseignement chrétien au Congrès de Chicago en 1893*, *Bulletin de la société d'éducation*, 15 juin 1896, p. 386.

(2) *La société nouvelle. Sic* A. des Rotours, *La question scolaire à l'étranger: une solution libérale*, le *Correspondant* du 25 octobre 1895.

C. — Consentement au mariage.

La loi du 20 juin 1896 constitue une atteinte d'un tout autre genre à la puissance paternelle, elle modifie les articles 73, 151-153 et 155 du Code civil afin de rendre le mariage plus facile. Non seulement la gratuité établie en cette matière au profit des indigents par l'article 4 de la loi du 10 décembre 1850 est étendue aux actes respectueux comme aux actes contenant consentement des parents, mais le nombre des actes respectueux à faire par les futurs époux aux parents ou ascendants qui refusent leur consentement est réduit à un seul à partir de 25 ans pour les hommes et de 21 ans pour les femmes ; un mois après, il pourra être passé outre au mariage. En cas de dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, il suffira, pour pouvoir procéder au mariage, que celui-là consente au profit duquel la séparation ou le divorce a été prononcé, s'il a obtenu la garde de l'enfant ; le consentement de la mère l'emportera donc parfois sur le refus du père. Enfin, l'article 155 nouveau du Code civil dispense d'établir par la preuve authentique ou même écrite le décès, ou l'absence des parents et ascendants dont l'adhésion eut été nécessaire au mariage : une simple déclaration insérée dans l'acte de l'état civil sera suffisante, émanée des aïeuls ou aïeules de la branche en cas de décès des père et mère, ou encore des futurs époux eux-mêmes et de quatre témoins.

Les motifs ne manquaient certes pas en faveur de cette réforme et ils étaient, disons-le hautement, fort sérieux. Dispersée comme est aujourd'hui la famille, le consentement au mariage des enfants devient trop souvent une simple formalité coûteuse que les parents accomplissent sans en pouvoir apprécier la portée. En même temps l'obligation de l'obtenir ou, à son défaut, d'établir par preuve authentique le décès de leurs père et mère ou ascendants constituait souvent, par les frais et les lenteurs qu'elle entraînait, sinon une impossibilité, du moins un gros obstacle au mariage dans les classes pauvres ; il en résultait que beaucoup reculaient devant cette

difficulté et vivaient en concubinage qui se fussent mariés légalement avec des formalités simplifiées. Le mariage pourtant ne doit pas être un luxe pour les déshérités de la fortune, luxe de temps et luxe d'argent qu'ils ne peuvent guère s'offrir. D'ailleurs il n'est touché à la législation du Code civil qu'avec une réserve véritable, qualifiée même d'excessive dans les travaux préparatoires (1) ; et les législations étrangères, en Angleterre, en Allemagne, en Belgique depuis 1886 (2), sont beaucoup plus radicales.

Cependant, malgré sa portée restreinte et la justesse des observations présentées en sa faveur, malgré même les services qu'elle pourra rendre, la loi nouvelle, dans les conditions où elle se présente, ne laisse pas de nous inspirer quelques craintes. Ceux qui l'ont présentée ont certes grand souci de maintenir intacte et respectée la puissance paternelle; mais, le jour où ils la voudront fortifier par quelque autre point, ils rencontreront comme adversaires leurs alliés d'un jour, ennemis irréconciliables de la famille et de l'autorité familiale. Sans même prétendre pronostiquer l'avenir, n'a-t-on pas entendu, dans la discussion, le Gouvernement lui-même (3) présenter la réforme comme un premier pas dans une voie à suivre plus tard ? La possibilité pour la mère séparée de corps de donner au mariage de son fils un consentement suffisant malgré l'opposition du père apporte une exception à la théorie française de l'autorité paternelle et de l'autorité maritale ; c'est une aggravation de la thèse inaugurée par la loi du 6 février 1893, puisque ce dernier texte ne faisait échec du moins qu'à la dernière de ces deux puissances : cependant le mariage subsiste, il ne faut pas l'oublier, et seul le père a, pendant l'union conjugale, l'exercice de la puissance (C. civ., art 373). On tend de plus en plus à assimiler la séparation de corps au divorce quant à ses effets ;

(1) « C'est du conservatisme à outrance. » M. Ch. Ferry, *Journal officiel*, 3 avril 1895, p. 1176.

(2) Voir la loi belge du 30 avril 1886.

(3) M. Trarieux, garde des sceaux, *Journal officiel*, 3 avril 1895, p. 1178.

nous le constatons sans l'approuver car, dans cette voie encore, nous redoutons les étapes futures. Nous n'avons pas pour le Code civil un respect superstitieux et nous sommes les premiers à déplorer les conséquences néfastes de l'individualisme par lui consacré; mais, précisément pour cela et tout en reconnaissant ses lacunes dans la matière de l'autorité paternelle, nous protestons contre une suite non interrompue d'atteintes partielles qui, après avoir enlevé au père chacun de ses droits individuellement, lui laisseront des devoirs à remplir sans même lui en fournir les moyens. Sans autorité paternelle pas de famille et la famille est le seul groupe social que nos lois du début du siècle aient maintenu dans une indépendance relative. Une refonte des règles légales sur les droits du père dans la famille nous paraîtrait utile, mais nous la voudrions voir aborder largement. Pour le cas spécialement visé par la loi de 1896, nous accordons facilement que le mariage ne doit être pour personne un luxe d'argent et de temps: au premier point de vue, l'extension donnée à la loi du 10 décembre 1850 est de tous points justifiée ; au second, il eut suffi peut-être de secouer l'apathie et le mauvais vouloir des employés de l'administration qui, au lieu d'aider les particuliers, surtout les plus humbles, dans leurs démarches, ne leur apportent aucun appui quand ils ne les rebutent pas.

CHAPITRE VI

Coup d'œil d'ensemble sur les restrictions apportées aux pouvoirs du père. Résultats obtenus. Besoins subsistant.

Les deux chapitres précédents nous ont montré les diverses limitations de fait ou de droit qu'a subies au cours du siècle la théorie du Code civil sur la puissance paternelle. Très attaquée par les uns qui en soulignaient durement les lacunes, singulièrement interprétée par d'autres qui, prêtant au législateur de 1804 leurs propres idées, l'ont cru uniquement préoccupé de l'intérêt de l'enfant, elle est de plus en plus réputée constituer une sorte de tutelle protectrice pour ce dernier. C'est l'intérêt de l'enfant, particulièrement de l'enfant pauvre, que la loi, la jurisprudence et la pratique ont voulu défendre contre les abus d'autorité du père. Il y avait du reste beaucoup à faire à ce point de vue ; mais l'œuvre ne nous paraît ni complète ni toujours appropriée au but moralisateur poursuivi.

Abstraction faite des lois militaires qui, dans un but de défense nationale, entravent chez tous les citoyens l'exercice de l'autorité paternelle sans aggraver d'ailleurs les règles datant du premier Empire, les parents qui appartiennent aux classes aisées ont été peu touchés par la législation postérieure au Code civil. Les lois relatives à l'emploi des mineurs dans l'industrie ne trouvent guère quant à eux leur application. Ils ne sont pas atteints davantage par la reconnaissance du droit pour les enfants d'opérer par eux-mêmes des versements et des retraits aux caisses d'épargne ou de retraites. La loi du 28 mars 1882 est sans doute d'une portée générale ; toutefois, moyennant l'accomplissement de quelques formalités, plus désagréables que vraiment lourdes, les parents riches seront en règle avec elle : ils n'avaient pas attendu sa promulgation pour

assurer à leur descendance le bénéfice de l'instruction et trouveront toujours le moyen de la leur faire donner, soit à domicile, soit dans un établissement privé ou même public, telle qu'elle doit l'être à leur sens. Sans doute, si la charité publique ou privée n'a aucun rôle à jouer à leur égard, ils eussent rencontré du moins dans la loi du 5 août 1850, régulièrement exécutée, une aide précieuse pour l'exercice du droit de correction et l'inobservation de ses prescriptions leur est préjudiciable; mais ils peuvent toujours placer leurs enfants rebelles dans une colonie de leur choix, à Mettray par exemple. Seule donc la jurisprudence a eu à intervenir dans cette classe sociale pour réprimer les excès de sévérité, refus d'instruction, exemples d'immoralité, interdictions arbitraires de relations avec les membres les plus proches de la famille, tous les abus d'autorité en un mot qui constituent d'ailleurs l'exception. En pareil cas, le mineur trouve toujours dans sa famille un membre disposé à prendre en mains ses intérêts et à les faire valoir en justice, fût-ce contre ses auteurs. Les tribunaux seront saisis et leur action sera en général suffisamment efficace; pour remédier aux inconvénients de la situation mieux vaut en effet une autorité souple et libre dans le choix des mesures à prendre qu'un texte rigide et formel, il y faut des prescriptions essentiellement provisoires, non des décisions irrévocables (1). En soi et la législation positive mise à part, rien de plus justifié que cette intervention des tribunaux.

Il est cependant à regretter que la loi ne l'ait pas consacrée, avec un très large pouvoir d'appréciation même, sauf à poser des bornes que la jurisprudence ne pût franchir, par exemple à limiter sa sphère d'action au droit de garde et d'éducation et à préciser elle-même les cas plus graves et tout à fait exceptionnels de déchéance ou, comme on disait autrefois, d'émancipation forcée. Ainsi eut été établie une gradation sage et prudente dans les mesures protectrices de l'enfance. L'usage discret de la part des juges d'un contrôle désormais légal, sous forme

(1) *Sic* Testoud, *Rev. crit.*, t. xx (1891), p. 22.

de décisions toujours révocables et restreintes dans leurs effets (1), assurerait le respect dû à l'autorité paternelle en l'obligeant à être respectable, il serait donc légitime ; quant à son utilité, l'expérience prétorienne qui en a été faite la démontre surabondamment. De la sorte il eut été amplement pourvu à tous les besoins, dans la classe riche tout au moins.

La question était beaucoup plus complexe et plus délicate à l'égard des enfants pauvres. La misère, on le sait, est mauvaise conseillère et, par la force des choses, la majorité des enfants maltraités ou moralement abandonnés se rencontreront dans les familles nécessiteuses, principalement dans les faux ménages nombreux au sein des grandes villes (2). Le pauvre a, plus que le riche, besoin de vertu, de force d'âme et de dévouement pour se consacrer à l'éducation de ses enfants : rien d'étonnant donc qu'à des exemples admirables correspondent des défaillances fâcheuses et des abus scandaleux. Les tribunaux ne sauraient intervenir faute de parents qui veuillent ou puissent même s'imposer le dérangement et les frais de plaider au nom de l'enfant, de le recueillir ensuite. Pour les pauvres, l'expérience a prouvé que la difficulté se double : non seulement il faut rappeler les pères de famille à l'observation de leurs devoirs, mais de plus, si la vie n'est plus tenable à la maison paternelle, si la santé ou la moralité de l'enfant y sont en péril, s'il est abandonné à lui-même et ne reçoit d'autre éducation que celle de la rue, il faut trouver un remplaçant des parents qui prenne la direction de cette jeune âme à former, trop souvent même à réformer.

Au premier chef de besoins répondent, outre certains articles du Code pénal en cas de mauvais traitements excessifs ou de proxénétisme, les lois sur l'instruction obligatoire, puis,

(1) Sont-ce là des déchéances au sens propre du mot? M. Huc, t. III, n° 216, tient pour l'affirmative, MM. Testoud, *op. cit.*, p. 26, 27, et Charmont, *Rev. crit.* (1891), t. XX, p. 517, pour la négative. La question n'aurait plus d'intérêt pratique si le contrôle judiciaire était légalement consacré.

(2) D'après les statistiques officielles, la criminalité est plus fréquente chez les enfants naturels et les orphelins que chez les enfants légitimes ayant leurs parents.

moyen excellent quoique indirect, les lois sur l'organisation du travail et la protection des mineurs confiés à des tiers. Le père de famille devra, à peine d'amende et même de prison s'il y a récidive, envoyer son enfant à l'école de 6 à 13 ans; il ne pourra plus l'employer à la mendicité habituelle ou à des professions inavouables (L. 7 décembre 1874), ni l'abandonner dès son berceau ou plus tard à des gardiens, à des patrons sans scrupules, décidés à exploiter le jeune être au grand détriment de sa santé et même de sa vie (L. 19 mai 1874 et 2 novembre 1892, 23 décembre 1874). A la condition d'être réduites à des proportions raisonnables, toutes ces restrictions ont du bon, surtout les dernières, car les peines prononcées contre les tiers gardiens ou patrons contrevenants constituent pour l'enfance une garantie précieuse. Nous rappellerons seulement la grosse erreur des lois scolaires qui, intolérantes dans leur application et même dans leur texte sous couleur de neutralité, ont méconnu la vertu éducatrice et moralisatrice de la religion; ce point réclame une rectification indispensable. Après quoi, si le père de famille a encore conscience de sa mission bien que la pauvreté lui fasse parfois exagérer ses prérogatives, il ne serait peut-être pas utile de faire davantage. La jurisprudence appliquerait sévèrement les règles prohibitives des abus d'autorité et, pour faciliter les bonnes intentions du père dans sa fonction d'éducateur, les œuvres charitables publiques ou privées ne manqueraient pas : crèches et sociétés de patronage.

Mais la situation s'aggrave quand il s'agit de parents dénaturés ou même simplement insoucieux de l'éducation de leur descendance : il faut alors les suppléer, élever l'enfant à leur place et le protéger contre des revendications intéressées qui se produiraient ultérieurement. A ce point de vue, les remèdes législatifs que nous venons d'indiquer sont à peu près inefficaces. Qu'importe l'interdiction de faire travailler le mineur pendant 12 ou 15 heures à qui ne le fait pas travailler du tout? Qu'importe, comme sanction de l'obligation scolaire, l'amende à un insolvable, la prison à un habi-

tué? L'école, à la supposer moralisatrice, n'est obligatoire que de 6 à 13 ans, elle garde les enfants quelques heures par jour seulement : que deviendront ces enfants le reste de la journée, notamment dans les grandes villes ; que deviendront surtout les autres, plus âgés ou plus jeunes (1)?

Nous n'oublions certes ni les art. 66 et suivants du Code pénal, ni les règles bienfaisantes de la loi du 5 août 1850 sur la création des colonies pénitentiaires publiques ou privées, la remise possible des jeunes détenus à des particuliers ou à des sociétés, le patronage des libérés. Tout cela est bon, mais inexécuté ou à peu près à ce point que les tribunaux hésitent à recourir à ce procédé ; puis l'autorité de l'administration cesse avant la majorité de l'enfant. Du reste la question n'est qu'imparfaitement résolue puisque, pour soustraire le mineur au milieu corrompu où il se trouve et l'élever, il faut attendre qu'il ait commis un délit. Sévère est la charité qui n'a d'autres lieux d'éducation que des prisons et remplace les parents indignes par l'administration pénitentiaire ; tardive surtout est son éducation moralisatrice qui s'exerce sur l'enfant déjà vicié et corrompu quand il a commencé à nuire. Mieux vaudrait prévenir le mal que d'en combattre après coup les effets.

Cependant rien encore ou presque rien n'a été fait dans ce dernier ordre d'idées depuis la loi de l'an XIII et le décret de 1811 sur les enfants assistés et, liée par le texte du Code civil, la jurisprudence est sans action contre les manifestations d'un pouvoir indélébile. Tant que l'enfant n'a pas commis de délit, les droits du père subsistent sauf aux rares hypothèses prévues par l'art. 335 du Code pénal et la loi du 7 décembre 1874 ; le juge n'a pas qualité pour protéger l'enfance, il n'est aucun procédé juridique pour enlever le mineur à ses pa-

(1) Voir le rapport, déjà cité, de M. G. Berry au Conseil municipal de Paris. Le *Temps*, 22 mai 1892. — A Bordeaux, les enfants des écoles y sont, si les parents le demandent, retenus depuis la fin des classes jusqu'à la sortie des ateliers ; la ville contribue aux frais de cette garde au profit des indigents.

rents. La pratique a voulu tourner la difficulté et une noble émulation s'est établie entre la bienfaisance officielle et la charité privée, la première disposée à élargir le cadre de son activité tel qu'il résulte des règlements anciens, la seconde, plus audacieuse encore, non contente d'admettre les pupilles qu'on lui amène, allant à leur recherche avec un dévouement souvent couronné de succès. Peu préoccupés de leurs enfants tant que leur entretien constitue pour eux une lourde charge sans profit corrélatif, les parents besogneux accueillent avec reconnaissance les propositions, réclament même l'intervention étrangère. Voilà l'enfant enlevé à sa famille.

Tout n'est pas sauvé pour cela car l'œuvre de l'éducation commence alors qui, pour être fructueuse, doit se prolonger jusqu'à l'âge adulte. A peine ébauchée quand l'enfant, son apprentissage accompli, fait ses premiers gains, elle est trop souvent interrompue par la revendication du père qui, fort de ses droits inaliénables, répudie les engagements naguère contractés par lui. Redoutable danger auquel la jurisprudence ne saurait parer et dont les palliatifs imaginés par la charité administrative ou privée n'ont fait qu'accuser la gravité; une loi seule apporterait un remède efficace. Cette loi, dès longtemps il eut fallu la faire puisque sans elle la difficulté est insoluble. Soustrayez au contraire les enfants recueillis par des tiers honorables aux réclamations intéressées de leurs parents, la question qui émeut à si juste titre les meilleurs esprits sera résolue, ou bien peu s'en faudra. Il suffirait pour cela, sauf détails à apprécier plus tard, de reconnaître aux œuvres gardiennes, tant publiques que privées, la faculté de faire consacrer par la justice l'existence d'un droit à leur profit.

Une tendance se dessine vers une solution plus radicale, nous en trouvons des symptômes nombreux déjà dans cette période. On se familiarise avec l'idée de ravir au père les attributs de sa puissance; puis l'enfant, une fois enlevé à ses parents, ne serait pas confié, comme cela se pratique ailleurs, à un particulier charitable ou à une institution de bienfai-

sance sous la surveillance des tribunaux et des autorités tutélaires locales, mais à des fonctionnaires de l'Etat. Substituer la hiérarchie administrative aux parents déchus, tel serait l'idéal rêvé par des esprits imbus de la passion française pour la centralisation et l'uniformité !

Qu'est devenu le temps où Destutt de Tracy exprimait l'opinion générale en qualifiant les gouvernements d' « ulcères qu'il faut circonscrire le plus possible », le temps où chaque citoyen, chaque corps constitué défendait avec âpreté sa liberté contre l'Etat envahissant? L'intervention de l'Etat aujourd'hui devient la panacée universelle : à lui de contrôler, même dans la vie privée, la conduite vis-à-vis de ses subordonnés de tout particulier revêtu d'une autorité quelconque, de peser sur ce dernier en faveur de ses inférieurs ; à lui donc d'exercer au sein de la famille une surveillance constante, de suppléer les parents à l'égard de leurs enfants. Aux yeux de quelques-uns, il y aurait là un phénomène économique universel, conséquence forcée de l'organisation sociale aux temps actuels ; telle paraît bien être au fond la pensée de M. Orlando qui constate le fait sans un mot de regret ou de critique. « Pendant que les écoles scientifiques disputaient sur l'utilité de l'ingérence de l'Etat, dit-il, celle-ci, d'un mouvement graduel mais continu et sûr, s'élargissait et se développait chez tous les peuples civilisés (1). » Les esprits en France s'orientent aussi en ce sens : la législation et plus encore la pratique administrative s'y sont acheminées peu à peu. A cet ordre d'idées se rattachent et la centralisation des pouvoirs jadis conférés aux commissions hospitalières sur les enfants assistés aux mains de fonctionnaires nommés par le gouvernement et dépendant de lui (le directeur de l'Assistance publique à Paris, les inspecteurs en province), et la multiplication des inspecteurs de toutes sortes. De là aussi une préférence marquée pour les colonies pénitentiaires publiques et pour l'enseignement primaire public tandis que

(1) Orlando, *Droit administratif et science de l'administration*. Bologne, 1887.

les colonies et l'enseignement privés semblent vivre sous le régime de la tolérance. Tout pour l'Etat et par l'Etat, tel serait le programme à réaliser progressivement malgré les résistances particulières. Un haut administrateur ne condamne-t-il pas chez les fondateurs de crèches non officielles le parti pris de les soustraire à toute attache administrative: seule, d'après lui, la prise par l'Etat des crèches au même titre qu'il possède déjà les salles d'asile permettra d'opérer les réformes nécessaires dans leur organisation (1).

Une telle voie nous paraît dangereuse au contraire et nous souhaitons que le bon sens national en fasse bonne et prompte justice. A la Société sans doute incombe exceptionnellement la charge de certains enfants dont personne, à commencer par leurs parents, ne prend souci; l'Etat, personnification éminente de la Société, a les moyens matériels d'y pourvoir, il doit donc se consacrer à cette tâche quand nul autre ne se présente pour la remplir. Mais son rôle est subsidiaire, son intervention doit rester extraordinaire. N'est-ce donc pas encore la Société qui agit et d'une façon plus adéquate, meilleure à tous points de vue, quand au sein des classes riches ou aisées se fondent, dans l'intérêt de l'enfance pauvre, des œuvres qui présentent d'ailleurs de sérieuses garanties de compétence et de moralité? Que le législateur consacre et fortifie leurs pouvoirs d'action, que l'Etat les encourage et subventionne tout en les surveillant, nous y applaudissons de grand cœur et en espérons d'heureux résultats. Nous ne comprenons pas en revanche que l'Etat prenne la direction complète du service et moins encore qu'il combatte l'initiative privée, comme il le fait par exemple aujourd'hui en matière d'enseignement. A l'heure actuelle, dans les locaux affectés à la jeunesse, il est pris un grand soin de l'hygiène et la chose n'est pas à blâmer. Il est cependant une hygiène plus nécessaire encore aux enfants, c'est l'hygiène morale, cette atmosphère d'affection alliée à la fermeté, apanage propre des pa-

(1) Béquet, *Répertoire*, V° Assistance publique, n° 862.

rents dignes de ce nom, dont certaines œuvres privées peuvent conserver une grande part grâce au dévouement, à l'abnégation de leurs directeurs, mais que l'Etat est incapable d'assurer à tous avec ses règlements froids et rigides et ses fonctionnaires, si justes et équitables soient-ils. Aimer son pupille est la première condition pour le bien élever et l'on ne saurait imposer à des fonctionnaires l'obligation d'aimer, l'affection ne se commande pas. Gardons-nous donc contre toute tentative de consacrer en matière de puissance paternelle un droit général et absolu au profit de l'Etat : ce serait ouvrir la porte aux plus criants abus et organiser pour les particuliers une servitude universelle ; ce serait aussi courir à un échec certain malgré des violences isolées, car l'action de l'Etat devient moins efficace à mesure qu'elle s'élargit et s'applique à des fonctions pour lesquelles il n'a pas une mission naturelle. La puissance paternelle aux parents sous la surveillance des tribunaux comme règle, à titre subsidiaire l'intervention d'associations charitables publiques ou privées et tout à fait exceptionnellement de l'Etat, voilà ce que nous voudrions voir admis par la législation française. Nous venons de signaler les premiers pas faits en un sens tout opposé ; la loi du 24 juillet 1889 que nous allons désormais étudier marque dans cette voie une étape nouvelle et considérable.

CHAPITRE VII

Législation postérieure au Code civil : Déchéance de la puissance paternelle. Loi du 24 juillet 1889.

Des développements précédents il est aisé de conclure que notre législation, même remaniée et appliquée avec une très large indépendance, présentait toujours une grave lacune par suite de l'impossibilité, sauf en des cas très rares, de faire prévaloir dans la classe pauvre les droits des enfants sur ceux du père, quelque usage qu'en fît ce dernier. Tous les attributs de la puissance paternelle participaient à son caractère indélébile et les parents ne pouvaient ni se dépouiller eux-mêmes ni être dépouillés d'aucun d'eux si ce n'est dans des circonstances tout exceptionnelles. Cependant, sans parler des enfants martyrs exposés sans défense à de cruels sévices, le nombre augmentait toujours des pauvres êtres dressés à mendier et livrés à tous les hasards de la rue, de ceux que les Anglais appellent justement les *Arab boys*. Il fallait aviser à ce qui déjà était plus qu'un désordre, à ce péril social.

La question, remarquons-le, s'est posée de même chez toutes les nations civilisées et toutes ont tenté avec plus ou moins de succès d'y porter remède. Mais elle ne présentait pas partout la même difficulté car, dans la recherche de la solution à donner, il faut tenir grand compte des traditions et des mœurs locales. Les peuples européens se rattachent à deux groupes très distincts quant à leur conception de la puissance paternelle : le groupe germanique et le groupe latin (1). Dans le premier, représenté surtout par l'Angleterre,

(1) La Russie ne rentre pas dans cette division. En général, la puissance paternelle, fortement organisée et indépendante, y est cependant limitée par des tribunaux spéciaux, dits Conseils de conscience, au point de vue du droit de correction ; elle peut même être enlevée par eux aux parents qui en abusent gravement.

l'Allemagne et une partie de la Suisse, l'autorité du père, plus voisine des pouvoirs de tutelle, a toujours été soumise au contrôle permanent, non certes de l'Etat, mais d'institutions tutélaires locales, municipalité, canton ou justice de paix en Suisse et en Allemagne, tribunal de comté en Angleterre ; cette organisation, née peut-être d'un communisme très ancien, trouve un fondement solide en même temps qu'une garantie de modération dans des habitudes traditionnelles. Les législations latines, au contraire, nourries des principes du droit romain, ont jusqu'ici répugné à l'intervention de la puissance publique dans le domaine familial, si ce n'est à titre tout exceptionnel : la loi espagnole, par exemple, et même le nouveau Code civil italien, malgré ses conceptions plus modernes, nous en fournissent des preuves convaincantes. Le législateur français doit donc ne procéder qu'avec une grande réserve à des emprunts à la théorie germanique sur la matière et une telle attitude lui est d'autant plus imposée que nos communes et départements, considérés jusqu'ici à peu près exclusivement comme des circonscriptions administratives, se prêteraient mal au rôle joué de tous temps par les communautés suisses ou les paroisses anglaises. L'autorité tutélaire sur les parents reviendrait dès lors à l'Etat, ce qui n'est admis nulle part et nous semble, de fait, inacceptable.

Frappés de la gravité de la situation, pénétrés du désir d'y porter remède, mais ne se dissimulant pas les difficultés de la tâche, d'excellents esprits, au lendemain des événements de 1870, se firent les promoteurs et les apôtres d'une réforme, d'ailleurs modeste et limitée, où le respect dû à la puissance paternelle se conciliait avec la protection nécessaire à l'enfance opprimée. Le moment était favorable : malgré les graves et douloureux sujets qui réclamaient alors son attention, le législateur français, dans la période de 1872 à 1875, travaillait à reconstituer les forces tant morales que matérielles de la France ; cette œuvre qui était sa mission, il la poursuivait avec autant d'activité que de dévouement ;

et la seule année 1874 a fourni déjà trois lois à notre étude. Jamais les représentants de la France n'ont témoigné plus d'intérêt à la jeunesse malheureuse que dans l'Assemblée nationale : les esprits les plus divisés rencontraient là un terrain commun et s'accordaient sur le but à poursuivre, sinon toujours sur les procédés d'exécution. Tous pouvaient donc applaudir aux paroles de Louis Blanc quand il disait, dans la séance du 25 novembre 1872 : « L'autorité paternelle est la chose la plus respectable qui soit au monde ; mais c'est précisément parce qu'elle est digne de tout respect qu'on ne saurait la considérer comme absolue. C'est ici surtout que l'exercice du droit est inséparable de l'accomplissement du devoir. » Dans ce milieu se rencontre l'origine lointaine de la loi du 24 juillet 1889. On en pourrait douter en présence du texte définitivement admis ; mais il diffère singulièrement des propositions primitives. L'historique de ces modifications, intéressant à suivre au point de vue du mouvement général des idées, nous expliquera pourquoi bon nombre des précurseurs de la réforme ont été les premiers à désavouer plus tard la façon dont elle a été opérée, pourquoi ils ont déploré l'imprudence par eux commise en la sollicitant (1).

Section première. — *Travaux préparatoires à la loi de 1889.*

On cherchait, au sein de l'Assemblée nationale, à élargir le champ d'action de l'Assistance publique dont les limites paraissaient trop étroites telles qu'elles résultaient, à l'égard des enfants assistés, du décret de 1811 et du règlement de 1823. On voulait aussi permettre à la charité publique ou privée de se faire attribuer par la Justice des pouvoirs suffisants pour mener à bien l'éducation des enfants

(1) Desportes, *Bulletin de la société générale des prisons*, 1887, p. 63. *Sic* Desportes et Ameline de La Briselaine, Congrès international de la protection de l'enfance, séances des 18 et 19 juin 1883.

moralement abandonnés. Deux projets successifs et distincts sortirent de ces préoccupations.

I. — Le premier complétait la loi du 5 août 1850. Élaboré au sein d'une commission d'enquête spécialement élue par l'Assemblée nationale sur le rapport de M. Voisin, il autorisait les tribunaux à enlever, en cas de nécessité, aux parents le droit de garde sur les enfants placés dans les maisons de réforme jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ces derniers, pour en investir un particulier, une société charitable ou une société de patronage. Sans doute le juge devait encore attendre pour intervenir que le mineur eût commis un délit ; du moins, ce préalable une fois accompli, l'œuvre de relèvement moral pouvait être menée à bien. Le père était mis hors d'état d'y apporter obstacle si la mesure était jugée utile à raison de son inconduite notoire, de l'abandon volontaire où il laissait l'enfant ou de son défaut habituel de surveillance, une très grande liberté était laissée au tribunal pour l'appréciation de ces divers points.

II. — Très peu après le dépôt du projet Voisin, que la séparation de l'Assemblée nationale empêcha de venir en discussion, la Société des prisons se fondait (1) et, dans sa séance générale du 5 janvier 1878, M. le pasteur Robin (2), sans répudier le procédé répressif des maisons de réforme, proposait d'établir en outre, à titre préventif, des écoles industrielles analogues aux *industrial schools* qui, en Angleterre et aux Etats-Unis, coexistent avec les *reformatories*. C'est, disait-il non sans raison, moins encore à la nature vicieuse des enfants qu'à l'inconduite ou à l'insouciance coupable des parents qu'est due l'augmentation, sans

(1) En juin 1877.

(2) Le pasteur Robin avait, dès 1874, fait émettre à la délégation cantonale du xx^e^ arrondissement de Paris le vœu que la création d'écoles industrielles pour les jeunes vagabonds et mendiants fût mise à l'étude par la Préfecture de la Seine. Il en avait même fondé une lui-même pour ses coreligionnaires avec l'aide de la Société d'éducation et de patronage des enfants protestants. Voir Maxime du Camp, *Revue des deux mondes*, 1^er^ juin 1887 ; *Bulletin prisons*, 1878, p. 798 ; 1891, p. 681.

cesse croissante dans les grandes villes, d'une population de jeunes nomades, véritable pépinière de l'armée du crime (1). L'idée émise par M. Robin fut appuyée par M. d'Haussonville dans plusieurs articles de la *Revue des deux mondes* (2), puis combattue par M. Ch. Lucas dans un mémoire (3), lu, le 11 janvier 1879, à l'Académie des sciences morales et politiques, où il concluait simplement, pour pallier le mal, à un redoublement de charité envers les institutions de secours spéciales aux enfants; elle fut, entre temps, à la Société des prisons, l'objet d'un examen approfondi tant en section qu'en assemblée générale (4). Le rapport présenté, le 12 juin 1879, par M. Th. Roussel était favorable à la création d'écoles industrielles, d'accès moins facile que les écoles ordinaires mais de régime moins dur que les prisons, dont les directeurs auraient le droit de conserver les mineurs tirés par eux de l'abandon nonobstant toute réclamation des parents; suivait un projet de loi qui, remanié après discussion en séances générales (5) par la commission de l'éducation correctionnelle, fut déposé sur le bureau du Sénat le 27 janvier 1880 (6). C'est là qu'il faut chercher, a-t-on dit, la « véritable maquette de la loi de 1889 (7) »; il est vrai sans doute que cette proposition a été le point de départ des travaux législatifs postérieurs, mais, il faut le reconnaître et même le regretter, le texte définitif s'en est profondément écarté.

Les douze articles du projet Roussel réglementaient la

(1) *Bulletin prisons*, 1878, p. 6 et suiv., 211 et suiv.

(2) Sur le vagabondage des enfants et les écoles industrielles (nos des 1er et 15 juin, 15 nov. 1878).

(3) *Bulletin prisons*, 1879, p. 258 et suiv.

(4) Séance générale du 12 juin 1879.

(5) *Bulletin prisons*, 1880, p. 9 et suiv., 127 et suiv., 253 et suiv., 358 et suiv., 464 et suiv., 567 et suiv.

(6) *Journal officiel*, 1881, Sénat, session ordinaire, annexe no 5, fév. 1881, p. 34. La proposition est faite au nom de MM. Th. Roussel, Bérenger, Dufaure, amiral Fourichon, V. Schœlcher et Jules Simon.

(7) Brueyre, *Rapport* au Comité de défense des enfants traduits en justice (1891).

situation de tous les enfants abandonnés, soit matériellement, soit moralement. En faveur de ces derniers il créait des titres légaux à la protection sociale et il rendait désormais impossible toute velléité restrictive à l'endroit des premiers de la part des ministres ou des conseils généraux dans un but d'économie (1); tous ces mineurs étaient placés au reste sous la protection de l'autorité publique (2) (art. 1er). A l'égard d'un enfant, matériellement abandonné (« celui qui n'a ni parents, ni tuteur, ni amis qui puissent prendre soin de sa personne », art. 2), la procédure était toute administrative: le maire et le préfet étaient chargés de désigner, sur l'avis conforme du procureur de la république, le particulier ou l'œuvre publique ou privée à qui la garde serait confiée ; le procureur avait ensuite qualité pour remettre l'enfant à ses parents si son abandon avait été motivé par des circonstances indépendantes de leur volonté qui venaient à cesser. Pour les moralement abandonnés, dans les cas énumérés à l'article 3, la procédure se dédoublait : judiciaire d'abord, quant à l'enlèvement aux parents du droit de garde; administrative, quant au placement de l'enfant (art. 7-10). Seul le ministère public avait qualité pour requérir que le père fût privé du droit de garde, la question était tranchée par le tribunal civil en audience publique (3), les parents dûment appelés ; la résidence de l'enfant pendant l'instance était provisoirement fixée par ordonnance du président (4). La sentence définitive pouvait enlever aux parents la garde du mineur jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; elle était toujours exécutoire nonobstant opposition ou appel mais rapportable à la demande

(1) Réponse de M. Th. Roussel à M. Brueyre (*Bull. pris.*, 1880, p. 226 et suiv.).

(2) M. Duverger fit supprimer, surtout dans l'intérêt des jeunes filles, la limitation à 16 ans de l'âge de la protection (*Bull. pris.*, 1880, p. 360).

(3) M. Pagès fit modifier en ce sens le projet primitif d'après lequel les débats avaient lieu et le jugement était prononcé en chambre du Conseil (*Bull. pris.*, 1880, p. 369 et suiv.).

(4) Le projet primitif confiait ce droit au procureur de la République. Voir, sur cette modification, *Bull. pris.*, 1880, p. 363 et suiv.

du ministère public ou des intéressés. Le rôle de l'autorité judiciaire cessait dès lors (1) ; l'Etat était immédiatement investi de la garde de l'enfant, le préfet lui désignait librement un gardien sauf le droit pour le ministre de l'intérieur, sur la proposition des inspecteurs et l'avis conformé du procureur, de modifier ce choix (2).

Ce projet était sage et prudemment modéré. Il l'eut été plus encore à notre sens s'il eut laissé au tribunal le choix de l'établissement ou du particulier constitué gardien de l'enfant ; du moins aucune prérogative, aucun monopole n'était réservé, en droit, dans tous les cas, aux œuvres officielles et toute modification ultérieure au choix du préfet était subordonnée à l'assentiment de l'autorité judiciaire représentée par le ministère public. D'ailleurs, puisque l'autorité paternelle était en jeu, qu'il y avait des parents présents et probablement opposants, de nombreuses garanties étaient, à très juste titre (3), organisées contre les excès de zèle. L'état de l'enfant va être atteint, la compétence judiciaire est donc consacrée ; l'action, purement civile, appartient au seul ministère public représentant la Société, à l'exclusion de la famille jalouse peut-être du père. D'importants intérêts seront lésés, les tribunaux sont donc limités, quant à la détermination des enfants au sujet desquels ils pourront intervenir, par une définition des moralement abandonnés qui, pour large qu'elle est, constitue néanmoins un frein à l'arbitraire. Enfin et surtout si, pour l'éducation de leurs jeunes pupilles, les gardiens acquièrent les mêmes garanties de sécurité contre les réclamations intempestives que l'administration pénitentiaire dans la proposition Voisin, le projet Roussel, comme cette proposition elle-même, ne touche qu'aux droits

(1) Malgré la résistance de M. Bérenger (*Bull. pris.*, 1880, p. 375 et suiv.).

(2) M. Brueyre aurait voulu voir confier exclusivement à l'Assistance publique la direction du service de tous les enfants abandonnés (*Bull. pris.*, 1880, p. 135 et s., 464 et s.). Voir aussi le rapport de M. Roussel, le 8 juin 1880 (*Bull. pris.*, 1880, p. 568 et suiv.).

(3) *Contra* Leloir, t. I, n° 27.

de garde et d'éducation des parents. Nulle part il n'y est question de déchéance de la puissance paternelle et cette omission est intentionnelle : ses auteurs s'étaient prononcés expressément pour le maintien aux mains du père des droits d'usufruit légal et de consentement au mariage ; pour mieux accentuer cette reconnaissance de la perpétuité de l'autorité paternelle, ils avaient refusé d'attribuer la tutelle au gardien choisi. Seule donc la garde des enfants échappe aux parents. MM. Duverger, Desportes, Bérenger, Pagès ne demandaient pas autre chose à la Société des prisons ; ce devait être suffisant en pratique et en allant plus loin on risquait de se heurter à la résistance soit du législateur soit même des juges effrayés par l'exagération de la peine (1). Même affirmation devant le Sénat par MM. Roussel et consorts : « En matière de protection de mineurs contre des parents indignes, en règle générale l'essentiel est d'organiser la garde de la personne (2). »

III. — Il était difficile au Gouvernement de se désintéresser d'une question si importante au point de vue social. Aussi bien, la solution présentée par la Société des prisons, bonne à nos yeux en ce qu'elle se calquait strictement sur les besoins de la pratique, parut à certains esprits manquer de logique et d'ampleur, ne pas créer aussi une situation suffisamment nette : l'intérêt de l'enfant, disait-on, est le seul fondement de la puissance paternelle, la déchéance totale est donc la seule sanction possible à l'égard des parents d'enfants abandonnés. Cette théorie triompha dans les conseils du Gouvernement et la preuve s'en trouve, d'abord dans la composition presque exclusivement juridique (3) de la commission extra-parlementaire instituée par arrêté ministériel du 15 déc. 1880 et dans sa réunion au ministère de la justice,

(1) *Bull. pris.*, 1880, p. 363, 369, 373 : « Il faut savoir se réduire à demander le strict nécessaire... ; toucher au droit de garde est assez. » *Bull. pris.*, 1882, p. 254.

(2) Sénat, 1er mai 1883.

(3) Trois membres seulement appartenaient à l'administration.

non de l'intérieur, puis surtout dans le programme qui lui fut assigné. Elle devait « étudier les dispositions qui pourraient être proposées relativement aux cas de déchéance de la puissance paternelle... examiner les modifications à introduire... afin d'enlever au père indigne l'autorité que la loi lui donne (1) ».

La question se trouvait du coup singulièrement élargie et, après huit mois d'un travail continu, partagé entre trois sous-commissions (2), le Gouvernement déposait, le 8 décembre 1881, sur le bureau du Sénat (3) un projet de loi aux tendances absolument nouvelles et même contraires aux idées admises à la Société des prisons. Le titre Ier, abordant la question de principe, consacrait largement la possibilité de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, non seulement en faveur d'enfants pauvres abandonnés matériellement ou moralement, mais même au profit de mineurs riches ou aisés dont jusqu'alors la situation paraissait suffisamment protégée par l'action prétorienne des tribunaux. Le titre II plaçait sous la tutelle de l'Etat tous les mineurs dont l'éducation était, volontairement ou non, délaissée et, pour garantir les tiers gardiens contre les réclamations des parents, donnait un effet légal aux contrats de dessaisissement consentis par ces derniers. Pour la première fois, une théorie générale de la déchéance était formulée en France en matière d'autorité paternelle.

IV. — On était loin encore du texte définitif. La commission sénatoriale, saisie du projet gouvernemental et de la proposition Roussel, les voulut amalgamer pour codifier en une seule loi toutes les règles relatives à la protection de l'enfance placée désormais sous la tutelle de l'autorité publique

(1) *Bull. Just.* 1880, p. 281.

(2) 1re Sous-commiss.: fixation des cas de déchance; 2e: mesures à prendre en faveur d'enfants de parents déchus; 3e: mesures à prendre à l'égard d'enfants abandonnés.

(3) Dépôt au Sénat, *Journal off.*, 9 déc. 1881, Déb. parl., p. 1443; Exposé des motifs, *Journal off.*, ann., déc. 1881, p. 865, n° 87.

dès lors qu'elle était abandonnée, délaissée ou maltraitée. L'entreprise s'élargissait toujours ; les efforts furent grands : on étudia les divers systèmes employés, tant en France qu'à l'étranger, par la pratique et par le législateur, avec leurs résultats d'après les statistiques. Ces études aboutirent au dépôt au Sénat, le 25 juillet 1882, d'un projet en 48 articles, précédé d'un rapport de M. Th. Roussel (1) : son but était « d'établir le devoir et le droit pour l'autorité publique... de se substituer à la famille absente, incapable ou indigne (2) ».

Peut-être pour avoir voulu masquer plus ou moins habilement dans la nouvelle législation sur la protection de l'enfance l'intervention de l'Etat, objet de vives critiques, dans tous les cas pour avoir tenté de trop embrasser, ce texte était par bien des côtés obscur et peu pratique. Il se heurtait en même temps à des questions multiples de voies et moyens et à de grosses difficultés d'ordre financier. Cependant, malgré les efforts de MM. Bérenger et Waldeck-Rousseau, alors ministre de l'intérieur, il fut adopté au Sénat, en première et seconde lecture, sans modifications essentielles (3). Transmis le 27 juillet 1883 à la Chambre des députés (4), il y fut l'objet, les 26 mai 1884 et 29 janvier 1885, de deux rapports de M. Gerville-Réache (5), mais ne vint pas en discussion avant la clôture de la législature.

En voici l'économie générale. Tombent de plein droit et par le seul fait d'une décision gracieuse du juge de paix sous la

(1) Sénat, 1882, sess. ord., ann. n° 451, et 1883, ann. n°s 232, 263. Les rapports de M. Roussel avec leurs annexes formaient 3 volumes in-quarto. C'est, a dit M. Brueyre (rapport de 1888), « le monument le plus important qui ait jusqu'ici été élevé en faveur de l'enfance abandonnée et malheureuse ».

(2) Rapport Roussel.

(3) 1re délibération : séances des 1er, 5, 10, 17, 19, 21, 22, 24, 26 mai, 2 et 12 juin 1883 ; 2e délibération : 3, 5, 7 et 10 juillet 1883. Voir, sur cette discussion, les articles de M. René Quérenet, *Bull. pris.*, 1883, p. 781 et s., 925 et s. ; 1884, p. 69 et s., 228 et suiv. — 171 voix contre 76 se prononcèrent en faveur du projet lors du vote sur l'ensemble.

(4) *Journal officiel* du 28 juillet, Déb. parl., p. 1935.

(5) Ch. députés, *Journal officiel*, 1884, ann. n° 2823, et 1885, ann. n° 3481. On proposait, pour faire face aux dépenses que nécessiterait son application, de limiter au 6e degré de parenté les droits successoraux.

tutelle de l'Assistance publique : 1° Tous les enfants abandonnés, c'est-à-dire ceux dont les parents sont inconnus, morts, disparus ou absents, détenus, condamnés, etc., et qui, n'ayant personne pour prendre soin d'eux, se trouvent sans asile ni moyens d'existence, en d'autres termes les enfants assistés du décret de 1811 largement interprété ; 2° les mineurs maltraités dont les parents se voient enlever leurs droits de puissance paternelle, les cas de déchéance prévus sont fort nombreux ; 3° les mineurs délaissés, les moralement abandonnés du service de la ville de Paris, ce qui comprend d'une part les enfants maintenus dans un état habituel de mendicité, de vagabondage ou de prostitution, et de l'autre ceux que leurs auteurs se déclarent devant le juge incapables d'élever ; 4° enfin les enfants recueillis, sans intervention de l'administration, par les établissements de bienfaisance publics ou privés, soit d'office, soit en vertu d'un contrat passé avec les parents. Pour les trois premières catégories, après un placement provisoire ordonné par le juge de paix, le préfet choisit librement et définitivement l'établissement ou le particulier à qui l'enfant sera confié ; il fait ce choix, soit immédiatement après la décision du juge de paix, soit, à l'égard d'un enfant maltraité, après le prononcé par l'autorité judiciaire de la déchéance des parents. Quand un particulier ou un établissement charitable recueille un mineur sans intervention administrative, il doit en faire la déclaration, moyennant quoi il acquiert sur lui les droits de garde et d'éducation sauf décision contraire du préfet ou réclamation des parents dans le délai de trois mois. Sur tous ces enfants d'ailleurs sans distinction, le préfet, qu'assiste nominalement au moins un comité départemental revêtu de la personnalité civile (1), possède les pouvoirs de tutelle les plus étendus :

(1) L'idée de ce comité se rattache au système suisse des tutelles collectives ; on la retrouve antérieurement en France dans un projet de loi présenté par M. de Melun le 22 mars 1850. La deuxième sous-commission de la Chancellerie s'était divisée sur l'attribution de la tutelle, 5 membres en investissant les commissions hospitalières, 3 des conseils de famille

une simple décision administrative non motivée suffit pour les enlever aux gardiens primitifs, ceux-ci eussent-ils été désignés par les parents, et les remettre à ces derniers ou même les confier à des tiers; contre l'exercice de ce pouvoir arbitraire, seuls les parents et ascendants, à l'exclusion des gardiens dépouillés, peuvent se pourvoir devant l'autorité judiciaire. Sont également placés sous la protection et la surveillance du préfet les mineurs que leurs parents confient spontanément à l'autorité publique par un acte de dessaisissement passé devant le juge de paix. En somme, pour tous les enfants visés par le projet, le préfet est tuteur et le comité départemental conseil de famille; ils délégueront parfois l'exercice de leurs droits, mais cette délégation est toujours révocable. Le gardien spontané ou désigné d'un enfant peut, il est vrai, au bout d'un an, se faire conférer la tutelle officieuse par le tribunal (1), mais il lui faut pour cela l'autorisation préfectorale.

L'application de la loi était assurée par la création de comités cantonaux fonctionnant sous la présidence du juge de paix et d'un comité supérieur de protection et d'éducation, par l'institution enfin d'un service d'inspection. Une caisse de dotation devait fournir la part contributive de l'Etat dans la dépense.

Si nous avons reproduit dans ses grandes lignes le système adopté par le Sénat bien qu'il n'ait pas été législativement consacré, c'est qu'il montre bien le chemin parcouru par les esprits dans ces dernières années. La loi du 24 juillet 1889 est moins novatrice, c'est certain, mais on a spécifié que cette réserve impliquait, non le rejet des points omis, mais seulement leur renvoi à plus tard; un sénateur a même déclaré, dans la séance du 27 mai 1883, que le projet que nous venons d'analyser n'allait pas encore assez loin. Tout autre est

---

cantonaux à créer. Le comité devait en définitive comprendre des magistrats, des fonctionnaires et des membres des corps élus.

(1) La tutelle officieuse ainsi organisée n'est pas régie par les mêmes principes que celle du Code civil, préparatoire à l'adoption.

notre sentiment : les intentions étaient excellentes au sein de la commission sénatoriale, néanmoins nous comprenons les critiques soulevées par son œuvre (1) et nous nous y associons pleinement. Pour avoir voulu trop embrasser et réformer à la fois tant le Code civil et le Code pénal que la législation sur les enfants assistés, le texte, inexécutable et quelque peu incohérent dans certaines parties, était éminemment dangereux dans son principe fondamental comme dans le mode d'application dont il eut été susceptible (2).

Dangereuse est l'idée maîtresse placée au frontispice de ce document pour en marquer l'objet et la portée, qui assure la protection de l'autorité publique à tout mineur dans les diverses situations qu'il prévoit. Elle consacrait, le rapporteur le déclare (3), « le rôle prédominant qui va être attribué à l'autorité publique dans tout acte de dessaisissement volontaire des droits de garde et d'éducation... Désormais, dès que la puissance paternelle sera reconnue impuissante, c'est à l'autorité publique seule qu'il appartiendra de plein droit, soit d'exercer, soit de déléguer les droits du père. » L'Etat devenait donc le père de famille presque universel et, s'il acquérait par là de grands pouvoirs sur de nombreux mineurs, il en assumait aussi la charge. Il n'était sans doute encore qu'un suppléant des parents dans ces fonctions, mais cette suppléance se fut exercée bien souvent puisque, non content

(1) *Contra* Leloir, t. I, n° 46.

(2) Voir les observations de MM. Desportes et Duverger à la Société des prisons en 1882 et devant la commission sénatoriale ; les discours de MM. Clément et de Gavardie au Sénat les 19, 21, 22, 24, 26 mai, 4, 5 et 7 juillet 1883 ; l'exposé des motifs du contre-projet Bérenger rejeté, le 3 juillet 1883, par le Sénat (*Bull. pris.*, 83, p. 765). Voir aussi Rivière, *op. cit.*, *Rev. cath. des inst. et du droit*, 1881, t. 17, p. 125 et suiv.; 1884, t. 23, p. 363 et suiv.; 1885, t. 24, p. 234 et suiv.; Léon Lallemand, *La question des enfants abandonnés ou délaissés au XIX^e siècle*, p. 94 et suiv.; Vezès, avocat général à Dijon, *Les lois en préparation concernant la protection de l'enfance* (*Bull. pris.*, 1882, p. 230 et suiv.); Desportes et Ameline de La Briselaine, discours au Congrès international des 18 et 19 juin 1883 (*Compte rendu des travaux* par M. Bonjean, t. I, p. 125 et s., 138 et s.); Desportes (*Bull. pris.*, 1887, p. 63 et suiv.).

(3) Th. Roussel, *Rapport*, p. 105.

de supprimer la tutelle des commissions hospitalières et de multiplier les cas de déchéance pour les parents, on invitait ces derniers à abdiquer leurs droits ; il n'y aurait eu plus tard qu'à mettre la loi d'accord avec les faits pour rendre en la matière l'Etat omnipotent.

Pourquoi donc remplacer les commissions hospitalières par le préfet quant à la tutelle des enfants assistés? Nul ne l'avait jamais demandé, la proposition Roussel pas plus que le projet du Gouvernement n'y faisaient allusion (1). Comment justifier les facilités accordées aux pères légitimes ou naturels pour échapper à l'obligation d'élever leurs enfants en les confiant à l'autorité publique? Par une simple sentence du juge de paix, tous les droits du père lui sont enlevés et passent nécessairement au représentant de l'Etat. Et les pouvoirs du préfet s'exercent tant sur les enfants de parents frappés de déchéance pour lesquels on n'a pas constitué une tutelle dans les termes du droit commun que sur tout mineur recueilli par un tiers quelconque, spontanément ou non, à moins que le requérant soit le père, la mère (2) ou le tuteur. Ces pouvoirs sont absolus, discrétionnaires quant à l'attribution du droit de garde : au préfet, à l'exclusion des parents, appartiennent la surveillance et la direction de tous ces mineurs ; il peut toujours les enlever à leurs gardiens sans que ceux-ci aient le droit de protester en justice. La bienfaisance privée demandait à être garantie contre les revendications intéressées des parents ; on la soumet au pur caprice d'un fonctionnaire absorbé par des affaires autres et multiples, mêlé par fonction aux luttes des partis, voilà la

(1) *Exposé des motifs du contre-projet Bérenger*, Sénat, 1883, ann. n° 232, p. 4. — Remarquons-le d'ailleurs avec M. Lallemand (*La question des enfants abandonnés*, p. 148), l'art. 54 du projet voté par le Sénat maintenait en vigueur, par une incohérence injustifiable, les dispositions des lois de l'an XIII et de 1849 et celles du décret de 1811 quant à la tutelle des enfants assistés jusqu'à l'époque indéterminée de la révision de ces lois et décret. Cet article est la contradiction absolue des art. 2, 33 et suiv., il annule leurs dispositions.

(2) Encore faut-il qu'il s'agisse de parents légitimes ou naturels ayant reconnu l'enfant ; sans quoi, il n'y a pas entre eux et lui de parenté légale.

réponse. Le préfet délègue valablement ses pouvoirs, mais c'est toujours à titre révocable; en définitive il est tout puissant. Les parents auront bien un droit de recours, mais, s'ils attaquent devant l'autorité judiciaire la décision enlevant la garde de l'enfant à un particulier ou à un établissement primitivement choisi, ils se heurteront à un arrêté de conflit, car c'est là un acte administratif. Reste donc uniquement le contrôle du comité départemental : il eut été tout à fait illusoire et le ministre de l'intérieur l'a clairement montré au Sénat (1) comme M. Gerville-Réache (2) à la Chambre des députés. Nulle précaution n'était prise pour le rendre effectif et d'ailleurs l'expérience faite des comités départementaux quant à la protection des enfants du premier âge montre la difficulté de faire fonctionner régulièrement de telles assemblées ; en fait le comité départemental et surtout le comité cantonal ne se seraient pas réunis. Sans compter que, pour associer utilement à une pareille œuvre des personnes plus dévouées au bien qu'au courant des lois, il eut fallu un texte d'une grande simplicité et clarté ; le projet était au contraire compliqué et obscur (3).

En résumé le projet du Sénat faisait bon marché de l'autorité paternelle : le père en était dépouillé très facilement à titre de peine et il pouvait non moins aisément renoncer volontairement à ses droits dont la plénitude était acquise à l'Etat avec faculté de choisir et révoquer ses délégués sans consulter les parents. Excès de sévérité certain et en même temps faveur injustifiable pour les familles les moins dignes d'intérêt auxquelles l'Etat est présenté « comme prêt à recueillir tous les enfants dont les parents ne prendront pas soin et... comme ouvrant une sorte de tour permanent dans lequel

(1) Séances des 11 et 23 mai 1883, Sénat, *Journal officiel*, p. 465, 531.

(2) 1er rapport, p. 165 ; 2e rapport, sur l'art. 9.

(3) « J'étudie votre loi depuis deux mois et je ne puis parvenir à la comprendre. Comment voulez-vous la faire appliquer en connaissance de cause par des personnes vouées aux œuvres, par des femmes peu au courant de nos codes ? » (M. Bérenger à la Commission sénatoriale et au Sénat, séance du 19 mai 1883.)

les pères de famille qui ne voudront pas travailler viendront déposer ceux qu'ils considéreront comme une charge, imposant ainsi à l'Etat de se substituer à leurs devoirs et non pas seulement à leurs droits (1) ». Sans partager de tous points l'hostilité de quelques-uns (2) contre le contrat de dessaisissement en soi, nous ne saurions l'admettre facilité à ce point, confinant à un abandon volontaire des enfants à l'Etat.

L'autorité paternelle n'est pas du reste plus sacrifiée que les droits de la charité privée, le Sénat semblant avoir pris à tâche de décourager celle-ci par les obligations multiples et sévèrement sanctionnées qu'il lui imposait. En vain MM. Hébrard et Roussel ont-ils soutenu que les œuvres particulières étaient astreintes à demander à l'autorité publique une sorte d'investiture légale au cas seulement où elles voulaient être mises en état de résister aux revendications des familles, que leur situation n'était pas changée par ailleurs ; l'affirmation est inexacte quand du moins l'enfant était confié à l'établissement privé par tout autre que le père ou la mère : le préfet alors devenait tuteur de plein droit et le gardien n'était plus que son délégué toujours révocable. Or, cette position subordonnée et incertaine n'a vraiment rien de tentant et mieux vaut encore demeurer exposé aux réclamations des parents. C'est ce qu'exprimait très franchement M. Desportes après l'adoption du texte au Sénat : « Nous serions heureux que la

(1) Sénat, 19 mai 1883, *Journal officiel* du 20, p. 463, M. Waldeck-Rousseau, ministre de l'intérieur.

(2) MM. Desportes et Duverger (*Bull. pris.*, 1882, p. 139 et suiv., 361 et suiv.) ; G. Michel, *L'enfance abandonnée et l'autorité paternelle*, *L'économiste français*, 17e année, 1889, p. 135 ; Courcelle-Seneuil, rapport au conseil d'Etat en 1888 ; Bourcart, *Fr. jud.*, 7e année, p. 506. On a déclaré que c'était mettre la puissance paternelle dans le commerce et organiser la *traite des blancs*. — *Contra* MM. Bonjean et Brueyre (*Bull. pris.*, 1882, p. 142 et s., 362 et s., et 1889, p. 63). — *Confer* Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 526. Pour notre part, nous admettrions volontiers la cession de certains droits au point de vue de leur exercice, du droit de garde par exemple, mais non la cession de la puissance paternelle elle-même.—Sur les ventes ou adoptions d'enfants en Australie, le défaut de surveillance de ces opérations par l'autorité publique et les abus monstrueux de ce commerce, voir une lettre adressée au *Temps* dans le n° du 27 mars 1894.

loi... fût provisoirement écartée et que les sociétés établies, dont nous avons eu l'imprudence de révéler l'existence, aient la liberté de continuer en paix et en sécurité l'œuvre chrétienne et vraiment sociale qu'elles accomplissent si modestement au milieu de nous (1). »

V. — Le projet devait échouer, mais ce n'est pas par souci de la liberté individuelle, respect de l'autorité paternelle ou crainte de la prédominance abusive de l'Etat, que la nouvelle Chambre, élue en 1885, hésitait à sanctionner législativement la proposition de M. Gerville-Réache, reproduction en 54 articles du texte adopté par la commission de la Chambre dans la précédente législature (2). Le coût de la loi, forcément considérable, tel était l'obstacle, d'autant plus redoutable que toute évaluation, même par approximation, était impossible. Quinze millions à répartir annuellement entre l'Etat, les départements et les communes, avait dit M. Gerville-Réache dans son premier rapport le 26 mai 1884 (3); mais son calcul était doublement inexact (4). Il prenait pour base les chiffres de dépenses fournis par le service des moralement abandonnés du département de la Seine; les pupilles n'y sont admis qu'à compter de 12 ans, de 10 au minimum, et peuvent ainsi pourvoir eux-mêmes assez vite à leur entretien; les dépenses relativement minimes qu'ils occasionnent ne sont donc pas comparables avec les frais nécessaires à l'éducation complète d'enfants en bas âge ou même de nouveaux-nés. D'autre part, le rapporteur fixait à 75.000 le nombre des enfants privés actuellement de toute assistance et appelés à

(1) *Bull. pris.*, 1887, p. 63. *Sic* MM. Clément, de Gavardie et Bérenger au Sénat (séances des 19, 21, 22 mai, 4 et 5 juillet 1883); *Exposé des motifs du contre-projet Bérenger* (*Bull. pris.*, 1883, p. 765 et suiv.); Léon Lallemand, *La question, etc.*, p. 105 et suiv.; Rivière, *op. cit.*, *Rev. cath. des inst. et du droit*; discours de MM. Desportes et Ameline de La Briselaine au Congrès international de la protection de l'enfance, les 18 et 19 juin 1883 (*Compte rendu*, p. 125 et s., 138 et suiv.).

(2) Ch. députés, 1886, *Journal officiel*, ann. n° 1081.

(3) § XIII du rapport, « du coût de la loi », p. 148 et suiv.

(4) Lallemand, *La question, etc.*, p. 143 et suiv.

bénéficier de la loi nouvelle ; mais, à supposer ce chiffre exact, il ne comprenait ni les mineurs recueillis par l'Etat après déchéance prononcée contre les parents ou dessaisissement consenti par ceux-ci, ni les enfants déjà assistés par des particuliers ou par des associations privées. Cependant le projet offrait aux parents pauvres, sous une forme nouvelle et pratique, le moyen de se débarrasser de leurs enfants (1), il proclamait presque le droit de l'indigent, non plus au travail comme en 1848, mais à l'éducation gratuite de ses enfants ; il y avait lieu de craindre que beaucoup en voulussent profiter alors qu'on a déjà vu des parents nécessiteux mettre leurs enfants en correction paternelle ou les exposer volontairement à l'application de l'art. 66 C. pén. pour s'épargner la peine de les nourrir (2). En même temps, les œuvres privées, réduites désormais presque toujours au rôle de simples délégués de l'Etat pour l'éducation des pauvres, n'eussent pas manqué de lui attribuer une part importante dans les dépenses du service à raison même de son droit de contrôle souverain. On marchait donc dans l'inconnu et probablement l'enquête prescrite sur ce point par la loi du budget en 1887 n'eût pas suffi à éclairer la situation ; dans tous les cas les quinze millions de M. Gerville-Réache eussent été grandement dépassés.

La commission élue en 1886 par la nouvelle Chambre ne se souciait pas de grossir, si peu que ce fût, le budget des dépenses ; elle repoussait en même temps le système préconisé pour faire face aux charges nouvelles, à savoir la suppression des successions collatérales au-delà du 6e degré. Aussi faisait-elle traîner ses travaux en longueur et dût-elle accepter avec joie l'idée d'une enquête pour éloigner d'autant le moment de prendre parti. Cependant tout le monde et même les adversaires les plus déclarés du projet constataient la nécessité de faire quelque chose. Le Gouvernement résolut alors de présenter à part les articles relatifs à la déchéance

(1) *Confer* le système anglais du débarras critiqué par M. Ch. Lucas, *Rev. crit.*, 1879, p. 156 et suiv.

(2) Rapport à l'Empereur en 1854 ; Circ. min. 11 mars 1876.

paternelle qui, dans l'ensemble d'un caractère surtout administratif, formaient comme une loi distincte du ressort du Code civil et du Code pénal. C'était tenir compte des reproches d'illogisme et de confusion adressés naguère à l'œuvre de la commission sénatoriale par M. Léon Clément (1); c'était surtout en revenir presque de tous points au texte de la commission de la Chancellerie quant au fond et même dans la forme. Le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de l'Assistance publique consultés firent apporter, sur les rapports de MM. Courcelle-Seneuil et Brueyre, quelques changements au projet qui, déposé le 22 décembre 1888 (2) sur le bureau de la Chambre, fut adopté par elle, sans modifications et presque sans discussions, dans les séances des 18 et 25 mai 1889 (3). Au Sénat, l'urgence fut déclarée sur la promesse faite par le Gouvernement de ne pas abandonner mais d'ajourner seulement les autres dispositions précédemment admises ; la loi fut définitivement votée, sans discussion, le 13 juillet 1889. Promulguée le 24 juillet, elle porte la date de ce jour.

Section II. — *Réformes opérées par la loi du 24 juillet 1889.*

La loi du 24 juillet 1889 sur *la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés* (4), suivie et commentée par plusieurs circulaires du ministre de l'intérieur (5)

---

(1) *Journal officiel*, 26 mai 1883, p. 554. Séance du 25 mai 1883 au Sénat.

(2) *Journal officiel*, 1888, Ch. dép., sess. extr., ann. n° 3389, reproduisant, avec l'exposé des motifs, les rapports de MM. Courcelle-Seneuil et Brueyre, p. 706 et suiv.

(3) *Journal officiel*, 26 mai 1889. Rapport de M. Gerville-Réache, *Journal officiel*, Ch. dép., 1889, sess. ord., ann. 3481, p. 1 et suiv.

(4) La dénomination d'enfants moralement abandonnés a été substituée à celle d'enfants délaissés, à la demande du Conseil supérieur de l'Assistance, comme ayant « pour elle la possession puisqu'elle désigne un grand service public qui fonctionne depuis huit ans et que sa signification... est maintenant précisée et connue dans la population parisienne ». (Rapport Brueyre.)

(5) Circ. min. 16 août 1889.

et du ministre de la justice (1), est divisée en deux titres relatifs, le premier à la déchéance de la puissance paternelle, le second à la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents ; elle précise dans ce second titre tant les mesures à prendre pour assurer le sort des enfants que les droits à conférer aux personnes ou établissements charitables constitués tiers gardiens. Pour la première fois, le législateur français admet d'une façon générale et absolue (2) la possibilité d'une déchéance de la puissance paternelle et, à ce point de vue, la loi mérite toute notre attention.

Elle revêt d'ailleurs un caractère mixte particulier. Administrative par son but et par la façon dont elle supplée à l'insuffisance ou à l'indignité des parents (3), elle est civile aussi, car, pour opérer dans l'état des personnes les modifications qui résultent de la déchéance ou de la délégation de la puissance paternelle, il faut une décision judiciaire qui, pour une large part, emprunte ses règles de forme au Code de procédure civile. C'est en même temps une loi pénale quand elle présente la déchéance comme la sanction d'une infraction caractérisée ou, tout au moins, d'un manquement à un devoir social. On lui a reproché assez durement ce dernier caractère par le motif que la création d'une pénalité nouvelle, à la supposer acceptable, eut dû figurer plutôt dans le Code pénal revisé que dans une loi sur la protection de l'enfance (4) ; mais cette opinion a été vivement combattue par ailleurs (5). A nos yeux, la

(1) Circ. min. 21 sept. 1889, 4 mars 1891.

(2) La déchéance de l'art. 335 C. pén. était spéciale à l'enfant corrompu ; celle de la loi du 7 déc. 1874 toujours facultative pour les juges. Elles laissaient aussi toutes les deux subsister quelques droits aux mains des parents.

(3) D'après M. Brueyre (*La loi du 24 juillet 1889 et son application*, p. 1), elle est avant tout administrative. Il montre le législateur associant pour la première fois les autorités administrative et judiciaire dans l'œuvre de la protection de l'enfance.

(4) Contre-projet Bérenger (*Bull. pris.*, 1883, p. 711). MM. Duverger et Quérenet.

(5) Bourcart (*Rapport au Congrès international d'Anvers*).

question est de peu d'importance et ce n'est pas d'avoir réglementé dans un texte spécial la déchéance de la puissance paternelle, au lieu d'attendre une revision fort aléatoire de nos codes, que nous faisons grief au législateur de 1889. Nous n'avons signalé cette discussion que pour bien montrer que tout le monde reconnaît le caractère pénal, *parte in qua* du moins, de la loi de 1889. Soit donc une difficulté se présentant pour son application, nous consentirons bien en principe à la résoudre, avec M. Brueyre (1), « par la réponse à la question : Qu'exige l'intérêt de l'enfant? et cette réponse sera : Procédure la plus simple, interprétation la plus large, compétence la plus étendue » ; mais, relativement aux cas de déchéance au contraire, nous interpréterons le texte comme en matière pénale, c'est-à-dire dans un sens étroit et restrictif (2).

Cette remarque préliminaire n'est pas oiseuse car les difficultés ne manqueront pas, nous allons le voir. En un sujet aussi délicat, une rédaction irréprochable s'imposait, or il est loin d'en être ainsi et on n'en a vraiment pas présenté une excuse sérieuse en faisant remarquer que la loi a été hâtivement discutée et votée (3). N'y avait-il donc pas huit ans au moins qu'elle était en préparation? Quoiqu'il en soit, examinons en détail comment la puissance paternelle échappe aux parents, comment ils la recouvrent, et quel est le sort fait aux enfants.

§ Ier. — Perte de la puissance paternelle.

L'autorité des parents peut disparaître en deux hypothèses bien distinctes : à titre de peine, quand, une faute grave étant relevée contre eux, leur déchéance est reconnue ou prononcée par la justice ; à titre de protection pour le mineur, quand

(1) *La loi du 24 juillet 1889 et son application*, p. 2.

(2) Leloir, t. I, n° 404 ; Nillus, *Fr. judic.*, t. XV, 1re part., p. 321 et suiv., n° 42.

(3) Huc, t. III, n° 206.

il est l'objet d'un abandon volontaire constaté par jugement de délégation.

A. — Déchéance.

Pour justifier une telle pénalité, il faut, les auteurs de la loi le déclarent, un manquement grave et certain aux devoirs inhérents à la paternité. Seuls donc les tribunaux la peuvent prononcer, quelque infime que soit la valeur morale des parents, « pour les faits de nature à nuire à l'enfant soit au moral, soit au physique (1) » ; et ils ne séviront qu'à bon escient, « l'indignité du père de famille ne doit être ni supposée, ni soupçonnée, ni recherchée comme un délit (2) », elle présuppose des faits « de nature criminelle..... et qui impliquent des agissements habituellement coupables (3) ». Comment la loi a-t-elle répondu à ce programme? Quelles sont les causes et la portée de la déchéance? Suivant quelles formes est-elle encourue?

a. — *Causes de déchéance.*

Avant 1889, deux cas de déchéance existaient seulement: l'un obligatoire, celui de l'art. 335 du Code pénal, l'autre facultatif, celui de la loi du 7 décembre 1874. La loi nouvelle est beaucoup plus large. De plus, parmi les faits reprochables aux parents, elle distingue: les uns entraînent de plein droit la déchéance, d'autres permettent seulement aux tribunaux de la prononcer.

I. — Nul n'encourt la déchéance de plein droit sans qu'une condamnation au moins, et bien entendu une condamnation définitive, ait été rendue contre lui (4). Est ainsi frappé (Loi du 24 juillet 1889, art. 1er) :

(1) Brueyre, *Rapport* au Conseil supérieur de l'Assistance publique.

(2) Courcelle-Seneuil, *Rapport* au Conseil d'Etat.

(3) Gerville-Réache, *Rapport*, en 1889, à la Chambre des députés.

(4) Faut-il nécessairement que la condamnation émane d'un tribunal français? Nous le croyons à cause du caractère pénal de la loi. M. Pillet (*Journal de droit international privé*, 1892, p. 15 et suiv.) y voit exclusivement une loi de protection, d'où logiquement il fait découler la déchéance

1° Tout condamné, par application de l'art. 334, § 2, du Code pénal, pour excitation de mineur à la débauche, qu'il s'agisse de son propre enfant ou d'un pupille placé sous sa tutelle ou sa garde (1). Sa déchéance n'est plus comme autrefois restreinte à l'égard du seul mineur corrompu, elle s'étend aux rapports du père avec ses enfants et descendants en général ;

2° Tout individu condamné comme auteur, coauteur ou complice d'un crime commis, soit sur la personne d'un ou plusieurs de ses enfants, soit par un ou plusieurs de ses enfants. Une seule condamnation au grand criminel entraîne donc la déchéance (2) et l'on doit s'attacher uniquement au caractère de l'incrimination : sauf le cas où le fait poursuivi comme crime a dégénéré en délit au cours de l'instance, la pénalité sera encourue alors même que, par suite de l'admission d'une excuse légale ou des circonstances atténuantes, la cour d'assises prononcera seulement une peine correctionnelle (3). Du reste, la loi ne distinguant pas devra s'appliquer en cas de crime relatif à des enfants légitimes ou même naturels à condition toutefois pour ces derniers que leur filiation ait été régulièrement établie par une reconnaissance volontaire ou judiciaire (4) ; on a même prétendu (5), mais à tort croyons-nous, en dire autant des enfants adoptifs.

---

en France de condamnations pénales prononcées à l'étranger, pour un des faits prévus par la loi du 24 juillet 1889, soit contre un Français, soit même contre un étranger.

(1) Trib. Seine, 13 mars 1890 et 16 juin 1891. Charmont, *Rev. crit.*, t. xx 1891), p. 505 ; Leloir, t. I, n° 408.

(2) Le projet primitif de la Chancellerie et celui du Sénat exigeaient deux condamnations ; la commission de la Chambre des députés en 1884 et le Conseil d'Etat résolurent de s'en tenir à une au criminel.

(3) M. Boreau-Lajanadie, dans la séance du 25 mai 1889, avait proposé de n'attacher la déchéance qu'aux condamnations à une peine afflictive et infamante ou du moins à plus d'un an d'emprisonnement. La Chambre des députés rejeta l'amendement.

(4) Nillus, *op. cit.*, n° 60 ; Leloir, t. I, n° 410, note.

(5) Nillus, *op. cit.*, n° 61. M. Leloir, *op. et loc. cit.*, fait justement remarquer que, dans notre législation moderne, l'adoption ne confère pas à l'adoptant la puissance paternelle sur l'adopté.

Il faut et il suffit qu'il y ait eu un crime suivi de condamnation dont le fils ait été, par le fait de son père, la victime matérielle ou morale. Il est victime matérielle quand le crime a été commis sur sa personne, assassinat, meurtre, infanticide (1), viol, attentat à la pudeur (2), séquestration, abandon ou exposition d'enfants (3), bien que ces faits soient expressément rangés par l'art. 2, § 2, parmi les causes de déchéance facultative ; ce dernier texte ne vise que des délits et n'empêche pas la déchéance de plein droit quand les mêmes faits revêtent, par l'effet de circonstances aggravantes, le caractère de crime, la Cour suprême l'a formellement reconnu au cas de suppression d'enfant ayant vécu (4). L'enfant est victime morale quand, en concourant avec lui à la perpétration d'un crime, son père s'est fait son maître en corruption, c'est ce dernier qui est réputé le véritable instigateur de l'acte coupable, la tête dont le mineur a été l'instrument. Il n'est donc pas nécessaire que l'enfant encoure une responsabilité propre : fût-il acquitté comme ayant agi sans discernement, la déchéance frapperait le père condamné pour participation consciente et volontaire au forfait;

3° Tout individu condamné deux fois comme auteur, coauteur ou complice d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de ses enfants. La loi, remarquons-le de suite, n'a pas attaché ici la déchéance de plein droit aux condamnations encourues par le père comme coauteur ou complice de délits commis par ses enfants. Le législateur y avait été convié cependant par la commission de la Chambre des députés

(1) Assises Aisne, 8 novembre 1889, reproduit par Leloir, t. II, p. 378.

(2) Assises Eure-et-Loir, 11 novembre 1890.

(3) G.-Réache, rapp. 13 juillet 1888, *Journal officiel*, Ch. députés, 1888, ann. n° 1081 ; Charmont, *op. cit.*, *Rev. crit.*, t. XX, p. 508 ; Leloir, t. I, n° 411 ; Huc, t. III, n° 208.

(4) Cass. 8 mars 1890, D. 90, 1, 233, S. 91, 1, 281. *Sic* Charmont, *op. et loc. cit.*, p. 506 ; Huc, t. III, n° 208 ; Bourcart, note, S. 91, 1, 281 ; Leloir, t. I, n° 411. — *Contra* Assises Drôme, 26 octobre 1889 (arrêt cassé) ; Assises Yonne, 11 novembre 1890. Nillus, *op. cit.*, n°s 62, 65. Cet auteur distingue les crimes *sur* la personne de l'enfant entraînant seuls la déchéance de plein droit et les crimes *contre* sa personne, v. g. l'enlèvement de mineur.

dans son premier texte de 1884, par la section de législation du Conseil d'Etat en 1888 et même, lors de la discussion du libellé définitif en 1889, par un amendement de M. Boreau-Lajanadie. Il n'a pas cru devoir se montrer aussi sévère pour des faits souvent peu graves en eux-mêmes, comme des délits forestiers ou de pêche, et s'est contenté de laisser aux tribunaux la faculté de frapper s'il vient à être démontré que l'excitation des enfants au mal est bien une habitude constante chez les parents (1). Seules donc les condamnations pour délits commis sur la personne des mineurs font perdre *ipso facto* la puissance paternelle. Peu importe du reste que la peine ait été réduite aux limites de la simple police, l'unique chose nécessaire c'est une double condamnation pour délits : une seule serait insuffisante, mais « la réitération des agissements coupables a paru fournir une preuve incontestable de l'oblitération du sens moral chez le père et d'un mépris de ses devoirs qui nécessitait l'adoption des déchéances les plus absolues (2) ». Deux condamnations successives suffisent et les conditions exigées, quant à la nature des faits reprochables et au temps dans lequel ils se produisent, par la loi du 26 mars 1891, modificatrice du Code pénal, n'auront pas besoin d'être remplies pour que la déchéance soit encourue. Il faut seulement qu'une première condamnation ait été prononcée et soit devenue définitive avant la perpétration du second délit, sinon ce dernier ne démontrerait pas l'inefficacité du premier avertissement donné par la Société, et que cette condamnation ait conservé son énergie primitive : a-t-elle été rétroactivement effacée par l'expiration d'un délai de 5 ans sans nouvelle peine d'emprisonnement portée contre le délinquant, elle est réputée non avenue

(1) Gerville-Réache, 2e rapport, 29 janvier 1885 ; Lallemand, *La question, etc.*, p. 117 ; Leloir, t. I, n° 418.

(2) Pradines, *Rapport* incorporé quant à ce dans le rapport général de la commission de la Chancellerie (*Bull. pris.*, 1881, p. 895). *Confer* Trib. Rouen, 14 janvier 1891, cité par Leloir, t. I, n° 415, note.

par la loi du 26 mars 1891 et l'on ne saurait en faire état (1);

4° Enfin, toute personne condamnée deux fois pour excitation habituelle à la débauche de mineurs autres que ceux visés par l'art. 334, § 2, du Code pénal. Facultative dès la première condamnation, la déchéance a été rendue obligatoire à la seconde sur la demande du Conseil supérieur de l'Assistance publique. La preuve est faite en effet chez les coupables d' « une telle dépravation de sens moral qu'on peut difficilement concevoir que les parents puissent diriger convenablement l'éducation de leurs enfants et pratiquer habituellement l'excitation de mineurs à la débauche ».

Une remarque commune à ces quatre causes de déchéance est qu'aux termes exprès de l'art. 1er, elles s'appliquent aux ascendants comme aux parents eux-mêmes. L'innovation va plus loin qu'elle ne le paraît au premier coup d'œil : si les ascendants peuvent perdre ainsi leurs droits à l'égard de leurs descendants, c'est donc que leurs attributs rentrent dans la notion de la puissance paternelle, ils sont ainsi pour la première fois associés en termes formels à une fonction jusqu'ici réservée aux seuls parents. Au contraire, les causes facultatives de déchéance que nous allons maintenant examiner s'appliquent exclusivement aux pères et mères.

II. — La déchéance est parfois en effet laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge, en cas de condamnations démontrant moins sûrement la perversité du coupable en tant que père, ou même, notons ce point, en dehors de toute condamnation.

Peuvent être ainsi déclarés déchus : 1° Les père et mère condamnés aux travaux forcés ou à la réclusion à raison d'un crime (2) autre que les crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat. La loi s'attache ici, non au titre de l'incrimination comme dans les hypothèses où la déchéance est encourue de

(1) Nous verrons plus loin les effets d'une condamnation conditionnelle, au point de vue qui nous occupe, pendant les 5 ans qui la suivent.

(2) Assises de l'Aisne, 4 nov. 1890 ; Trib. des Andelys, 8 juill. 1890, reproduits par Leloir, t. II, p. 379 et 404.

plein droit, mais à la nature de la peine encourue (1). Une telle solution, réclamée par le Conseil d'Etat malgré le disparate qu'elle jette dans l'ensemble du texte, s'explique par cette considération que la santé et la moralité de l'enfant sont mises alors en péril moins par le délit lui-même que par l'accomplissement de la peine, assimilable parfois quant à ses effets à un véritable et complet abandon ; il fallait pourvoir à la protection du mineur. Seulement un tel motif eut logiquement fait admettre une disposition générale à l'égard des enfants de tous les condamnés pendant la durée de la peine, tandis que, tout étant de droit étroit en matière pénale, seules les condamnations aux peines précitées peuvent entraîner la déchéance. Inapplicable en cas de condamnation à mort, fût-elle commuée par le chef de l'Etat en une peine de travaux forcés (2), la privation de la puissance paternelle, attachée à la peine de la réclusion, subsisterait malgré la grâce du coupable ou une commutation de peine, car ces faits ne relèvent pas *ipso facto* le condamné des incapacités accessoires.

2° Les condamnés deux fois pour des faits de nature à causer aux enfants un préjudice direct, comme la séquestration, la suppression, l'exposition, l'abandon, ou indirect, comme le vagabondage. Cette énumération a été successivement allégée par le Conseil d'Etat de tous les faits contraires à la probité, et par le Conseil de l'assistance publique de l'adultère et de l'outrage public à la pudeur : dans ces divers cas il n'y avait pas faute du père contre l'enfant. Peu s'en est fallu que le même raisonnement fît écarter également le vagabondage et tel était le sentiment de la commission de la Chambre des députés en 1885 ; si le vagabondage a été cependant maintenu, c'est qu'on a voulu y voir, quand du

(1) Il en résulte que presque toujours la réserve faite pour les crimes prévus aux art. 86 à 101 sera inutile, ces crimes entraînant des peines politiques. Il en serait autrement toutefois au cas de récidive prévu par l'art. 56, § 6, C. pén.

(2) Leloir, t. I, n° 483. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, p. 342, note 1re.

moins il est habituel, un véritable délit indirect à l'égard des enfants dont il fait présumer l'abandon (1). Le but poursuivi par le législateur est ainsi bien dégagé et il semblerait logique d'en conclure que l'art. 2, § 2, envisageant uniquement les rapports du père avec ses fils, prévoit et réprime les délits correspondant aux crimes de l'art. 1er, § 2 (2). Mais alors pourquoi avoir employé ici le mot *faits* au lieu de l'expression technique *délits* ? De plus, avec cette interprétation, l'art. 2, § 2, fait double emploi, sauf en ce qui touche le vagabondage, avec le paragraphe 3 de l'article 1er relatif au condamné pour délits répétés sur la personne de son enfant et il y a par suite une contradiction dans la loi, l'article 1er rendant en cette hypothèse la déchéance obligatoire alors que l'article 2 la déclare seulement facultative. Il n'est qu'un moyen d'éviter ces reproches au législateur et de donner à l'article 2 une sérieuse portée, c'est de soutenir qu'il n'exige aucun lien de parenté entre l'auteur des faits préjudiciables à l'enfance et sa victime (3). La contradiction n'existe plus alors et le mot *faits* a sa raison d'être, puisqu'un double crime, de suppression par exemple, n'entraînerait qu'une déchéance facultative, comme un double délit, s'il était commis au préjudice d'enfants autres que ceux du condamné. L'explication est ingénieuse, mais elle présuppose une confusion singulière dans l'esprit du législateur et une antinomie entre son œuvre et les intentions par lui exprimées.

Maintenant, est-il indispensable que les faits incriminés successivement soient de même nature, conformément aux principes de la loi du 26 mars 1891 ? Suffit-il au contraire

(1) Voir, sur ce point, Trib. Pithiviers, 12 fév. 1890, et Trib. Neufchâtel, 4 oct. 1890, dans Leloir, t. II, p. 386 et 423. On en conclut que seuls devront être ainsi frappés les vagabonds invétérés et de profession (Leloir, t. I, n° 425) ; la loi ne s'en explique pas toutefois.

(2) Cass. 8 mars 1890, D. 90, 1, 233, S. 91, 1, 281, motifs. *Sic* concl. de M. l'avocat général sous cet arrêt ; Brueyre, *La loi, etc.*, p. 23 ; Charmont, *Rev. crit.*, t. XX, p. 507 ; Huc, t. III, n° 208.

(3) Nillus, *op. cit.*, nos 71, 76 et suiv. ; Leloir, t. I, n° 426 ; de Loynes, note, D. 90, 1, 233.

qu'il y ait eu deux condamnations prononcées pour l'un ou l'autre des faits énumérés, une fois par exemple pour abandon d'enfants et une autre fois pour vagabondage (1) ? La loi est absolument muette. M. Leloir (2) distingue d'une part les incriminations ayant le caractère de délits ou de crimes directs contre l'enfance, seules envisagées, à l'exclusion du vagabondage, par la commission de la Chambre des députés en 1885 et toutes mises par elle sur le même pied au point de vue de la réitération (3), d'autre part le vagabondage, délit absolument indépendant : la récidive spéciale de l'article 2 se produirait dans chaque groupe, mais non de l'un à l'autre. L'idée est heureuse et séduisante, mais il faut avouer qu'elle ne trouve aucun fondement dans le texte ; aussi serions-nous portés à croire que toutes les infractions de l'article 2 peuvent, par leur combinaison, entraîner la déchéance, du moment surtout qu'elle est facultative, si tel est l'intérêt de l'enfant (4).

3° Les père et mère condamnés pour avoir, soit par eux-mêmes, soit par des tiers auxquels ils les ont confiés, employé des enfants à la mendicité, ou à des exercices périlleux de force ou de dislocation (L. 7 déc. 1874, art. 1-3), et ceux ayant subi en moins de trois années quatre condamnations pour ivresse (L. 23 janv. 1873, art. 2, § 2). Encore ici le texte laisse place à la controverse, relativement du moins au renvoi fait à la loi de 1874. Le but poursuivi en 1889 a été certainement de rendre cette loi facilement applicable en précisant la portée de la déchéance qu'elle prononçait déjà et en organisant pour ce cas la dévolution de la puissance paternelle ; on attribuait ainsi aux préfets et aux maires un moyen puissant de purifier les villes des légions de petits mendiants qui y pullulent et l'on rendait en même temps un

(1) *Sic* Nillus, *op. cit.*, n° 76.
(2) T. I, n° 427.
(3) Gerville-Réache, rapport de 1885, chap. XIV.
(4) G. Guény, *De la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés*, p. 54.

grand service à l'enfance dégradée (1). Nombreuses ont été immédiatement les applications de l'article 2, § 3, après condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la mendicité (2).

Mais la loi de 1889 a-t-elle été plus loin et constitue-t-elle une extension de celle de 1874 ? Oui, a-t-on dit, en ce sens que désormais toute personne condamnée en vertu de ce dernier texte encourra la déchéance, n'eût-elle aucun lien de parenté avec l'enfant victime du délit (3). N'est-ce pas oublier que nous sommes en matière pénale où l'interprétation stricte est de rigueur ? S'il est possible de soutenir que les §§ 2 et 4 de notre article 2 ne présupposent pas nécessairement un rapport de père à fils entre le condamné et sa victime, il en est autrement ici, croyons-nous. Non que nous donnions aux mots « les père et mère » placés en tête de notre paragraphe une portée exceptionnellement restrictive ; mais nous ferons remarquer que la loi du 7 décembre 1874 ne prononçait la déchéance contre les père et mère qu'en cas de délit commis contre un de leurs propres enfants, or, la loi de 1889 ne manifeste nullement l'intention d'innover sur ce point : son texte est muet et les travaux préparatoires nous montrent le législateur uniquement préoccupé de réprimer les infractions des parents contre leur descendance? A supposer d'ailleurs une personne ayant des enfants condamnée pour employer à la mendicité des mineurs étrangers à sa famille, n'en doit-on pas conclure précisément qu'elle a conscience encore de ses devoirs de père puisqu'elle n'engage pas les siens dans une voie aussi funeste? Il est en définitive plus prudent de considérer la loi de 1889 comme ayant seulement voulu rappeler celle de 1874 (4). Nous admettrions

(1) Brueyre, *La loi, etc.*, p. 25. Il se plaint de l'inaction de l'administration à ce point de vue.

(2) Trib. Pithiviers, 6 mars 1890; Le Havre, 24 mars, Evreux, 8 mai, Les Andelys, 22 mai, Bernay, 10 oct., Senlis, 8 déc., Evreux, 11 déc. 1890; Les Andelys, 28 avril 1891 (Leloir, t. II, p. 387, 388, 393, 394, 424, 431, 432, 447).

(3) Leloir, t. I, nos 429, 430.

(4) *Confer*, dans la loi du 24 juill. 1889, l'art. 1er, § 1er, qui, voulant étendre

toutefois, à cause des effets absolus et généraux attachés désormais aux sentences de déchéance, que la pénalité, encourue seulement par qui livre à la mendicité son fils mineur de seize ans, s'applique ensuite dans ses rapports avec tous ses enfants, eussent-ils dépassé cet âge (1).

Des condamnations réitérées pour ivresse sont également sanctionnées par une privation de l'autorité paternelle facultative pour les juges. Cependant, « dans la vie réelle et notamment dans certaines parties de la France où l'ivrognerie est un vice général, l'ivrogne peut être un excellent père et ses enfants peuvent être fort heureux avec lui (2) » ; aussi le Conseil supérieur de l'Assistance publique hésitait-il à proposer une règle aussi rigoureuse. Les tribunaux feront donc bien de ne frapper ici qu'avec une grande réserve, la loi toutefois ne leur en fait pas une stricte obligation.

4° Les père et mère condamnés une première fois pour excitation de mineurs à la débauche. C'est le complément de l'art. 1er, § 4. Obligatoire en cas de réitération, la déchéance sera valablement prononcée dès la première fois et, sans conteste possible, alors même que l'enfant corrompu n'est pas celui du condamné, mais elle ne le sera pas alors forcément. Certaines personnes vivent du proxénétisme qui veillent en même temps avec grand soin sur les mœurs de leurs enfants ; pour celles-là, la première condamnation sera seulement un avertissement, une sorte de mise en demeure d'avoir à renoncer à leur profession. Les juges apprécieront les circonstances avant de statuer.

Jusqu'ici, facultative ou obligatoire, la déchéance est toujours résultée d'une condamnation au moins prononcée contre les parents. Désormais nous allons la voir admise indépendamment d'un tel préalable.

---

le champ d'application de la déchéance prononcée par le Code pénal, a bien soin de renvoyer à l'art. 334, § 2, C. pén. et non à l'art. 335, pour préciser par là-même son intention.

(1) *Sic* Leloir, t. I, n° 430.

(2) Brueyre, *La loi du 24 juillet 1889, etc.*, p. 24.

5° Il en est ainsi pour les père et mère dont les enfants ont été placés en éducation correctionnelle, par application de l'art. 66 C. pén. (1). Chose curieuse, la nécessité de protéger les jeunes détenus contre leurs familles, après avoir fait en 1874 l'objet du projet Voisin et des premières discussions à la Société des prisons, semblait avoir été perdue de vue à partir de 1881 ; c'est seulement en 1888 que le Conseil d'Etat a repris la question. Voici comment elle est résolue. Un mineur de seize ans est acquitté, mais non remis à ses parents, c'est peut-être que la faiblesse ou l'indignité de ceux-ci paraît aux yeux des juges la vraie cause des écarts de conduite du jeune criminel : en conséquence il est logique de permettre au tribunal de leur enlever une puissance dont ils font si mauvais usage (2). La loi en a décidé ainsi : l'enfant, libérable au plus tard à vingt ans, ne retombera plus nécessairement avant sa majorité sous la direction de ses parents, mais passera sous la tutelle de l'Assistance publique (3). Y a-t-il lieu du reste de prononcer la déchéance, pour inconduite, contre les parents à l'égard même des frères et sœurs du jeune détenu, le fait qu'un de leurs enfants a été déjà envoyé en correction ne manquera pas d'être invoqué dans les motifs de la sentence pour en justifier la sévérité (4).

6° La déchéance est encore facultative, en dehors de toute condamnation, contre les parents qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de

(1) On ne comprend guère pourquoi la même règle n'a pas été *a fortiori* appliquée au cas de condamnation par application de l'art. 67 C. pén. Brueyre, *La loi de 1889, etc.*, p. 23.

(2) La déchéance en pareil cas devait forcément être facultative : l'envoi en correction peut être motivé par des causes toutes personnelles à l'enfant et n'impliquer aucune faute des parents. Elle ne saurait surtout être prononcée à l'égard des autres enfants.

(3) M. Brueyre, *La loi du 24 juillet 1889, etc.*, p. 55, forme le vœu qu'au cours de l'internement des enfants, l'administration pénitentiaire fasse une enquête sur la situation et la moralité de leurs familles, pour être à même, au jour de la libération du jeune détenu, de faire demander par le procureur de la République la déchéance des parents.

(4) Brueyre, *op. cit.*, p. 25. Voir par exemple le rapport de l'inspecteur de l'Aisne en 1891, citant deux jugements des 6 sept. et 26 déc. 1890.

mauvais traitements (1), compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. Rédaction bien large et dans laquelle peuvent rentrer tous les autres cas précédemment énumérés; aussi est-elle très souvent invoquée, comme une sorte de *causa generalis* (2). Des faits insuffisamment caractérisés pour baser une condamnation préliminaire de la déchéance seront invoqués comme constitutifs de l'inconduite notoire et scandaleuse des parents (3). De même on recourt au § 6 de l'art. 2 quand, dans l'hypothèse de l'art. 2, § 1, la peine prononcée n'est pas celle des travaux forcés ou de la réclusion, ou encore quand une condamnation est intervenue par contumace et ne peut dès lors produire ses effets immédiatement. Aucune règle spéciale n'est posée pour la preuve des faits générateurs de l'action qui, résultant souvent de sentences de condamnations (4), sera également fournie par tout autre procédé, témoignages ou enquêtes; aucune ne l'est davantage pour préciser par exemple quand les mauvais traitements justifieront le prononcé de la déchéance (5). En somme, c'est faire, ou peu s'en faut, l'application à la puissance paternelle des causes de destitution de la tutelle (6)

(1) *Sic*, en cas de mauvais traitements, le Code autrichien.

(2) En 1891, sur 166 jugements de déchéance, 87 sont rendus en vertu de l'art. 2, § 6.

(3) Trib. Langres, 7 mai 1890, la *Loi* 10 sept.; Trib. Dieppe, 17 avril et Beauvais, 2 août 1890, dans Leloir, t. II, p. 390 et 412; Riom, 9 mai 1893, D. 94, 2, 144; Aix, 8 mars 1897, D. 97, 2, 157.

(4) Pour voies de fait et violences: Trib. Dôle, 24 août 1889, la *Loi* 15 nov. 89; Trib. Seine, 25 juin 1890, Bernay, 13 août 1890, Rouen, 14 janv. 1891, dans Leloir, t. II, p. 396, 397, 418, 434; pour adultère: Trib. Les Andelys, 8 juillet 1890 et 20 janv. 1891, dans Leloir, p. 404 et 435; pour ivresse publique: Trib. Dôle, 24 août 1889 précité, Trib. Pont-Audemer, 1er avril 1890, dans Leloir, t. II, p. 389. Jugements de divorce: Trib. Versailles, 12 mars 1891, la *Loi* 28 mars 1891.

(5) Voir, sur ce point, Grenoble, 13 juillet 1892, D. 93, 2, 267; Riom, 9 mai 1893, D. 94, 2, 144. L'appréciation des juges est souveraine (de Loynes, note, D. 90, 2, 25. — *Contra* Vingtain, *Des restrictions et déchéances de la puissance paternelle*, p. 148, qui ne voit des mauvais traitements que dans les voies de fait punies par l'art. 311 C. pénal).

(6) Circ. min. 21 sept. 1889. Charmont, *Rev. crit.*, t. XX, p. 509; Huc, t. III, n° 209.

(C. civ., art. 444) ; c'est ouvrir à l'appréciation, certains diraient à l'arbitraire, du juge un champ presque sans limites. On conçoit donc les scrupules manifestés soit au Sénat, soit au Conseil d'Etat, en présence d'expressions aussi vagues et élastiques qu'inconduite notoire et ivrognerie habituelle et le désir légitime de limiter la liberté du juge qui a fait exiger que l'inconduite fût non seulement notoire, mais encore scandaleuse (1). On comprend surtout les recommandations de circonspection, prudence et discrétion, adressées aux parquets par le ministre pour l'application de l'art. 2, § 6, alors du moins qu'aucune condamnation antérieure n'appuie la demande en déchéance (2).

Ces conseils seront-ils entendus ? Il faut l'espérer. Tout le monde en effet reconnaît que la déchéance de la puissance paternelle est chose plus grave que la destitution d'une tutelle ; le père destitué comme tuteur n'est pas *ipso facto* déchu (3), il conservera notamment comme autrefois le droit de jouissance légale (4). Bon nombre de tribunaux ont déjà fait preuve d'une sage modération dans l'exercice de leurs grands pouvoirs : la déchéance, dit l'un d'eux (5), « suppose de la part de celui qui l'a encourue, non point seulement un système d'éducation plus ou moins vicieux... ou même l'exercice du droit de correction au-delà de certaines limites confiées à l'appréciation discrétionnaire des magistrats, mais une véritable indignité poussée, dans ses manifestations brutales, lorsqu'il s'agit de mauvais traitements, jusqu'à compromettre la santé des enfants... aller au-delà serait substituer l'arbitraire aux dispositions précises du législa-

(1) « L'inconduite notoire et scandaleuse est celle qui, sans tomber sous le coup d'une disposition pénale, est contraire aux bonnes mœurs et de nature à compromettre la moralité des enfants. » (Rapport de 1889 à la Chambre des députés.)

(2) Circ. min. 21 septembre 1889.

(3) Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73. *Sic* Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 509, note 1 ; Huc, t. III, n° 209.

(4) Lyon, 4 juin 1878, S. 79, 2, 3.

(5) Trib. Toulouse, 3 juillet 1890, S. 91, 2, 19.

teur ». Les mêmes scrupules inspirent le tribunal et le parquet de la Seine que certains esprits accusent même, à ce point de vue, d'inertie regrettable (1). Nous croyons pour notre part, avec le ministre, que seule une application très prudente peut assurer le succès de la législation nouvelle et nous redouterions fort des excès de zèle que le vague du texte autorise. N'a-t-on pas fondé une déclaration de déchéance sur ce que la mère, avant de se remarier, avait vécu pendant 4 ans en concubinage avec celui qui est devenu son mari, alors même que cette liaison irrégulière, loin de causer aucun scandale, était considérée par tous comme une union légitime (2), sur la simple disparition d'un des parents du domicile conjugal en dehors même de tous mauvais traitements ou d'inconduite (3), sur le défaut d'énergie d'un père et son inintelligence à faire cesser les écarts de conduite de sa femme (4) ? Un jugement a même, sans invoquer aucun motif, proclamé déchu un mari qui, après obtention du divorce contre sa femme pour cause d'adultère, agissait en désaveu contre l'enfant (5). De telles exagérations sont à craindre, car la loi y prête dans une large mesure.

III. — Avant de quitter l'examen des causes de déchéance obligatoire ou facultative, posons quelques règles générales

(1) Rapport de M. Peyron, directeur de l'Assistance publique, en 1891, p. 24 et 39 ; Charmont, *op. cit.*, p. 509, note 2. Sur 18 cas, signalés au parquet de la Seine par l'Assistance publique, d'inconduite notoire ou de mauvais traitements, il n'y a eu que 8 jugements prononcés, dont 2 maintiennent les parents dans leurs droits : dans un de ces cas cependant le père ne s'opposait pas à la déchéance et, dans l'autre, la mère avait subi de nombreuses condamnations pour mendicité, son inconduite était du reste notoire.

(2) Trib. Pontoise, 17 mai 1893, D. 94, 2, 101, réformé par Paris, 8 août 1893, *ibid.*

(3) Rapport précité de l'inspecteur de l'Aisne, p. 23, indiquant un jugement du 5 fév. 1890. *Sic*, si l'abandon du domicile conjugal est le résultat de l'inconduite ou équivaut à de mauvais traitements, Trib. Orléans, 12 août 1890, la *Loi*, 21 novembre 90, Trib. Dôle, 24 août 1889 (Leloir, t. II, p. 379), et Saint-Quentin, 24 avril 1871 (*Rapport de l'inspecteur de l'Aisne*, p. 40).

(4) Trib. Pont-Audemer, 5 nov. 1890, dans Leloir, t. II, p. 426. — *Contra* Trib. Seine, 13 juin 1891 (Leloir, t. II, p. 453).

(5) Trib. Les Andelys, 5 août 1890, dans Leloir, t. II, p. 412.

d'une importance capitale au sujet des condamnations requises le plus souvent pour qu'elle puisse être prononcée.

1° On ne doit évidemment tenir compte que des sentences ayant acquis force de chose jugée et insusceptibles de tout recours. Un arrêt rendu par contumace ou des jugements par défaut non signifiés à la personne du condamné ne sauraient constituer un motif unique et péremptoire tant que la prescription de la peine n'est pas accomplie ; tout au plus en pourra-t-on faire état, comme indices d'une inconduite notoire et scandaleuse, pour agir en vertu de l'art. 2, § 6. De plus, depuis la loi du 26 mars 1891, il est interdit de faire entrer en ligne de compte une sentence qui, après sursis pour l'exécution de la peine, a été rétroactivement anéantie par l'expiration d'un délai de cinq ans sans nouvelle condamnation à l'emprisonnement correctionnel.

2° Mais quelle va être, au point de vue de la déchéance de la puissance paternelle, l'influence d'une condamnation avec sursis à l'emprisonnement pendant le délai d'épreuve de cinq ans, alors qu'elle est simplement conditionnelle ? La question est moins de droit que de fait dans les divers cas de déchéance facultative : le juge en général fera abstraction d'une telle sentence, il semblerait exorbitant d'enlever à un condamné jugé digne d'intérêt des attributs qui, hier encore, paraissaient indissolublement liés à sa qualité de père. La difficulté est grande au contraire dans les hypothèses de déchéance obligatoire, spécialement quand deux condamnations se succèdent contre le même individu, pour délits commis sur la personne d'un de ses enfants, à moins de cinq années d'intervalle sans que la seconde, faute d'entraîner la peine de l'emprisonnement, interrompe le sursis prescrit pour la première : celle-ci demeurant conditionnelle, la déchéance résultera-t-elle néanmoins forcément de l'autre ? Si l'on s'en tient à l'article 2 de la loi de 1891 qui exclut de la suspension « les peines accessoires et les incapacités résultant de la condamnation », il faut répondre affirmativement, car, dût-elle disparaître plus tard rétroactivement, la première

condamnation existe pour le moment (1). La solution est juridique mais il est éminemment regrettable que la question n'ait même pas été entrevue par le législateur de 1891. Si en effet, après cinq années écoulées sans nouvelle condamnation à l'emprisonnement, la première sentence est réputée non avenue, c'est de ce jour seulement que l'art. 2 fait cesser les peines accessoires et les incapacités primitivement encourues, la déchéance de la puissance paternelle ne peut plus être maintenue, mais elle a réellement existé dans l'intervalle. Que d'inconvénients pourtant pour l'enfant à cette instabilité de situation ! Mieux eut valu, ce nous semble, défendre de fonder la déchéance sur une condamnation simplement conditionnelle.

b. — *Comment la déchéance est-elle encourue?*

Les causes de déchéance obligatoire opèrent de plein droit, telle est la formule légale. Faut-il l'entendre strictement ou n'excède-t-elle pas au contraire les intentions du législateur? Elle signifie tout au moins, on doit le reconnaître si attaché que l'on soit en principe au système de la déchéance toujours facultative (2), que, dans les hypothèses prévues par l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1889, le juge, lié par le texte, ne peut s'abstenir de frapper dès qu'il est saisi de la question par le ministère public ou par un particulier. Mais est-ce à dire en outre que la déchéance est encourue indépendamment de toute déclaration par les magistrats, par le seul fait du prononcé des condamnations pénales visées au texte ?

On l'a soutenu avec grande force (3), car le texte de l'art. 1er et les travaux préparatoires sont en ce sens ; dans le rapport de

(1) *Sic* Locard, *La loi du 26 mars 1891*, n° 77 ; Nillus, *op. cit.*, p. 332, note 2 ; Leloir, t. I, nos 409, 417.

(2) De Gavardie, Disc. au Sénat, séances des 26 mai et 7 juillet 1883.

(3) Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet 1889*, p. 64 ; Nillus, *op. cit.*, n° 56 ; Leloir, t. I, n° 407 ; Huc, t. III, nos 207, 210. La jurisprudence du tribunal de la Seine est en ce sens.

la Chancellerie (1) notamment, il est plusieurs fois question de déchéance *de plano* ou de plein droit. Néanmoins nous n'irons pas jusque-là, dès lors que le texte est susceptible d'une interprétation différente ; pour nous, si la pénalité s'impose parfois au tribunal, elle n'existe jamais du moins qu'après avoir été prononcée par lui, elle ne serait pas encourue en cas d'omission de sa part (2). Nous invoquerons en notre faveur le texte de l'art. 9, § 2, d'après lequel les tribunaux répressifs, lors du prononcé des condamnations prévues tant à l'art. 1er qu'à l'art. 2, « *pourront* » statuer sur la déchéance : elle a donc besoin d'être prononcée par eux ou par les tribunaux civils ultérieurement. Surtout les principes généraux du droit et des considérations morales fort graves nous paraissent dicter notre solution. C'est une règle fondamentale de notre législation que toute modification dans l'état des personnes doit être opérée par une décision judiciaire formelle et qu'une incapacité, conséquence d'une condamnation pénale, doit, sauf disposition contraire dans la loi, être publiquement déclarée. Nous refuserions donc à l'administration comme aux particuliers le droit de s'emparer du fils d'un condamné à l'une des peines visées par l'art. 1er de la loi de 1889 sans avoir au préalable obtenu contre ce dernier une sentence de déchéance ; et, jusqu'à ladite sentence, tous les actes de puissance émanés du père nous paraîtraient valables et réguliers. N'est-il pas possible d'ailleurs, tant le cœur humain est susceptible de sentiments contradictoires, que le père, même justement frappé, conserve son affection pour ses enfants et la notion de ses devoirs envers eux ; il serait

(1) « La présomption d'indignité qui s'attachera à certaines condamnations sera tellement évidente qu'elles emporteront de droit la déchéance. »

(2) *Sic* Rapport Peyron, 1891, p. 7; Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 511, note 1 ; Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. jud.*, 1892, t. xvi, 1re part., p. 173 ; Bourcart, *Mémoire au congrès des sociétés savantes de 1891*, p. 14, et *au congrès international d'Anvers:* « Ces condamnations pénales, si graves qu'elles soient, si incompatibles qu'elles paraissent être avec les devoirs du père ou de la mère, ne sont pas toujours absolument péremptoires. » Bon nombre de décisions judiciaires ont adopté cette opinion.

dès lors avantageux de laisser à la famille et au ministère public un certain pouvoir d'appréciation.

Dans tous les cas donc nous ne croyons la déchéance effective qu'après son prononcé par la justice, par le tribunal de répression en même temps qu'il prononce la peine, ou par le tribunal civil du domicile du père ou de la mère en chambre du conseil. Tout naturellement cette seconde juridiction est seule compétente quand la déchéance est provoquée en dehors de toute condamnation. La demande en est valablement faite soit par un ou plusieurs parents du mineur jusqu'au 4e degré inclusivement (1), soit par le ministère public, mais non par l'administration (2) (art. 3).

L'instance au civil débute par un mémoire au président du tribunal énonçant, avec pièces justificatives à l'appui, les faits invoqués ; le mémoire est notifié aux défendeurs à l'action (3). Après enquête sommaire du procureur sur la situation de famille du mineur et la moralité des parents et nomination d'un juge rapporteur, le tribunal interroge le défendeur, consulte obligatoirement le juge de paix du canton et facultativement le conseil de famille (4), les pa-

(1) La mère a le droit d'agir en déchéance contre le père ; mais, sauf au cas de divorce où le mariage est dissous, il lui faut l'autorisation du mari ou de la justice. Sur toute cette procédure, voir M. Leloir, *op. cit.*, t. II, nos 775-843. L'action en déchéance ne peut jamais être intentée par les alliés du mineur ou par son subrogé tuteur (Paris, 2 février 1897, D. 97, 2, 168).

(2) L'Assistance publique l'a reconnu à Paris (*Rapport* Peyron, 1891, p. 11) ; mais, en province, les représentants de l'assistance ont présenté parfois de vraies demandes en déchéance (Trib. Les Andelys, 31 déc. 1889, 9 juil. 1890, 27 mai 1891 ; Louviers, 30 janv., 21 et 27 mars 1891, *Rapport* de l'inspecteur de l'Eure, 2e partie, nos 1, 2, 4, 6, 7, 9).

(3) La signification du mémoire, au contraire de ce qui a lieu dans la procédure d'interdiction, doit avoir lieu avant toute délibération du tribunal, à peine de nullité (Angers, 18 mars 1891, S. 91, 2, 140). C'est qu'en effet ici le tribunal doit, dès le début, prendre une décision intéressant le fond, il faut donc que le défendeur soit mis immédiatement en cause,

(4) M. Leloir, t. II, nos 795 et suivants, estime qu'un 1er jugement est toujours nécessaire, soit pour prescrire, soit pour déclarer inutile la convocation du conseil de famille. (*Contra* Nillus, no 103.) Le conseil de famille à réunir, d'après lui, est celui de l'enfant mineur et non celui du

rents ou autres personnes pouvant fournir des renseignements (1), puis il statue, le ministère public entendu. Par analogie avec la règle de l'art. 267 C. civ. en matière de divorce, telle mesure que de droit peut être prise pendant l'instance pour la garde et l'éducation des enfants (2). La voie de l'intervention est toujours ouverte aux tiers prétendant à la tutelle officieuse. Tous les jugements, tant définitifs que provisoires et interlocutoires, rendus au cours du procès (3), sont prononcés en audience publique et peuvent être déclarés exécutoires nonobstant opposition ou appel (4). Les délais pour exercer ces recours sont, du reste, abrégés (art. 6 et 7) et courent même contre le parent déchu ignorant du jugement qui le frappe : il y a, dit l'exposé des motifs de 1888 (5), « un intérêt majeur à fixer en tous cas, dans le délai maximum d'une année, la condition respective du mineur et de l'administration, de l'association ou du particulier qui l'aura recueilli » ; presque toujours aussi le père, en cette occurrence, aura à se reprocher l'abandon effectif de l'enfant. Quant aux voies de recours extraor-

parent dont on poursuit la déchéance (*Ibid.*, t. II, n° 799) ; il n'a pas à entendre ledit parent comme en matière de destitution de tutelle (Nillus, n° 107 ; Leloir, t. II, n° 800). — La personne ayant provoqué la déchéance peut-elle faire partie du conseil ? Pour l'affirmative, par analogie de l'art. 495 C. civ., Leloir, n° 801. — *Contra* Nillus, n° 107.

(1) Un jugement de Périgueux du 4 mars 1892 (*Loi* 22 mars), au cas de déchéance poursuivie contre la mère, range le père parmi les parents devant être appelés. Ces parents peuvent présenter leurs observations verbalement ou par écrit, mais ils ne peuvent se faire représenter par un mandataire ou assister par un conseil (Trib. Nogent-le-Rotrou, 23 mai 1890 et 25 septembre 1891, Leloir, t. II, p. 394, 456).

(2) Disposition très utile pour assurer la protection de l'enfant pendant l'instance et empêcher que les parents déchus disparaissent avec l'enfant.

(3) Angers, 18 mars 1891, S. 91, 2, 140, D. 92, 2, 57. *Sic* Leloir, t. II, n° 797 ; Huc, t. III, n° 210. — *Contra* Planiol, note, D. 92, 2, 57.

(4) Pour les formes de ces voies de recours, il faut suivre les règles ordinaires du Code de procédure civile ; notamment l'appel doit être formé, non au moyen d'une déclaration au greffe comme en matière pénale, mais suivant les règles de l'art. 456 C. pr. civ. (Bourges, 6 mai 1891, S. 91, 2 141). Le délai court du jour du prononcé du jugement s'il est contradictoire, sinon du jour où l'opposition n'est plus recevable.

(5) Ann., Ch. députés, 1888, *Journ. off.*, p. 708, n° 3389.

dinaires, on suit les règles du droit commun. Le pourvoi en cassation s'opère comme en matière civile, non que la déchéance de la puissance paternelle ne constitue pas une peine, mais c'est un principe dès longtemps admis par la Cour suprême que la juridiction supérieure est déterminée par la nature de la juridiction de premier ressort (1).

Telles sont les règles principales de la procédure quand l'instance a lieu d'une façon séparée devant les tribunaux civils (2). Mais les tribunaux de répression ont la faculté (3) de prononcer, à la requête du ministère public ou même, pensons-nous, d'office (4), cette *capitis deminutio* en même temps que la condamnation qui la motive. Dût-on admettre la théorie absolue de la déchéance de plein droit dans les cas prévus à l'article 1er de la loi, il y aurait utilité encore de la part du tribunal à prendre une décision expresse afin de régler la situation nouvelle. Si, d'ailleurs, les juges de répression sont libres de ne pas statuer sur la question, même quand il s'agit de déchéance obligatoire, ils peuvent, en revanche, déterminer sous quelle puissance passeront les enfants d'un père déclaré déchu, l'article 9, § 3, le déclare péremptoirement en cas de déchéance facultative et la même solution doit être admise dans les hypothèses de déchéance obligatoire. Ce dernier point a fait doute, l'article 9 présentant dans sa rédaction quelques vestiges d'un système contraire temporairement adopté dans les travaux préparatoires; mais le § 2 de ce texte qui, introduit après coup, reflète la doctrine définitive du législateur, nous paraît décisif : on a voulu, pour éviter des lenteurs et des frais, permettre au tribunal

(1) Charmont, *Rev. crit.*, 1891, p. 513 ; Leloir, t. II, n° 826. — *Contra* Huc, t. III, n° 211. Circ. min. 21 septembre 1889 : « Vos substituts devront se souvenir que c'est à une œuvre de protection et non de répression qu'ils sont associés... »

(2) Le ministère des avoués est-il obligatoire ? Question controversée. Dans le sens de l'affirmative : Cass. 23 fév. 1891, Bourges, 6 mai 1891, Leloir, t. II, nos 786-792. — *Contra* Nillus, p. 73.

(3) La Commission de la Chancellerie était contraire à cette idée (*Bull. pris.*, 1881, p. 897).

(4) *Contra* Leloir, t. II, n° 847.

répresssif « de décider immédiatement si la mère exercera la puissance paternelle ou si la tutelle sera conférée à une autre personne (1) ». Ledit tribunal n'a-t-il pas abordé cette question subsidiaire tout en prononçant la déchéance, il appartiendra aux juges civils d'organiser la tutelle (2). Ces diverses décisions, tant principales qu'accessoires, ne peuvent être prises, dans une instance pénale, que par le seul tribunal compétent pour prononcer la condamnation et au moment même où il la formule (3); les deux parties de sa sentence acquéreront en même temps un caractère définitif.

c. — *Portée et effets de la déchéance.*

Nous rencontrons ici deux questions vraiment inséparables : quels sont les droits perdus et qui peut être ainsi frappé ? La simple lecture de l'article 1er montre que, sous la dénomination de puissance paternelle, le législateur de 1889, élargissant la notion précédemment reçue, comprend « l'ensemble des droits accordés soit au père, soit à la mère, soit aux autres ascendants..., sur la personne et sur les biens de leurs enfants majeurs ou mineurs (4) ». Cette conception nouvelle augmente singulièrement la portée de la loi.

---

(1) Didier, *op. cit.*, p. 64, et *Droit*, 31 décembre 1890; Rapports au Comité de défense de MM. Flandin, p. 45, et Brueyre, p. 32, 54; Nillus, nos 97, 120; Leloir, *op. cit.*, nos 764 et suivants; Gaston Guény, p. 80. Voir la jurisprudence conforme en province dans le rapport de l'inspecteur de l'Eure en 1891, nos 5, 12, 21, 28; Trib. Pithiviers, 12 fév. 1890 (Leloir, t. II, p. 386); Assises Aisne, 4 novembre 1890, et Nièvre, 12 mai 1891 (*ibid.*, p. 379). La jurisprudence est contraire dans le département de la Seine (communication de M. Flandin, le 18 mars 1891, à la Société des prisons, *Bull. pris.*, 91, p. 345). *Sic* Leloir, *Les enfants martyrs*, *Fr. judiciaire*, 1892, t. XVI, 1re part., p. 156.

(2) Trib. Laon, 23 juin 1890, et Nogent-le-Rotrou, 25 septembre 1891 (Leloir, t. II, p. 395, 456). En ce cas il est inutile de mettre en cause le parent déjà déchu (Trib. Nogent-le-Rotrou, 25 septembre 1891. — *Contra* Trib. Seine, 30 juill. 1890, Leloir, t. II, p. 412), non plus que l'autre époux ou les ascendants qui seront toujours mis en demeure de présenter leurs observations au tribunal (Leloir, t. II, n° 831. — *Contra* Tribunaux Laon, 23 juin 1890, et Seine, 30 juill. 1890, précités).

(3) Leloir, t. II, nos 849, 850.

(4) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 958.

1° Outre l'incapacité générale d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille quelconque (1) (art. 8), le déchu encourt, à l'égard de ses enfants, la perte de tous les droits sans exception, dont il avait l'exercice, pendant leur minorité et même plus tard. Lui sont donc enlevés : les droits de garde, d'éducation, de correction, de jouissance et d'administration légales (C. civ., art. 141, 372-387, 389), d'émancipation (art. 477), la faculté de donner son consentement à leur mariage (art. 148, 150, 151) et à leur adoption (art. 346), de consentir à la constitution quant à eux d'une tutelle officieuse (art. 361) ou à leur entrée au service militaire (L. 15 juill. 89, art. 59), le droit de participer à un contrat d'apprentissage les concernant (L. 22 fév. 1851, art. 3). Il ne peut plus être tuteur légal ni, si c'est le père, désigner un conseil pour assister la veuve dans sa gestion ou un tuteur testamentaire s'il survit (C. civ., art. 390, 391, 397). L'enfant mineur n'est plus domicilié chez son père déchu et les donations à lui faites ne seront pas valablement acceptées par ses parents ou ascendants frappés (art. 108, 935). La liste est déjà longue, cependant elle n'est qu'énonciative ; le principe essentiel c'est la perte de la puissance paternelle et de tous les droits qui s'y rattachent : il n'est plus permis aux parents coupables d'autoriser leurs enfants à entrer dans les ordres sacrés ou dans une congrégation religieuse, à faire le commerce ; ils deviennent incapables de faire des déclarations de nationalité pour eux pendant leur minorité.

Dans ce naufrage de toutes les prérogatives se rattachant de près ou de loin à la puissance paternelle, le législateur a cru devoir réserver expressément l'obligation alimentaire réciproque des art. 205 à 207 C. civ. Théoriquement au moins, c'était peu utile à dire, car l'obligation alimentaire, de même que les droits successoraux dont la loi ne parle pas sans que leur maintien soit devenu douteux, découle unique-

(1) Didier, p. 60 ; Charmont, p. 518 et 514 ; Leloir, t. I, n° 450. — *Contra* Nillus, n° 118, qui restreint l'incapacité à l'égard des enfants ou descendants du déchu.

ment de la parenté et existe indépendamment de tout lien de subordination (1). Or, il va de soi que la parenté survit à la déchéance ; « les liens de famille que la loi rompt sont ceux-là seuls qui pourraient nuire à l'enfant (2) ». Cependant, en fait, il était peut-être utile d'insister expressément sur la survivance de l'obligation alimentaire : l'extension donnée à la notion de la puissance paternelle est telle qu'on eut discuté sur les limites à lui assigner, ou bien que, par analogie des règles écrites pour le divorce, on eut prétendu maintenir l'obligation alimentaire non réciproque au profit seulement des enfants. Il est inadmissible pourtant que le fils dans l'aisance puisse « s'autoriser même du crime de son père pour le laisser mourir de faim (3) ».

Une autre réserve, implicite cette fois, mais certainement volontaire car elle résulte de l'omission dans l'énumération d'un seul article au titre de la puissance paternelle, l'art. 371, a trait au devoir d'honneur et de respect incombant aux enfants à l'égard de leurs parents. Seulement, nous l'avons dit, ce texte n'exprime guère qu'une règle de morale et, d'ailleurs, la loi a réglé soigneusement les points sur lesquels sa maintenue, après déchéance prononcée, eut pu produire quelque effet. On en induira donc uniquement que les parents déchus conservent et la faculté de correspondre avec leur enfant, au besoin de le visiter, et le droit de s'opposer à ce que le tiers gardien travaille à supprimer chez le mineur tout sentiment d'affection à leur égard (4) ; encore notre solution a-t-elle été contestée quant au droit de visite, mais, si cette prérogative a été reconnue aux ascendants par la jurisprudence, c'est par application de l'article 371, il convient donc de la consacrer au profit des parents tant qu'ils peuvent invoquer ce texte. Certainement, en fait, les

(1) M. Boreau-Lajanadie l'y avait conviée cependant dans un amendement repoussé par la Ch. des députés, à la séance du 25 mai 1889.

(2) Gerville-Réache, rapport de 1889.

(3) Brueyre, rapport de 1888 au Conseil supérieur de l'Assistance publique.

(4) Leloir, t. I, p. 335, note 1. *Sic* Nillus, *op. cit.*, n° 48, sauf en ce qui concerne le droit de visite.

tribunaux se réserveront le pouvoir d'interdire lesdites visites quand elles seront de nature à nuire à l'enfant; pour être conforme à leur pratique traditionnelle en matière de puissance paternelle, cette prétention n'en demeurera pas moins quelque peu arbitraire.

2° Les droits sus énoncés sont perdus à la fois et par le seul fait du prononcé de la déchéance. Celle-ci est doublement générale dans ses effets : elle supprime toutes ces prérogatives diverses à l'égard de tous ceux sur lesquels elles se fussent exercées. Soit donc un père déchu : il l'est vis-à-vis de tous ses enfants légitimes ou naturels (1), déjà nés ou encore à naître lors du jugement (art. 9, §§ 3 et 4) (2) ; sur l'avis conforme du Conseil d'Etat (3), on a refusé d'autoriser les juges à prononcer, suivant les cas, la déchéance par rapport à l'un, à quelques-uns ou à l'ensemble des enfants du défendeur. Le même effet se produit *ipso facto* à l'égard des autres descendants du déchu ; il était impossible, dit M. Courcelle-Seneuil, « qu'un père, privé de la puissance paternelle sur ses enfants, la conservât sur ses petits-enfants devenus orphelins ». C'est pour affirmer cette solution que le mot *ascendants* a été inséré dans l'art. 1er de la loi ; mais il ne figure pas dans l'art. 2, d'où la question s'est posée de savoir si l'on peut soutenir la même thèse dans les cas de déchéance facultative sans faire échec au principe de stricte interprétation qui domine la matière. Nous le croyons pour

---

(1) Trib. Seine, 29 janvier 1890 et 27 décembre 1890, dans Leloir, t. II, p. 385 et 434 ; Trib. Les Andelys, 30 avril 1890, 7 avril et 27 mai 1891, Trib. Pont-Audemer, 12 novembre 1890 et 17 mars 1891 (Rapport inspecteur de l'Eure, nos 3, 16, 24, 26, 30). Il faut, d'ailleurs, que la filiation naturelle soit légalement prouvée (Trib. Vervins, 17 mars 1893, D. 93, 2, 403).

(2) Trib. Nogent-le-Rotrou, 23 mai 1890 (Leloir, t. II, p. 394). *Sic* Didier, *op. cit.*, p. 63 ; Nillus, n° 49 ; Charmont, *Rev. crit.*, 1891, p. 510 ; Leloir, t. I, n° 453 ; Huc, t. III, n° 206. — *Contra* Trib. Pont-Audemer, 1er avril 1890, et Seine, 25 juin 1890 (Rapport Peyron en 1891, p. 12 et 16), prononçant la déchéance à l'endroit de quelques-uns seulement des enfants du défendeur.

(3) M. Boreau-Lajanadie essaya vainement, dans la séance du 25 mai 1889, de faire prévaloir, devant la Chambre, la doctrine contraire. (*Journal officiel*, 26 mai, p. 1124.)

notre part, car l'article 2, son texte l'affirme, édicte une déchéance aussi générale, comme étendue, que la déchéance obligatoire (1).

La déchéance est également totale et indivisible quant aux droits perdus. Telle n'avait pas été l'idée primitive ; tant dans le projet de la Chancellerie qu'au cours de la première discussion au Sénat (2), la possibilité d'une déchéance partielle fut admise, le texte voté en 1883 par cette assemblée se prononce en ce sens. Mais, en 1888, le Conseil d'Etat combattit vivement un tel système : son rapporteur déclarait inadmissible « qu'un enfant pût être utilement soumis à deux puissances rivales, celle du père et celle du tuteur..., qu'on pût être père à demi, ou au tiers, ou au quart ; pour que la condition de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre puissance et que celle du père soit entière ou ne soit pas (3) ». Cette dernière opinion a définitivement prévalu dans la rédaction des articles 1 et 2 et le ministre de l'intérieur l'a reconnu. « La déchéance, écrivait-il, est indivisible ; dans tous les cas et sous réserve de la dette alimentaire qu'elle laisse subsister..., elle entraîne la perte de tous les droits qui se rattachent à la puissance paternelle (4). » Générale et perpétuelle, elle ne laisse pas le choix aux juges entre les divers attributs à enlever au père indigne, pas plus qu'entre une dépossession

(1) *Sic* Douai, 8 mai 1893, D. 93, 2, 401. De Loynes, note, D. 93, 2, 401 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 986 *ter* ; Charmont, *Rev. crit.*, t. XX, 1891, p. 514 ; Gueny, p. 72 ; Didier, *op. cit.*, p. 63 ; Leloir, t. I, n° 451. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, n° 52. — Il ne suit pas nécessairement de là qu'on puisse intenter directement une instance en déchéance facultative contre un ascendant autre que le père ou la mère.

(2) Sénat, séance du 26 mai 1883. « Rien ne s'oppose à ce que l'on soumette ces attributs divers à une sorte de ventilation lorsque la suppression en bloc ne s'impose pas. » Rapport Pradines.

(3) Courcelle-Seneuil, rapport, *Journal officiel*, 1888, session extraordinaire, ann., Ch. dép., n° 3389, p. 725.

(4) Circ. min. 16 août 1889. *Sic* Poitiers, 21 juill. 1890, D. 91, 2, 73. Lallemand, *Ann. législation française*, 1890, p. 272. Toulouse, 3 juill. 1890, *Gaz. trib.*, 7 oct. 1890. — *Contra* Testoud, *Rev. crit.*, 1891, p. 22 et suiv.

définitive et une simple suspension (1) ; elle s'applique tout entière et pour toujours.

3° La déchéance est possible à l'encontre de toutes personnes, parents ou ascendants, jouissant à un titre quelconque, en totalité ou en partie, des droits que la loi fait rentrer dans la notion de la puissance paternelle, ou même simplement appelées éventuellement à en jouir. Comme le texte ne distingue pas, elle pourra même frapper ceux dont les enfants sont majeurs pour leur enlever les droits, en général honorifiques, qui survivent à la majorité ou à l'émancipation (2) ; la conclusion semble excéder sans doute le but de protection pour les mineurs primitivement assigné à la loi, mais il serait facile de démontrer par ailleurs que le législateur ne s'est pas strictement renfermé dans ces limites. Elle sera aussi valablement prononcée contre les étrangers (3) : la puissance paternelle, il est vrai, se rattache au statut personnel, d'où, en principe au moins, les causes de déchéance devraient être déterminées par la loi nationale ; mais il y a en même temps ici une question d'ordre public, aussi croyons-nous la portée de la loi de 1889 absolument générale. Peut-être, en pratique, les tribunaux français se déclareront-ils incompétents sur le fond de la question pour cause d'extranéité des plaideurs, sauf à prendre, en faveur des enfants, des mesures provisoires qui peuvent devenir en fait définitives (4). Il serait, croyons-nous, plus conforme aux principes généraux d'appliquer à un étranger en France, d'une part, les causes de déchéance

(1) Le projet voté au Sénat admettait une suspension temporaire d'un à cinq ans.

(2) Leloir, t. 1, n° 460 ; Brueyre, *La loi de 1889*. — *Contra* Nillus, *op. cit.*, n° 50.

(3) Aix, 8 mars 1897, D. 97, 2, 157. Audinet, *Principes du droit international privé*, nos 584-587 ; Pillet, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *Journal droit international privé*, 1892, p. 5 ; de Casabianca, *La déchéance de la puissance paternelle*, disc. de rentrée à la cour d'Aix en 1897. — *Contra* Trib. Aix, 6 février 1897, D. 97, 2, 157. Leloir, t. 1, n° 461.

(4) Telle est la jurisprudence constante en matière de séparation de corps et de divorce.

édictées et par sa loi nationale, puisqu'il y a là pour lui une incapacité, et par la loi nationale de son fils, qu'il s'agit de protéger, s'ils n'ont pas tous les deux la même, d'autre part et dans tous les cas les causes établies par la loi de 1889, alors même qu'ils sont tous les deux étrangers : la mesure à prendre intéresse l'ordre public, elle s'applique à tous sur le territoire français. Nous adopterions cette solution, la déchéance fût-elle prononcée par le tribunal civil.

On conçoit bien la peine frappant le père titulaire principal, d'après le Code civil, de l'autorité paternelle sur ses enfants. Mais la loi, nous l'avons dit, va plus loin : elle permet de la prononcer à titre éventuel et par avance. Cela ne fait aucun doute quand la mesure, en dehors desdits effets éventuels, en produit d'immédiats. La déchéance opère, par exemple, d'après l'article 9, à l'égard des enfants tant à naître que déjà nés, qu'elle frappe le père ou la mère exerçant les droits de puissance paternelle par suite de l'absence (1), de la déchéance préalable, de l'interdiction ou de la mise dans une maison d'aliénés de son époux, ou même par l'effet d'un jugement de divorce lui confiant la garde des enfants (2). La mère peut encore encourir la déchéance conjointement avec son mari. Elle y est même exposée alors que le père, vivant et présent, est maintenu dans l'exercice de son autorité (3). L'hypothèse sera exceptionnelle sans doute et l'on comprend qu'elle ait passé inaperçue, car une femme ne se verra infliger pareille flétrissure que s'il y a intérêt sérieux à le faire : réduite à un rôle effacé tant que vit son mari, elle n'en aura peut-être jamais de plus important, si elle prédécède notamment. Mais, en somme, la puissance paternelle compète aux deux époux concurremment (C. civ., art. 372) et si, quant aux prérogatives mentionnées au titre IX du livre I du

(1) Trib. Seine, 8 et 29 janv. 1890, Rapport Peyron, 1891, p. 8 et 10.

(2) Trib. Seine, 10 fév. 1894, D. 94, 2, 265. La garde de l'enfant pourrait, en pareil cas, être enlevée à la mère *principaliter*, en vertu de l'art. 304 C. civ.

(3) Trib. Seine, 10 fév. 1894, précité (motifs). *Sic* Leloir, t. I, n° 460 ; note, D. 94, 2, 265.

Code, les droits de la mère ne se réalisent pas en acte, tout autre est la règle à l'égard de certains attributs désormais compris dans la notion de l'autorité paternelle : le consentement au mariage, à l'adoption ou à la tutelle officieuse de l'enfant mineur, la faculté d'accepter des libéralités en son nom. Il y aura donc perte immédiate et certaine de prérogatives pour la mère déchue ; il y aura aussi privation éventuelle d'une autorité que le prédécès de son mari l'eût appelée à exercer, elle deviendra incapable d'être tutrice légale ou de désigner à ses enfants un tuteur testamentaire. Ne frappe-t-on jamais d'interdiction, ne dote-t-on pas parfois d'un conseil judiciaire le pupille encore en tutelle avant qu'il ait atteint sa majorité ?

La déchéance peut-elle être prononcée à titre purement éventuel contre des personnes n'ayant actuellement aucun attribut de la puissance paternelle? La négative semble s'imposer : sans intérêt, pas d'action. Mais l'argument, puissant peut-être quand il dépend des juges de prononcer ou non la peine, est sans force quand elle résulte nécessairement d'une condamnation antérieure. L'article 1er de la loi de 1889 vise les ascendants en même temps que les parents et ne distingue pas suivant que ces derniers sont morts ou encore vivants ; partant, dût-on s'en tenir strictement au texte de l'art. 2 qui parle uniquement des père et mère pour écarter la déchéance à l'égard des ascendants quand elle est seulement facultative (1), il faut déclarer ceux-ci atteints aux cas prévus à l'article 1er, même du vivant des père et mère (2). Pourtant, sauf la faculté tout exceptionnelle d'accepter des libéralités pour leurs petits-enfants mineurs (C. civ., art. 935), ils ne perdent alors aucun droit actuel, puisque l'art. 371 du Code civil demeure intact et leur permet de conserver, dans la théorie jurisprudentielle, des relations suivies avec leurs petits-enfants. C'est donc que la déchéance leur est applicable

(1) Nillus, *op. cit.*, n° 52. — *Contra* Didier, p. 63 ; Leloir, t. I, n° 451.
(2) *Sic* note, D. 94, 2, 265.

à raison des droits éventuels dont ils sont investis pour les exercer après le décès des parents.

Mais alors la puissance paternelle va pouvoir être enlevée à un homme antérieurement même à son mariage et à la naissance de tout enfant légitime. S'il est plus que probable que jamais les juges ne s'y résoudront, lorsqu'ils auront pleine liberté de décision, à l'égard d'un célibataire ou d'un homme marié sans enfants, notre solution s'imposera là où ils sont tenus de frapper, au cas prévu à l'article 1er, § 4, et même dans toutes les hypothèses visées aux autres paragraphes du même article si les enfants victimes du crime ou des délits sont morts au jour de la poursuite. On l'a nié : nul ne peut perdre que ce qu'il a et la loi parle des pères, mères et ascendants, expressions qui écartent les individus sans enfants ; admettre le contraire équivaut à interdire le mariage à toute une catégorie de délinquants, « ce serait une nouvelle mort civile (1) ». Rien de plus juste en théorie que les protestations contre toute idée de déchéance à l'égard d'un célibataire ; seulement, que la loi ait passé outre et consacré cette énormité, nous le croyons (2), car les travaux préparatoires le prouvent. Dans la séance du 25 mai 1889 à la Chambre des députés (3), M. Boreau-Lajanadie a signalé cette situation faite à un célibataire comme un résultat déplorable mais forcé du texte ; nul ne l'a contredit. On objecte les expressions de pères et mères ou ascendants dont se sert le législateur ; mais, outre qu'il a dû règler le *plerumque fit*, remarquons que, si le déchu n'a pas présentement une de ces qualités, elle lui est certainement acquise au jour où l'on prétend lui opposer pratiquement les effets de la déchéance, sinon la question ne se poserait même pas. Cette pénalité tout éventuelle est choquante ; mais supposez

(1) Lallemand, *Ann. lég. fr.*, 1890, p. 272. *Sic* Didier, *op. cit.*, p. 63 ; Huc, t. III, n° 207.

(2) *Sic* Charmont, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1891, p. 510, note 1 ; Leloir, t. I, nos 455-459.

(3) *Journ. offic.*, 26 mai 1889, p. 123.

un homme marié avec enfants qui est déchu puis, sa femme et ses enfants venant à mourir, se remarie : l'article 9 lui refuse la puissance paternelle sur les fruits de la seconde union ; pourquoi ne pas traiter de même le célibataire, du moment que les condamnations prévues à l'art. 1er créent contre le coupable une présomption absolue d'indignité ? Rien du reste ne l'empêchera de se marier ensuite : il est sinon normal du moins largement possible aujourd'hui que la puissance n'appartienne pas au père pendant le mariage, le fait par lui d'en être privé antérieurement à une première union ne l'empêchera pas plus de se marier que la déchéance prononcée contre un époux n'entraînera la dissolution de son mariage actuel ou ne mettra obstacle à un second après veuvage. La loi ne distingue pas : supposant une ou plusieurs condamnations pour y attacher de plein droit la déchéance, elle ne se préoccupe nullement du moment où elles interviennent ; la pénalité s'attache à ces condamnations, sauf à n'avoir effet que plus tard.

4° Les conséquences de la déchéance ne se produisent pas toujours uniquement à l'égard du coupable : en un cas au moins, une autre personne en subit le contre-coup. Lorsque le père légitime est déchu, l'autorité paternelle, commune aux deux époux quant à la jouissance tout au moins, devrait d'après les principes demeurer intacte aux mains de la mère, non frappée par la sentence, qui en prendrait même l'exercice. Mais, en vertu de l'art. 9, la mère en pareil cas est atteinte indirectement et par ricochet : tout innocente qu'elle est, elle peut se voir enlever la garde et l'éducation de ses enfants nés ou à naître ; bien mieux, elle en est dépouillée *ipso facto* à moins d'une décision contraire des juges. Si même la déchéance a été encourue, au cours d'un premier mariage, par un homme qui en contracte plus tard un second, la loi oblige la nouvelle épouse (1), en cas de survenance d'enfants, à

(1) Peu importe évidemment qu'il y ait eu des enfants nés du premier mariage. Une règle identique devrait s'appliquer à l'égard de la première

demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces derniers.

Cette solution est dure et l'on comprend l'indignation qu'elle a excitée chez les esprits généreux (1). Pour justifier une telle mesure, on l'a présentée comme exigée par l'intérêt de l'enfant, la mère eût-elle été complètement étrangère aux actes coupables de son mari. Dans certains milieux sociaux, la femme gardienne ne saurait soustraire ses enfants au contact et à l'influence du père avec lequel elle continue à faire vie commune ; son autorité serait donc purement nominale et la puissance maritale subsistante réduirait à l'état de lettre morte la sentence relative à l'autorité paternelle (2). N'y-a-t-il pas du reste contre la mère, vivante et présente au jour de la déchéance de son mari, une grave présomption de complicité dont il lui faut se justifier pour se faire accorder exceptionnellement l'exercice des droits sur ses enfants ? Toute pressante que soit l'argumentation, nous ne sommes cependant pas convaincus. Si l'intérêt des enfants exige une telle rigueur, pourquoi avoir maintenu à la femme remariée avec un individu frappé de déchéance la puissance paternelle sur ses enfants nés d'une précédente union (3) ; les dangers résultant du contact avec le mari de leur mère ne seront-ils pas pourtant plus grands que jamais, en l'absence de tout sentiment affectueux à leur égard chez leur parâtre ? Si ce n'est pas indispensable, pourquoi avoir traité aussi sévèrement, à l'égard de la descendance née du second mariage, une femme qui souvent ignorera les condamnations antérieures du mari ? Il eut certes suffi que le tribunal pût *retirer* à la mère la garde

femme d'un individu déchu alors qu'il était encore célibataire. (Leloir, t. I, n° 509.)

(1) MM. Clément et de Broglie au Sénat, séance du 26 mai 1883 ; Léon Lallemand, *Ann. lég. fr.*, 1890, p. 282, note 1 ; M. de La Batie à la Chambre des députés, séance du 25 mai 1889.

(2) Roussel, rapp. au Sénat. Rapp. de la commission de la Chancellerie, *Bull. pris.*, 1881, p. 904, 905. *Sic* Nillus, *op. cit.*, n° 119 ; Charmont, *Rev. crit.*, t. XX, p. 514 ; Leloir, t. I, n° 467.

(3) Charmont, *op. cit.*, p. 515 ; Leloir, t. I, n° 468.

des enfants en cas de nécessité sans la frapper *a priori* d'une telle incapacité (1). La loi, il est vrai, autorise la femme à se faire attribuer la puissance paternelle par le tribunal, mais c'est chose fort différente : dans ce système, l'épouse d'un homme déchu est, indépendamment de toute faute personnelle, privée de ses droits les plus naturels sauf à en tenir la possession du bon plaisir des magistrats, l'idée est nouvelle et contraire aux principes universellement admis. Qui ne voit d'ailleurs qu'en fait la seconde épouse fera bien rarement les frais d'une demande en justice pour se faire attribuer la puissance paternelle? En définitive, un certain nombre d'enfants échapperont légalement à toute autorité sans qu'aucune mesure protectrice ait été prise à leur endroit; à supposer la loi de 1889 largement appliquée, il y aura dans quelques années une catégorie assez considérable de mineurs, enfants légitimes de parents existants, qui ne connaîtront d'autre autorité que celle de l'Etat.

En résumé, obligatoirement ou facultativement prononcée, dans des cas fort nombreux, contre toute personne ayant déjà ou pouvant même par la suite avoir à exercer un attribut quelconque de la puissance paternelle, la déchéance entraîne la disparition totale et indivisible des droits sur les enfants nés ou à naître, à l'encontre du coupable et parfois même de son conjoint pourtant non déchu.

B. — Dessaisissement.

Le père n'a rien à se reprocher, il est impossible de lui infliger une peine ; mais il est malheureux et hors d'état de remplir ses devoirs envers ses enfants. Peut-il céder, transférer à autrui son autorité paternelle ? Non, répondait le Code civil, car la puissance paternelle est d'ordre public, aucun pacte n'en modifie valablement l'exercice (2) ; seule la constitution

(1) Tel est le système adopté par le projet belge déposé par le Gouvernement le 10 août 1889. (*Bull. soc. pris.*, 1892, p. 451.) Le Code allemand laisse la garde à la mère, les droits du père étant simplement suspendus.

(2) Réserve faite de l'émancipation.

d'une tutelle officieuse, prélude de l'adoption, conférera à un tiers, vis-à-vis d'un mineur de 15 à 21 ans, les seuls droits de garde et d'éducation à l'exclusion de tous autres. Comme le procédé de la tutelle officieuse est ouvert aux particuliers seulement, la puissance paternelle subsiste avec son caractère perpétuel et incessible et constitue un obstacle insurmontable pour les œuvres de bienfaisance publiques ou privées. A titre de remède à cette situation dont nous avons montré les graves inconvénients, les projets de la Chancellerie et de la Commission sénatoriale présentaient « une réglementation officielle de cette espèce d'abdication ou du moins de délégation temporaire de la puissance paternelle à laquelle certaines familles pourraient consentir dans l'intérêt de leurs enfants (1) ». C'était prendre le contrepied de la doctrine ancienne et cette innovation, empruntée à la législation américaine, ne fut pas goûtée : la puissance paternelle était mise dans le commerce, on transformait, non sans danger pour le commun des esprits, en un droit aliénable ce qui est avant tout un devoir sacré et permanent ; la destruction de tout lien entre parents et enfants devenait licite et l'on provoquait ainsi des calculs bas et intéressés. « Ne serait-il donc pas possible, écrivait un savant jurisconsulte (2), de trouver des moyens pratiques de venir en aide à des parents besogneux sans rompre ces liens de la famille si forts, si légitimes, si naturels et si utiles ? »

La loi du 24 juillet 1889 a repris le problème et sa solution a tout au moins cette supériorité incontestable de respecter un principe essentiel de notre législation en faisant intervenir l'autorité judiciaire : il s'agit en effet d'apporter une modification à l'état des personnes. A la demande du Conseil d'Etat, le contrat de dessaisissement est abandonné comme impliquant de la part des parents une renonciation inadmissible à leurs devoirs en même temps qu'à leurs droits, à raison aussi des charges injustifiées qu'il fait peser sur les

(1) Sous-secr. d'Etat à la justice, disc. à la 3e sous-commission de la Chancellerie, le 8 février 1881.

(2) Bourcart, *op. cit.*, *Fr. jud.*, 7e année, p. 507.

contribuables (1). On lui substitue un système de délégation judiciaire suivant lequel il appartient aux tribunaux de transférer les attributs de la puissance paternelle et d'en dessaisir les parents. Ils ne le doivent faire du reste que dans l'intérêt de l'enfant, l'art. 17 de la loi de 1889, comparable en ce point aux art. 240 et 302 du Code civil, le dit formellement, et cet intérêt doit être visé au jugement. La loi qui, en matière de déchéance, présente un caractère pénal très marqué, reprend ici la physionomie que les premiers promoteurs de la législation nouvelle avaient entendu lui conférer ; c'est à proprement parler une loi d'assistance.

a. — *Divers cas de délégation judiciaire.*

1° Les tribunaux ont à intervenir en premier lieu quand la charité publique ou privée reçoit un mineur des mains de ses représentants naturels. Le tiers gardien, établissement ou particulier, se contentera souvent (2) de passer avec les parents une convention, analogue au contrat d'apprentissage, qui, déjà usitée autrefois, n'est pas plus efficace aujourd'hui que par le passé ; même sanctionnée par une clause pénale, elle est essentiellement précaire et n'autoriserait pas la retenue de l'enfant revendiqué par le père. Mais le tiers veut-il plus de garanties pour son œuvre de régénération, il lui faut obtenir de la justice non seulement une homologation du contrat, comme dans le projet de 1883, mais une investiture ; telle est l'innovation de la loi de 1889 qui, dans la forme tout au moins, respecte la prohibition de contracter sur la puis-

(1) Rapport de M. Courcelle-Seneuil au nom du Conseil d'Etat. — M. Brueyre, au nom du Conseil supérieur de l'Assistance publique (*Bull. pris.*, 1889, p. 66), défendait au contraire l'idée du dessaisissement en montrant qu'il se pratiquait déjà d'une façon beaucoup plus grave dans les *bureaux d'abandon* institués à Paris depuis la suppression des tours. (*Sic* d'Haussonville, *L'enfance à Paris*, p. 28 ; Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 526.) Les parents, faisant admettre leur enfant au service des Enfants assistés, doivent en effet ignorer toujours où il sera placé, ils sauront seulement s'il est vivant ou mort.

(2) Telle est par exemple la pratique fréquente au service des moralement abandonnés du département de la Seine. Rapport Peyron, 1890, p. 26.

sance paternelle. Entre le père et le gardien il n'y avait qu'un pacte nu, par l'adhésion du juge il est transformé en un acte juridique de tous points obligatoire. La réalisation du dessaisissement exige donc deux choses : le concours des volontés au jour où les parties se présentent devant le tribunal, l'article 17 leur prescrit en conséquence d'agir conjointement, puis une décision judiciaire favorable rendue en chambre du conseil, le ministère public entendu. Certains parents, disposés d'abord à céder leurs droits, s'y refusent ensuite à l'idée d'être tenus de comparaître devant la justice ; en ce cas le dessaisissement est impossible. Le tribunal, d'autre part, peut refuser son autorisation en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant ; la loi lui en fait une obligation si certaines conditions essentielles ne se rencontrent pas dans la personne tant de l'enfant que des contractants eux-mêmes.

Le mineur doit avoir été recueilli avant seize ans, c'est-à-dire avant qu'il fût réputé en état de gagner sa vie ; mais, contrairement à la décision du tribunal de la Seine le 9 juillet 1890 (1), nous n'entendons pas le texte en ce sens qu'il exige la minorité de seize ans au jour de la demande en délégation (2). De plus, la cession des droits étant une prérogative de la puissance paternelle, l'exercice en est réservé au titulaire de cette autorité, au père en principe, même si la mère s'y oppose ; le droit commun dicte cette solution et, si l'art. 361 C. civ. pour la constitution d'une tutelle officieuse adopte une thèse contraire, on ne doit pas l'étendre ici du moment que la loi de 1889 n'a pas expressément consacré une exception semblable (3). Enfin, toute personne physique ou civile n'est pas admise *a priori* à se faire concéder la garde d'un mineur. S'agit-il d'un particulier, il doit jouir de ses droits civils et c'est justice : comment une personne frappée d'une condamnation déshonorante, privée à ce titre du droit d'enseigner ou de prendre des apprentis, serait-elle investie

(1) Rapport Peyron, 1890, p. 29.
(2) *Sic* Charmont, *op. cit.*, *Rev. crit.*, t. xx, p. 527, note 1.
(3) Nillus, n° 175 ; Leloir, t. I, p. 143, note 1.

sur les enfants d'autrui de droits plus grands et dérivant de la puissance paternelle ? Quant aux administrations d'assistance publique et aux associations privées de bienfaisance, il faut distinguer. Les premières, expressément visées à la demande de la 3me sous-commission de la Chancellerie pour une œuvre « où les moyens d'action ne seront jamais trop nombreux (1) », comprennent tous les établissements de bienfaisance relevant de l'Etat, des départements ou des communes : hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance (2) ; leurs droits sont aussi larges que possible. Au contraire, la capacité des associations privées est subordonnée à une autorisation spéciale sans qu'il soit facile de justifier une telle disposition réclamée par le Conseil supérieur de l'Assistance publique.

Pourquoi exiger une autorisation nouvelle des associations déjà reconnues légalement qui veulent se faire céder en justice des droits sur les enfants ? C'est, dit l'exposé des motifs de la loi, que « les autorisations antérieurement accordées... ne l'avaient pas été en vue d'une substitution possible de ces associations aux familles pour la tutelle des mineurs;... il paraissait dès lors indispensable de la subordonner à une autorisation *ad hoc* (3) ». Il n'y a guère là qu'un prétexte, ce nous semble, puisque, entre tous les individus jouissant de leurs droits civils, le juge choisit librement à qui déléguer l'exercice de la puissance paternelle, il pourra donc désigner valablement le directeur ou un membre quelconque d'une association non spécialement autorisée ; le contrôle supérieur de l'Etat est du reste réservé pour éviter toute surprise. Cette défaveur à l'endroit des œuvres privées ne serait-elle pas plutôt l'effet d'une préférence marquée pour les établissements publics

(1) Rapport de la 3e sous-commission. (*Bull. pris.*, 1881 p. 914.)

(2) M. Leloir ajoute (t. I, p. 143, note 2) « l'Assistance publique elle-même, c'est-à-dire les services publics d'enfants assistés ». La formule nous paraît inexacte : en province tout au moins, c'est la commission de l'hospice qui représente ce service.

(3) *Journal officiel*, année 1888, p. 709, col. 2. Voir, pour la réfutation de ce raisonnement, Lallemand, *La loi de 1889*, p. 8.

auxquels on aurait voulu éviter une concurrence ? Sur le terrain de la charité il y a pourtant place pour tous les dévouements et toutes les énergies. Quoi qu'il en soit, en fait, l'autorisation en question a été donnée par arrêtés ministériels à plusieurs sociétés privées, toutes laïques du reste (1).

Qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un établissement, le tribunal, avant de lui confier la garde du mineur, examinera, avec un souverain pouvoir d'appréciation, si le consentement des parents est donné en pleine liberté et parfaite connaissance de cause, si d'autre part le tiers gardien possède les ressources et présente les garanties de sécurité et de moralité nécessaires pour mener à bien l'éducation de l'enfant jusqu'à sa mise en état de se suffire à lui-même (2).

2° Au cas de délégation consentie par le père malheureux l'art. 19 de la loi de 1889 joint celui où, à défaut de parents connus ou prenant soin de lui, un vagabond, un mendiant est recueilli, avant 16 ans, par un particulier ou par un établissement de bienfaisance public ou privé. En pareil cas le Code civil (art. 58) et le Code pénal (art. 346, 347) exigeaient, à l'égard d'enfants nouveau-nés, une déclaration immédiate à l'officier de l'état civil du fait de la découverte et, le cas échéant, de la volonté chez son auteur de prendre l'enfant à sa charge. Retenir l'enfant était, semble-il, pour ce dernier un droit certain dont la municipalité, pas plus que l'Assistance publique, ne le pouvaient dépouiller. Les autorités municipales n'ont, en effet, aucune mission pour la garde des enfants abandonnés qui d'autre part tombent seulement sous la puissance des commissions hospitalières au jour où ils sont immatriculés comme enfants trouvés sur les registres d'un hospice (3). La loi de 1889 a généralisé cette obligation de

(1) Circ. min. 16 mars 1890, 11 avril et 3 juin 1891.

(2) Brueyre, *La loi de 1889* ; Nillus, n° 169 ; Leloir, t. I, n° 195. Il faut éviter à tout prix « le péril des ventes déguisées d'enfants telles qu'elles se produisaient en Italie et dans quelques contrées de la France ». (*Bull. pris.*, 1881, p. 914.)

(3) *Sic* Leloir, t. II, n° 644. — D'après M. Demante, t. II, n° 97 *bis*, l'au-

déclaration, mais dans un but différent. Tandis que le Code civil voulait assurer aux tout jeunes enfants un état civil régulier, la loi nouvelle édicte une mesure de police applicable à tout mineur de 16 ans abandonné moralement ou matériellement, afin de permettre à l'Autorité de vérifier si cet abandon est réellement définitif.

Un mineur est sans asile, la personne ou l'établissement qui le recueille doit, dans les trois jours (1), à peine d'amende, en faire la déclaration au maire de la commune ou au commissaire de police (2); peut-être l'enfant n'était-il qu'égaré, il faut rechercher sa famille pour le lui rendre et la recherche est plus facile au lendemain de l'abandon que plus tard. La déclaration est d'ailleurs toujours utile à faire, ne fût-ce que pour empêcher toutes revendications ultérieures et intéressées des parents : ce sera en effet le prélude soit d'une sentence de déchéance contre ces derniers, soit d'une délégation judiciaire au profit du gardien. Une fois qu'elle est ainsi faite, elle est transmise, non au procureur de la République, comme le proposait le projet du Conseil d'Etat, mais au préfet du département, au préfet de police à Paris ; l'attention de ce fonctionnaire et des œuvres d'assistance publique est attirée par là sur l'œuvre d'éducation à laquelle ils vont peut-être être associés. Notification est faite aux parents, s'ils sont connus, par les soins du préfet (3), en la forme administrative et sans frais : il est en effet de toute nécessité de les avertir

---

torité municipale aurait eu le droit de refuser l'offre de l'auteur de la découverte. *Confer* Béquet, V° Assistance publique, n° 245.

(1) Il ne s'agit pas ici d'un délai franc, cela résulte des termes employés par l'art. 19 de la loi 1889 qui, identiques à ceux que l'on rencontre dans les art. 55 C. civ. et 62 de la loi du 29 juillet 1881, doivent être interprétés comme eux. (Leloir, t. II, n° 654. — *Contra* Nillus, t. I, n° 186.)

(2) C'est à l'autorité du lieu où l'enfant a été recueilli que la déclaration sera faite, non à celle du lieu où l'enfant a été trouvé comme le prescrit, pour l'hypothèse spéciale qu'il vise, l'art. 58 C. civ.

(3) Le texte est obscur sur le point de savoir qui doit faire cette notification, mais notre interprétation, toujours admise dans les travaux préparatoires, doit prévaloir (Brueyre, *La loi*, p. 42, 55 ; Rapport Peyron, 1891, p. 9, 10 ; Leloir, t. II, n° 658).

alors qu'ils vont être dépouillés d'une partie de leurs droits primordiaux et sacrés ; on peut même regretter que la loi n'ait pas également prescrit l'insertion de la déclaration dans les journaux (1). Pendant trois mois (2), les parents ou le tuteur de l'enfant recueilli peuvent revendiquer l'enfant qui leur sera nécessairement rendu s'ils n'ont pas encouru la déchéance. A l'expiration du délai sans réclamations de leur part, le tiers gardien se fera conférer par le tribunal de son domicile l'exercice de tout ou partie des droits de la puissance paternelle ; il lui faudra pour cela remplir les mêmes conditions qu'au cas de cession judiciaire, notamment jouir de ses droits civils, si c'est un particulier, avoir une autorisation spéciale, si c'est un établissement privé.

Deux formalités sont donc requises de quiconque recueille un mineur sans l'intervention de ses parents. L'une, obligatoire mais aussi possible pour tous, est la déclaration à la municipalité qui, par elle-même, n'enlève aucun droit aux titulaires de la puissance paternelle. La requête au tribunal au contraire, dont il est toujours possible de se dispenser, exige, chez qui la fait, certaines conditions particulières ; elle est le point de départ de la décision judiciaire transportant des parents restés inconnus au tiers gardien l'exercice des prérogatives de l'autorité paternelle.

L'obligation de faire, sous peine d'amende, la déclaration est générale, disons-nous, les établissements d'assistance publique, hôpitaux ou hospices, y sont donc soumis comme

(1) *Sic* Bourcart au Congrès d'Anvers.

(2) Ce délai court du jour de la déclaration, c'est-à-dire avant que le père ait été prévenu de la situation qui lui est faite (art. 20). Il y a là quelque chose de choquant et l'on n'a pas justifié la solution par cette observation que, l'obligation pour l'administration de faire la notification aux parents n'étant pas sanctionnée, le tiers gardien ne peut être laissé à la merci de l'incurie des agents de l'autorité (Leloir, t. II, n° 660). Outre que ce tiers pourrait toujours provoquer la notification, il faudrait faire passer l'intérêt des parents, représentant le principe de la puissance paternelle, avant le sien. Le tribunal restera d'ailleurs maître de ne pas accorder la délégation judiciaire, si toutes les formalités requises par la loi n'ont pas été remplies à l'égard des parents.

les autres (1) ; la loi ne fait aucune distinction et la recherche des parents conserve dans tous les cas son utilité. Il y aurait seulement dispense de sanction pénale à l'égard d'une personne qui, ayant recueilli un enfant moyennant salaire, le garde bien qu'elle ait cessé d'être rémunérée et ait perdu la trace de ses parents ; il est en effet impossible alors de déterminer l'instant précis où s'est produit l'abandon du mineur et par suite de fixer le point de départ du délai pour faire la déclaration. Mais, même en ce cas comme aussi à l'égard des enfants recueillis avant 1889, l'accomplissement de la formalité, s'il n'est pas assuré par la crainte d'une pénalité, n'en reste pas moins indispensable pour faire courir le délai de trois mois passé lequel le gardien pourra profiter des avantages de la nouvelle loi. La déclaration à la municipalité s'impose à tous.

Mais aussi tout le monde la fait valablement. On a prétendu, il est vrai, interdire de recueillir des enfants abandonnés à tous ceux, particuliers ou établissements de bienfaisance, qui ne rempliraient pas les conditions requises pour obtenir délégation judiciaire (2). C'est aller à la fois contre l'équité et contre le texte même de la loi interprété par les travaux préparatoires. Depuis 1882, dans toutes les discussions au Sénat, il a été dit et répété au sujet des œuvres privées qu'en dehors de la déclaration à faire, « on ne leur impose aucune autre condition pour pouvoir recueillir comme par le passé les enfants indigents (3) ». Si donc le préfet est en droit d'après l'art. 23 de la loi d'enlever, en cas d'abus, un enfant à son gardien, le texte vise seulement le mineur placé en garde « *dans les conditions de la présente loi* », c'est-à-dire par un jugement du tribunal ; l'administration n'a pas à s'occuper des enfants

(1) Nous n'ajoutons pas avec M. Leloir (t. II, n° 652), l'Assistance publique elle-même. L'Assistance publique n'existe pas en tant que personne morale distincte, elle ne peut donc constituer un des établissements visés par l'art. 19 de la loi. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question de la personnalité de l'Assistance publique.

(2) Nillus, *op. cit.*, n° 182.

(3) Roussel, rapport de 1882.

recueillis à titre précaire sur lesquels peut toujours s'exercer d'un instant à l'autre l'autorité des parents (1). L'équité défend aussi, en présence surtout de l'impuissance trop fréquente des œuvres d'assistance publique à satisfaire les besoins de l'enfance abandonnée, de lui fermer les portes des établissements privés qui ne pourraient pas obtenir ou même ne voudraient pas demander l'autorisation spéciale dont parle la loi. Seulement la garde des enfants par des personnes n'ayant sur eux aucun droit légal va s'exercer sans contrôle, c'est là une lacune regrettable et il eut été préférable de donner ici un pouvoir de surveillance aux tribunaux ; mais nous ne voudrions pas, comme certains le demandent (2), voir investir le préfet de cette fonction. Nous protesterions contre une nouvelle intervention dans les relations privées d'un agent politique de l'Etat.

Trois mois s'étant écoulés sans réclamations de la part des parents ou tuteurs, celui qui a recueilli l'enfant, même mineur de seize ans, n'acquiert pas *ipso facto* des droits sur lui ; il peut seulement, s'il réunit les conditions de capacité prévues aux articles 17 et 19, demander au tribunal de les lui attribuer. Après examen des faits, les juges lui accorderont, le cas échéant, l'exercice de tout ou partie des prérogatives réclamées ; ils investiront en même temps l'Assistance publique de la puissance paternelle et des droits refusés au tiers gardien. Le tribunal a pleine liberté d'appréciation pour la décision à prendre à cet égard ; si l'on en a douté (3), c'est faute d'avoir compris la véritable portée de l'article 20 : il oblige strictement les juges à confier à l'Assistance publique la puissance paternelle, mais non à faire droit en tout ou même pour partie aux prétentions du particulier, l'intérêt de l'enfant doit seul dicter la sentence (4). Le silence des pa-

(1) Leloir, t. II, n° 648.

(2) Leloir, t. II, n° 651.

(3) Brueyre, *La loi, etc.*, p. 42. D'après le *Répertoire des Pandectes franç.*, V° Assistance publique, n° 910, la réclamation des parents ne serait plus utilement produite du moment que le tribunal serait saisi.

(4) Nillus, *op. cit.*, n° 123 ; Leloir, t. II, n° 662. La jurisprudence est for-

rents pendant trois mois ne sera pas, par exemple, assimilé à un abandon formel, s'il est établi qu'on n'a pas fait pour les retrouver toutes les diligences nécessaires.

b. — *Procédure de la délégation judiciaire.*

Qu'il y ait eu non consentement des parents, une décision de justice est toujours indispensable pour attribuer à des tiers, particuliers ou établissements charitables, l'exercice total ou partiel de la puissance paternelle ; elle émane du tribunal du domicile de celui qui a recueilli l'enfant. Introduite par voie de requête visée pour timbre et enregistrée gratis (1), l'affaire est débattue en chambre du Conseil, le ministère public entendu. Le jugement, prononcé en audience publique, peut être rendu exécutoire nonobstant appel ; il n'interviendra (2) qu'après audition du tiers gardien, du représentant de l'Assistance publique, enfin, du moins quand la chose est possible, des parents ou tuteur de l'enfant. On a mis notre affirmation en doute quant aux parents et tuteur dans la procédure suivie sur la requête unique du tiers gardien : ils ont été avertis par la notification administrative de l'art. 19 et sont toujours libres d'intervenir ; il ne serait donc pas nécessaire de les assigner, fussent-ils connus (3). La pratique contraire adoptée au tribunal de la Seine nous paraît préférable : nous trouverions étrange qu'on pût disposer des droits des parents sans les mettre en cause, alors qu'ils sont connus ; la notification dont on argue contre nous sera parfois

---

melle en ce sens, voir notamment Trib. Seine, 29 juill., 6 et 9 août 1890, Leloir, t. II, p. 409, 411, 415. Le dernier jugement remet même un enfant recueilli par l'Assistance publique à une tierce personne se présentant au cours de l'instance.

(1) Bien que l'art. 20 ne dispense pas expressément la requête des droits d'enregistrement et de timbre pour le cas de l'art. 19, nous croyons la règle de l'art. 18 applicable à ce point de vue. Trib. Les Andelys, 31 déc. 1889 et 27 mai 1891 ; Trib. Louviers, 30 janv., 21 mars 1891. *Sic* Leloir, t. II, n° 876. — *Contra* Nillus, n° 189.

(2) La brièveté de l'article 20 doit, à notre sens, être corrigée par des emprunts à l'article 18 relatif à la procédure de cession.

(3) Nillus, *op. cit.*, n° 189 ; Leloir, t. II, n° 875.

déjà ancienne, parfois aussi elle n'aura pas été faite sans que cette omission fasse encourir aux agents de l'administration aucune responsabilité. Les prérogatives des père et mère sont attaquées, le pouvoir judiciaire se doit à lui-même d'assurer la possibilité de leur défense.

Sur un autre point, au contraire, nous nous séparons de la pratique de Paris. En cas de cession judiciaire, le tribunal de la Seine se déclare valablement saisi par une requête unique du cessionnaire à laquelle est joint un acte préalable d'abandon signé par les parents (1), mais il exige en outre une adhésion de l'Assistance publique à la cession consentie (2). Il y a là, ce nous semble, une double dérogation au texte de la loi. Aucun droit de *veto* n'est conféré à l'Assistance publique en matière de délégation judiciaire, la simple lecture des articles 17 et 18 le prouve ; et c'est fort à propos, car il ne peut dépendre du caprice d'un fonctionnaire d'empêcher l'application de la loi en refusant à un acte le concours du service public qu'il représente. Les mêmes textes d'autre part prescrivent que la justice soit saisie conjointement par le cédant et le cessionnaire, l'accord des volontés doit se produire devant le tribunal et sous son contrôle. Le procédé suivi au contraire réduit le rôle des magistrats à un pur et simple enregistrement d'une convention entre particuliers et l'on revient ainsi au système répudié du projet de 1883 ; tout au moins il consacre de la part du cessionnaire assignant le cédant pour le mettre en cause un moyen de coercition morale contraire à l'esprit de la loi et, si la cession est alors prononcée malgré l'absence du défendeur, le texte est directement violé, le concours des deux volontés s'impose et le refus de comparaître de la part du cédant ou du cessionnaire devrait arrêter l'instance. Par contre, l'abstention

(1) Rapport Peyron, 1891, p. 16. *Sic* Rapp. inspecteur de l'Eure, nos 2, 3, 5, 7. Ailleurs, c'est le cédant seul qui adresse la requête, Tribunaux Dinan, 24 avril, et Baume-les-Dames, 21 mai 1891, Leloir, t. II, p. 447, 450.

(2) Rapport Peyron, 1891, p. 13. *Sic* Trib. Mamers, 27 septembre 1890, *Rev. bienf.* 1891, p. 48.

des représentants de l'Assistance publique nous paraîtrait régulière et normale dans la requête, sauf si l'enfant leur était directement confié ; elle ne devrait même pas constituer dans l'enquête du tribunal un obstacle à la réalisation de la cession.

Outre ces divergences et ces singularités de la pratique à faire cesser (1), il y aurait lieu de trancher ici quelques controverses. Elles sont relatives soit à l'emploi des avoués dans la procédure de délégation judiciaire, soit aux droits de timbre et d'enregistrement dont l'administration fiscale poursuit la perception bien que les travaux préparatoires semblent démontrer l'intention chez le législateur de dispenser une pareille procédure de tous frais (2).

c. — *Portée de la délégation judiciaire.*

Un des plus graves griefs formulés par le rapporteur du Conseil d'Etat contre la convention de dessaisissement, dans le projet de 1882, visait l'attribution de la puissance paternelle elle-même à des particuliers ou à des œuvres privées. La loi de 1889 a tenu compte de ces critiques dans ses articles 17 et 19. Qu'il s'agisse d'une cession consentie par les parents ou d'une requête faite en dehors d'eux, c'est seulement *l'exercice* des droits de la puissance paternelle que le tribunal remet aux établissements ou aux particuliers ; l'autorité est obligatoirement déléguée à l'Assistance publique, c'est-à-dire à l'Etat représenté par les inspecteurs départementaux des enfants assistés et par les préfets (art. 20, 22, 23). Ce n'est pas là simple affaire de mots et l'Etat n'est pas réduit à une sorte de domaine éminent sans conséquences pratiques ; nous aurons à revenir sur cette innovation que nous goûtons médiocrement.

Mais la délégation judiciaire, au contraire de la déchéance,

(1) M. Brueyre a fait nommer par le *Comité de défense* une commission chargée d'arrêter des modèles et des formules pour les divers actes de la procédure à Paris.

(2) Voir Leloir, t. II, nos 870-872, 876.

n'a pas pour conséquence forcée la suppression absolue pour les parents de tous leurs droits. Si l'on ne trouve plus au texte, comme dans le projet primitif, l'énumération des attributs susceptibles d'être cédés, du moins les tribunaux gardent un plein pouvoir d'appréciation pour fixer l'étendue de la délégation. L'article 17 *in fine* consacre la faculté pour le cédant de retenir certains droits par devers lui et rien n'est plus juste, puisqu'aucune faute ne lui est reprochable. Nous appliquerions la même solution dans l'hypothèse de l'art. 19 : le juge est libre de repousser la demande du tiers gardien malgré le silence prolongé du père, *a fortiori* donc il pourrait conserver à ce dernier certains attributs ; si la loi ne le dit pas et déclare au contraire dévolus à l'Assistance publique tous les pouvoirs non accordés au gardien, c'est qu'elle a uniquement réglé le *plerumque fit*. Quant aux droits ainsi réservés, le père aura pleine liberté de jouissance et d'exercice ; son autorité demeurera ce qu'elle était auparavant, en énergie sinon en étendue. Cependant, s'il y a eu réserve du droit de consentir au mariage de l'enfant, un excès de pouvoir serait peut-être à craindre, l'article 17 y pourvoit en chargeant la justice de contrôler l'exercice de ce droit : le tribunal, saisi par le représentant de l'Assistance publique, pourra, après examen de l'affaire en chambre du Conseil, consentir aux lieu et place du père. Pour trouver un précédent à cette disposition, il faut remonter, dans le droit romain, aux *Leges Juliæ*.

C. — Substitution de la cession judiciaire à la déchéance.

Nous avons étudié séparément les deux causes de perte de la puissance paternelle et de fait, dans l'intention du législateur, elles s'appliquent à des hypothèses bien différentes. Au père présent et coupable, une peine, la déchéance ; la loi a un caractère nettement répressif. Les parents sont-ils inconnus ou malheureux, la loi, franchement hospitalière, organise dans l'intérêt des enfants la délégation judiciaire. Des remèdes faits pour des situations aussi diverses ne sem-

blent pas au premier coup d'œil susceptibles d'un transfert de l'une à l'autre.

Telle n'a pourtant pas été, dans certaines régions de la France tout au moins et notamment à Lyon, l'opinion de la pratique. Dès longtemps l'administration (sinon les tribunaux judiciaires) considérait comme parfaitement possible l'abandon par un père de tous ses pouvoirs sur son enfant pourvu qu'il fût fait au profit des œuvres d'assistance publique: cette cession s'opérait même avec une extrême facilité puisqu'il suffisait de l'immatriculation de l'enfant sur les registres d'un hospice. L'idée d'une cession de la puissance paternelle, contre laquelle se sont si fortement élevés de nobles esprits, n'était donc pas nouvelle, en pratique tout au moins. Aussi, quand la loi de 1889 est venue autoriser la délégation judiciaire, les praticiens ont écarté les apparences imaginées par le législateur pour calmer les scrupules de quelques-uns et ont vu dans la cession consentie par le père un pur et simple contrat de dessaisissement avec homologation de justice. A leurs yeux du reste, cession ou déchéance, c'était tout un quant au résultat au profit de l'enfance, et le premier procédé avait le double avantage de ne pas déshonorer les parents et de s'exécuter beaucoup plus simplement. La conclusion suit d'elle-même : pourquoi ne pas recourir à la cession quand les parents y consentent au lieu de provoquer leur déchéance ? Par là, on obtiendra une plus complète observation de la loi, car, en raison de la répugnance marquée des particuliers et du ministère public à demander la déchéance, des tribunaux à la prononcer, les enfants, à défaut de cession judiciaire, restent à l'abandon ou sont l'objet de cessions amiables au profit de gardiens sur lesquels l'Etat représenté par l'Assistance publique n'a aucun droit de contrôle (1). Le parquet de Lyon provoque donc le plus possible les cessions judiciaires et ne poursuit la déchéance des pa-

(1) Berthelemy, Communication à la Société des prisons, le 18 mars 1891, sur les œuvres de patronage de Lyon. (*Bull. pris.*, 1891, p. 329 et suiv.) *Sic* Brueyre, *ibid.*, p. 337, et *La loi de 1889*, p. 41 ; Leloir, t. II, n° 858.

rents qu'en présence d'un refus persistant de leur part d'abandonner leurs droits.

N'abuse-t-on pas quelque peu aujourd'hui des considérations d'utilité pratique tant pour la rédaction des lois que pour leur application et, par le peu de souci qu'on a des principes juridiques, ne va-t-on pas réduire le Droit aux proportions d'un art ? En notre matière les praticiens ont beau jeu, car ils invoquent l'esprit du législateur de 1889 : il est permis, disent-ils, désormais de transiger sur la puissance paternelle, sinon il ne fallait pas écrire le titre II de la loi. Malgré tous leurs arguments spécieux, nous regrettons de voir la magistrature favoriser la cession à l'encontre de la déchéance et par là élargir encore la brèche faite au principe de la puissance paternelle. Les objections présentées contre le contrat de dessaisissement n'ont pas absolument triomphé, mais du moins la loi nouvelle a précisé les cas d'application de cette convention ; l'admettre de la part d'un père en état de remplir son devoir sacré envers ses enfants, uniquement pour lui éviter une pénalité qu'il a méritée, c'est non seulement consacrer cette idée funeste que la puissance paternelle est aliénable, c'est encore tourner, on pourrait même dire violer, la loi. S'il est avantageux de réaliser une économie de temps et d'argent, il est nécessaire de maintenir à l'autorité du père son véritable caractère.

Or, le législateur n'a nullement voulu permettre au père, quoi qu'on en dise, de faire une sorte d'abandon noxal pour se soustraire, non comme à Rome aux conséquences pécuniaires d'une faute de l'enfant, mais à la peine qu'il a personnellement encourue. Sans doute la pratique administrative connaissait déjà les abandons d'enfants, mais c'était là du pur arbitraire que jamais les tribunaux judiciaires n'ont sanctionné expressément. La généralisation de cette pratique ne saurait résulter ni de l'admission de la cession judiciaire par le titre II de la loi de 1889, ni de la possibilité pour les juges de prononcer la déchéance des parents. Qui peut le plus peut le moins, dira-t-on, mais les jurisconsultes savent

combien est faible un pareil argument. Du reste, entre la déchéance et la délégation judiciaire il ne s'agit pas de plus et de moins mais de deux mesures différentes, réglées séparément sans que rien, dans chacun des titres si profondément dissemblables de la loi, fasse un renvoi ou même laisse supposer un emprunt possible de l'un à l'autre. La circulaire ministérielle du 16 août 1889 ne conseille pas davantage la cession dans les hypothèses où la déchéance ne lui semble devoir être poursuivie qu'avec circonspection. Les intérêts en jeu sont trop graves pour que la cession puisse jouer, par rapport à la déchéance, un rôle analogue à celui que lui attribue la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (1).

§ II. — Restitution de la puissance paternelle.

I. — Le père coupable peut s'amender, inconnu se retrouver, malheureux revenir à meilleure fortune ; la loi lui a permis de recouvrer sa puissance naguère perdue. La déchéance et la délégation judiciaire sont perpétuelles dans leurs effets en ce sens qu'elles opèrent pour une durée indéfinie ; mais elles ne sont pas irrémissibles (Loi 1889, art. 15, 16, 21). N'est-ce pas justice d'ailleurs et ne convient-il pas de revenir, quand cela est possible, à l'organisation normale de la famille ?

Dans le projet primitif cependant, la restitution de l'autorité paternelle n'était admise qu'en cas de délégation judiciaire prononcée sans l'intervention des parents. Elle était prohibée s'il y avait eu contrat de dessaisissement, en raison du consentement donné par le cédant lui-même, et s'il y avait eu déchéance, parce que, disait-on, c'est moins une peine qu'un redressement civil (2), un règlement définitif des intérêts privés en présence. L'intérêt de l'enfant, toujours guide souverain en pareille matière, réclame pour lui une

(1) *Sic* Duverger, *Bull. pris.*, 1891, p. 344, 728.
(2) Courcelle-Seneuil, rapport au nom du Conseil d'Etat.

situation stable, exempte le plus possible de modifications quant à la tutelle et à la direction ; des arrangements ont été pris ou sanctionnés par les tribunaux dans ce but, il ne faut pas les rendre précaires et susceptibles de discussion ultérieure. Nous convenons volontiers que la condition faite à l'enfant ne doit pas à chaque instant être remise en question et la loi de 1889 a tenu un large compte de cette considération puisque le père déchu ne peut demander qu'une fois sa réhabilitation (art. 16) et que le rejet d'une requête en remise de l'enfant postérieurement au jugement de délégation judiciaire empêche les parents de renouveler semblable demande avant trois ans (art. 21). Mais ces arguments de pur fait, s'ils sont de nature à rendre la restitution plus difficile, ne sauraient justifier le maintien d'un état de choses anormal dans l'hypothèse éventuelle où le père, demeuré attaché à ses enfants, se montrerait digne et capable de remplir ses devoirs à leur égard. La possibilité d'une restitution devait donc être et a été admise comme principe.

A quelles conditions et comment s'opérera-t-elle ? Une décision du tribunal civil est toujours (1) nécessaire, mais les conditions exigées du réclamant varient suivant qu'il y eu déchéance ou simple délégation : le père au premier cas a commis une faute, il est juste d'être plus sévère pour lui qu'à l'égard d'un innocent.

L'intervention du tribunal allait de soi quand il y avait eu délégation judiciaire. Si la revendication même tardive des parents est péremptoire en droit, au cas d'abandon présumé de l'enfant, jusqu'à la notification de la requête du tiers gardien et même jusqu'au prononcé de la sentence qui seule met fin à l'autorité paternelle, l'état nouveau fixé par celle-ci ne peut évidemment être ultérieurement modifié que par un second jugement. A ce motif général s'en joint un autre, quand le père a adhéré à son dépouillement : une convention licite, librement consentie, ne peut être brisée à la légère,

(1) Sauf peut-être une exception que nous verrons bientôt.

c'est même du désir d'assurer à de tels contrats une sérieuse efficacité qu'est née la première idée de la loi de 1889. En cas de déchéance prononcée par le juge civil en dehors de toute condamnation pénale, pour inconduite notoire par exemple, la restitution de la puissance paternelle s'opère encore tout naturellement par jugement. Comment en effet concevoir pour le déchu un autre moyen de recouvrer ses droits ?

Il eut été au contraire possible et même conforme au droit commun de faire résulter la disparition de la déchéance, conséquence obligatoire ou facultative d'une condamnation pénale, de la réhabilitation, obtenue dans les termes des art. 619 et suivants du Code d'instruction criminelle, qui efface la condamnation principale. Telle était la solution de la commission de la Chancellerie; mais le Conseil d'Etat a fait prévaloir l'opinion contraire. Non qu'il ait voulu suivre les exemples que présentait le passé à l'égard des parents frappés de *pœnæ capitales* ou de mort civile ; il s'est inspiré de sérieuses considérations d'utilité pratique. N'y avait-il pas quelque chose de choquant à créer au déchu par suite d'une condamnation pénale une situation préférable à celle du père qui a subi la déchéance sans avoir commis ni crime ni délit? D'autre part, avant de modifier une telle situation, il faut s'assurer qu'à l'avenir le père réhabilité n'abusera plus de son autorité : un examen très attentif s'impose donc, d'autant plus que la demande en restitution, souvent formulée au jour où l'enfant commencera à gagner quelque argent, pourra être facilement suspectée. L'utilité d'une instance spéciale est donc incontestable.

Nous sommes touchés par ces dernières raisons beaucoup plus même que par les arguments juridiques dont le rapporteur du Conseil d'Etat les a voulu étayer. La déchéance, a-t-il dit, n'est pas une peine mais un *redressement civil;* c'est moins une conséquence accessoire de la condamnation pénale qu'une simple réparation de même nature que les dommages-intérêts. Est-ce bien exact? La déchéance n'est

pas prononcée dans l'intérêt privé d'une partie en cause, comme la condamnation à des dommages-intérêts, mais dans l'intérêt supérieur de la Société et au profit des enfants. Elle entraîne pour les parents frappés une diminution d'état, un amoindrissement de capacité; elle opère donc quant à eux comme une peine, la dégradation civique par exemple ou l'interdiction correctionnelle des droits civiques, civils et de famille. Ce qui est spécial ici, c'est que l'intérêt de l'enfant, dont la condition est modifiée en fait comme en droit par l'application de la peine, s'oppose à de trop fréquents changements des mesures prises pour sa protection. Il y a là un motif très suffisant à lui seul pour ne pas attacher de plein droit la disparition de la déchéance à la réhabilitation pénale.

Mais la solution doit changer, croyons-nous, s'il y a eu déchéance résultant de condamnations à l'emprisonnement ou à l'amende, avec sursis à l'exécution de la peine par application de la loi du 26 mars 1891, et que cinq ans se soient écoulés sans condamnation nouvelle à l'emprisonnement ou à une peine plus grave. La première sentence disparaît alors rétroactivement avec toutes ses conséquences, peines accessoires et incapacités ; il nous semble que la loi se charge aussi de rendre au père déchu toutes ses prérogatives sans que le tribunal ait à intervenir spécialement. On l'a nié : cette disparition rétroactive de la condamnation, a-t-on dit, est une réhabilitation de droit, comme la réhabilitation judiciaire, elle rend seulement possible l'action en restitution ; l'intérêt de l'enfant exige ici encore d'ailleurs un examen sérieux de la question (1). Raisonner ainsi ne suffit pas ; il faudrait, pour combattre victorieusement notre opinion, prouver que le législateur de 1891 a fait exception à la règle générale en refusant au délai de cinq ans passé sans condamnation tout effet résolutif quant à la déchéance. Les textes protestent aussi contre l'identification proposée pour leurs effets

(1) Leloir, t. I, nos 500-503.

entre la disparition rétroactive de la condamnation après cinq ans et la réhabilitation judiciaire : s'il a été parlé dans les travaux préparatoires de réhabilitation de droit au premier cas, nul n'admet cependant qu'il lui faille appliquer l'article 634 du Code d'instruction criminelle qui allonge considérablement le temps d'épreuve pour un condamné réhabilité judiciairement une première fois et désireux, après une seconde condamnation, de se faire réhabiliter à nouveau. Comparez du reste la rédaction de cet article 634 modifié par la loi du 14 août 1885 « la réhabilitation efface la condamnation » avec celle de la loi du 26 mars 1891, art. 1er, « la condamnation sera comme non avenue », cette différence dans les termes n'aura-t-elle pas sa répercussion dans leur application? Enfin, la loi sur l'atténuation des peines est de deux ans postérieure à celle de 1889 et l'on ne pouvait, à si courte échéance, oublier un monument législatif aussi important que récent; or, jamais dans les travaux préparatoires il n'a été parlé d'une exception quelconque à la règle générale qui faisait disparaître après cinq ans d'épreuve la condamnation primitive avec les peines accessoires et les incapacités en découlant. Quand donc la seule base de la déchéance prononcée était la condamnation aujourd'hui rétroactivement disparue, nous croyons la puissance rendue *de plano* au père : *cessante causa cessat effectus*, l'exception aux principes n'a plus de base, nous rentrons dans le droit commun. Le législateur de 1891 n'a pas vu dans l'intérêt de l'enfant un motif suffisant pour modifier son principe général; en effet, ou bien on reprochait seulement au père la condamnation désormais anéantie dont par suite les conséquences doivent disparaître, ou bien il a gravement failli d'autre part à ses obligations de père et il sera possible dès lors de lui enlever son autorité.

Mais si, deux condamnations s'étant succédé dans un délai de 5 ans, la seconde entraînait, par le fait de cette sorte de récidive, la déchéance de la puissance paternelle sans d'ailleurs faire cesser le sursis accordé lors de la première pour

l'exécution de la peine, l'anéantissement rétroactif de la première par l'expiration du délai quinquennal ne rendrait pas *ipso facto* ses pouvoirs au père. On ne peut plus dire comme tout à l'heure : *cessante causa, cessat effectus* ; la déchéance est née de la seconde condamnation et celle-ci subsiste toujours. Il est vrai que cette sentence devait revêtir certains caractères spéciaux et notamment avoir été précédée d'une autre, mais c'est au jour où elle a été prononcée qu'on s'est placé pour vérifier si elle remplissait ces conditions. Désormais, elle produira tous ses effets ; il faudra donc une sentence spéciale précédée de la réhabilitation pour restituer au père sa puissance perdue (1).

Bref, nous revenons ici à la règle de l'intervention de la justice pour la restitution de la puissance paternelle et n'y apportons donc qu'une exception unique en matière de déchéance. Il n'en existe aucune dans les cas de délégation judiciaire. La commission de la Chambre des députés avait toutefois proposé en 1885, dans un but de simplification et de célérité, d'autoriser les remises volontaires de gardiens à parents, comme cela se pratiquait antérieurement de la part de l'Assistance publique à Paris : le tribunal n'eut dû être saisi que s'il y avait eu résistance du Comité départemental à l'opération. Un tel système, admissible quand le droit, d'ailleurs précaire, de l'administration sur l'enfant naissait soit d'un simple fait d'abandon suivi d'immatriculation, soit d'un contrat, devenait inacceptable dès lors que la perte de l'autorité paternelle doit toujours résulter d'une sentence judiciaire. Seule la justice peut défaire ce qu'elle a fait.

II. — En principe, nous venons de le voir, un jugement est nécessaire pour rendre au père de famille son autorité perdue. La demande en restitution est adressée au tribunal de la résidence de l'enfant, c'est-à-dire du lieu où il a été placé s'il y a eu délégation judiciaire, l'article 21 le dit expressément ; là se trouvent en effet les juges les mieux

(1) Leloir, t. I, n° 505.

en situation d'apprécier l'intérêt du mineur quant à la décision à prendre. Le même motif nous permet de suppléer facilement au silence du texte en matière de déchéance : on saisira de la question, d'après les principes généraux, non le tribunal du domicile de l'ascendant déchu, mais celui du siège de la tutelle, du domicile de la mère ou du tiers gardien, voir même de l'enfant si, à cette date, il a atteint sa majorité (1).

Les différences s'accusent entre les hypothèses de déchéance et de délégation judiciaire quant aux conditions et à la procédure de l'instance en restitution. Au second cas, les parents, n'étant pas nécessairement fautifs, peuvent à toute époque, sans être soumis à aucun temps d'épreuve, demander qu'on leur rende leur enfant. La requête, exempte de tous droits de timbre et d'enregistrement, émane du père cédant, de la mère s'il est mort, ou, après leur décès, du tuteur régulièrement nommé à l'enfant, sans que ledit tuteur ait besoin pour agir du consentement du conseil de famille (art. 21). Elle est notifiée au représentant de l'Assistance publique. Assignation est en même temps donnée au gardien de l'enfant. Le tribunal statue en audience publique après examen en chambre du Conseil, le ministère public entendu.

Si la demande est agréée, les juges ordonnent la restitution du mineur au réclamant et fixent l'indemnité à fournir par ce dernier au gardien pour ses peines et soins ; cette obligation de payer indemnité disparaît en cas d'indigence, l'on a voulu par là concilier, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, les droits de nature diverse du gardien et du père (2). La requête peut aussi être purement et simplement rejetée et le *statu quo* maintenu, en dehors même de toute indignité reprochable

(1) *Sic* Leloir, t. II, nos 772-774.

(2) M. Charmont (*Rev. crit.*, t. XX, p. 519, note 2) fait remarquer l'étrangeté du texte de l'art. 21, comme de l'art. 16, à ce point de vue, l'indigence influant non seulement sur l'exécution mais même sur l'existence de la dette. On répond que cette indemnité est la représentation de la pension alimentaire fixée en vertu de l'art. 12, d'où, d'après le principe reçu en matière alimentaire, la dette n'existe pas s'il y a indigence (Huc, t. III, n° 219 ; Leloir, t. I, n° 497).

au père, lorsque cela est profitable à l'enfant. Elle n'est plus alors renouvelable avant trois ans à compter du jour où la sentence est devenue irrévocable (L. 1889, art. 21), il importe en effet de garantir au mineur une situation stable. La règle subit cependant une exception, admise très généralement, en cas de changement de demandeur, l'instance en restitution étant engagée par exemple désormais par la mère, après décès du mari (1). Le rejet est parfois aussi accompagné, à la requête du ministère public, d'une déclaration de déchéance contre le demandeur : il en sera ainsi toutes les fois que ce dernier se trouvera dans un des cas prévus par les art. 1 (2) et 2 de la loi de 1889. Si une telle déclaration intervient à l'égard d'un père n'ayant que l'enfant antérieurement cédé ou abandonné, elle aura en général un effet protecteur simplement éventuel, l'état de choses créé par la délégation judiciaire primitive persiste et les droits du tiers gardien sont maintenus : on ne voit pas en effet pourquoi la cession consentie par le père perdrait toute efficacité en cas de déchéance ultérieure, alors qu'une émancipation de sa part eut été certainement hors de toute contestation (3). Les droits réservés au père cédant, s'il y en a eu, passent à qui en serait investi à son décès ou sont dévolus par le tribunal suivant qu'ils rentrent ou non dans l'énumération de l'art. 14 de la loi.

Admission de la demande, rejet pur et simple ou avec déchéance prononcée, telles sont les diverses issues que la loi assigne expressément à l'instance. Nous en ajouterions volontiers une quatrième : restitution partielle au père de ses droits. Une décision de justice seule a pu, même en cas de cession volontaire, faire une répartition des prérogatives de l'autorité paternelle entre le père et le gardien, une décision de justice pourrait les remettre toutes aux mains des parents,

(1) Leloir, t. II, n° 709. Argument d'analogie, art. 16 de la loi, en cas de déchéance.

(2) Nous avons admis que la déchéance, même encourue de plein droit, devait toujours être déclarée par la justice (voir *supra*, p. 338 et suiv.).

(3) Leloir, t. II, nos 702, 703. — *Contra* Nillus, n° 192.

pourquoi une décision de justice ne pourrait-elle pas en faire une répartition nouvelle (1) ?

Les conditions requises pour la restitution de la puissance paternelle sont plus strictes s'il y a eu déchéance. A-t-elle été la conséquence d'une condamnation pénale, la réhabilitation pénale, possible seulement trois ou cinq ans, suivant les cas, soit depuis que la condamnation est devenue irrévocable, soit depuis l'expiration de la peine, constitue un préalable indispensable de la requête. A-t-elle été prononcée par le tribunal civil en dehors de toute condamnation, trois ans (2) doivent être écoulés à compter de l'époque où la sentence est devenue définitive, le mariage de l'individu déchu fût-il postérieur au jugement de déchéance (3) ; on a voulu éviter de trop nombreux procès sur la question. Du moins le texte définitif n'impose pas, comme on l'avait proposé, aux demandeurs les conditions de résidence exigées par l'art. 621 C. inst. crim.; ceux-là seuls y sont donc astreints qui ont besoin pour agir de se faire préalablement réhabiliter et il n'y a pas lieu de regretter qu'on n'ait pas généralisé cette disposition, étant données ses difficultés d'application ordinaires.

On suit pour la procédure les mêmes règles en principe que pour l'action en déchéance elle-même avec une double différence toutefois. Le parquet n'a pas besoin de faire d'enquête sur la situation et la moralité de la famille. L'avis du conseil de famille est obligatoire (4), alors du moins qu'après audition du ministère public et du juge rapporteur, le tribunal n'a pas *de plano* rejeté la demande ; il remplace les observations des parents connus dont, sur l'instance en déchéance, l'art. 4 prescrit la mise en demeure. Le conseil de famille dont il est ici question est le même que vise déjà l'article 4

(1) Nillus, n° 178. — *Contra* Leloir, t. II, n° 701.

(2) On a emprunté ce délai aux règles de l'art. 620 C. inst. crim., pour la réhabilitation en matière correctionnelle.

(3) Une proposition en sens contraire de M. Cazeaux a été rejetée par la Chambre des députés le 25 mai 1889.

(4) La règle est différente au cas de demande en restitution de la puissance paternelle après délégation judiciaire.

de la loi, ce n'est pas la commission administrative de l'hospice où est l'enfant, mais le conseil de l'art. 407 C. civ., qui seul en effet peut donner des renseignements sur la moralité du requérant(1). Le demandeur, après audition par le tribunal, met en cause « le tuteur » (art. 16), c'est-à-dire, d'après les travaux préparatoires, l'individu constitué gardien depuis la déchéance qui « peut opposer à l'affection du père déchu l'affection qu'il aurait pour le pupille (2) », tuteur nommé conformément au droit commun, mère ayant obtenu la dévolution de la puissance paternelle à son profit ou représentant de l'Assistance publique. Théoriquement même, l'assignation devrait être adressée à l'enfant s'il est majeur, à moins que, pour éviter à la règle de l'article 371 C. civ., une atteinte résultant de la contradiction d'un fils à une telle action dirigée par son père, on ne voulût faire juger l'affaire sur simple requête (3). Aucun des divers actes judiciaires relatifs à l'instance n'est dispensé des droits ordinaires de timbre et d'enregistrement, tels que les fixe aujourd'hui la loi du 26 janvier 1892 (4).

La restitution demandée après déchéance sera accordée ou refusée pour le tout, la loi n'admet pas en effet de déchéance partielle. Au premier cas, sauf recours toujours ouvert au tuteur (5), le père recouvrera l'intégralité de ses prérogatives, à charge de respecter les droits acquis et les actes régulièrement accomplis en dehors de lui et de rembourser, s'il n'est pas

(1) *Contra* Nillus, n° 160. M. Leloir, t. II, n° 839, arrive à la même solution que nous, mais en se basant sur l'art. 24 de la loi de 1889 pour nier que les commissions hospitalières des hospices aient aucun droit de tutelle sur les enfants de parents déchus: ces enfants auraient pour tuteurs le directeur de l'Assistance à Paris et, dans les départements, les inspecteurs des enfants assistés, ils n'auraient pas de conseils de famille. C'est là une conséquence de la théorie voulue, mais non édifiée à nos yeux, par la loi sur la personnalité distincte de l'Assistance publique, nous en discuterons ultérieurement la réalité.

(2) Courcelle-Seneuil, rapport au nom du Conseil d'État.

(3) Leloir, t. II, n° 841.

(4) Inst. adm. enreg., 25 oct. 1889, n° 2779.

(5) Mais non au ministère public, car il n'est pas contradicteur à la demande. *Sic* Leloir, t. II, n° 842.

dans l'indigence (1), aux tiers que les ont faits sans y être tenus, les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. S'il y a rejet, le droit commun de la réhabilitation eut imposé un délai de deux ans avant tout renouvellement de la demande (C. inst. crim., art. 629); telle était aussi la solution primitivement adoptée comme fondée sur des motifs juridiques et des considérations de haute moralité. Le Conseil d'État a fait prévaloir une décision plus rigoureuse pour assurer la stabilité de l'état des mineurs (2) : une seule tentative de restitution épuisera le droit du déchu. Exception est faite cependant à la règle en faveur de la mère après la dissolution du mariage (art. 16) : au cours du mariage la déchéance a été prononcée contre les deux époux et maintenue malgré une requête collective en restitution, peut-être le rejet à l'égard de la mère a-t-il été uniquement motivé par la crainte de voir le père reprendre en fait la puissance ; la disparition de ce dernier crée une situation nouvelle dont le législateur entend faire bénéficier l'épouse (3).

Bien que non déclarée déchue de la puissance paternelle en même temps que son mari, la mère, nous l'avons vu, s'en verra parfois refuser l'exercice par crainte de l'autorité maritale, ne pourra-t-elle pas faire rapporter cette sentence rigoureuse? Les textes sont muets, mais nous n'en induirons pas, avec M. Nillus, qu'il faille lui reconnaître cette faculté en tous temps et sans condition de délai(4); outre que c'est dénier à la première sentence toute efficacité sérieuse, une telle solution est contraire à l'esprit de la loi qui répugne à de fréquentes remises en question de l'état du mineur. Nous serions tentés de distinguer. Pendant le mariage, la mère pourrait, par analogie des règles relatives à la garde des enfants en cas de divorce, soumettre à nouveau la question à la justice, à charge

(1) Même observation sur ce point qu'au cas de restitution après délégation judiciaire.

(2) Courcelle-Seneuil, rapport. *Sic* Gerville-Réache, rapport en 1889 à la Chambre des députés.

(3) Nillus, n° 157 ; Leloir, t. I, n° 499.

(4) Nillus, n° 124.

d'invoquer des circonstances nouvelles, sa séparation de corps par exemple. Après dissolution du mariage par mort du mari ou divorce, sauf décision spéciale du jugement de divorce sur ce point, l'épouse recouvrerait *ipso facto* et instantanément la plénitude de la puissance dont l'exercice seul, peut-on dire, lui avait été enlevé. La thèse est sans doute contestable, mais, à défaut de texte (1), il faut chercher à résoudre le problème par les principes même de la matière. Or, pendant le mariage, le Code civil associe la mère sinon à l'exercice, du moins à la jouissance de la puissance paternelle, il l'appelle même à suppléer le père empêché. A cette suppléance générale, la loi de 1889 apporte une exception au cas de déchéance prononcée contre le père ; mais sa disposition, soumise à la règle de l'interprétation restrictive, doit disparaître avec le motif de défiance qui l'a fait écrire. Si les droits de la mère ont été sacrifiés, c'est à raison non de son indignité mais de son état de dépendance vis-à-vis du mari. Aussi, tandis que, *constante matrimonio*, nous lui reconnaissons seulement le droit de réclamer dans des hypothèses exceptionnelles, parce que l'autorité maritale subsiste toujours, nous faisons retour au droit commun et appel au dévouement maternel le jour où cette autorité est supprimée par la mort de son titulaire. Si nécessaire qu'elle ait pu paraître au législateur, l'exclusion de la mère non coupable est un désordre dont la durée doit être nécessairement limitée à celle de sa cause originelle (2).

§ III.— Dévolution de la puissance paternelle.

Après avoir examiné les effets de la loi de 1889 vis-à-vis des parents, il faut nous demander ce que deviennent les

(1) Un article du projet primitif réglant ce point a disparu au cours des travaux préparatoires sans motif énoncé.

(2) Leloir, t. I, n° 472. D'où l'auteur conclut, avec M. Peyron (rapp. 1891, p. 8), à la nécessité absolue pour les tribunaux de frapper expressément de déchéance la mère coupable. — *Contra* Nillus, p. 84, note 1.

droits par eux perdus. C'est l'objet des articles 9 à 14, 22 et 23 (1).

En cas de déchéance prononcée, le texte distingue entre les prérogatives qu'il rattache à la notion de puissance paternelle. Pour les unes, la loi se charge elle-même d'organiser la dévolution : ce sont celles dont l'exercice, quoique fort important, n'a pas un caractère de permanence qui les rende au même degré nuisibles à l'enfant, le droit de consentir au mariage, à l'adoption ou à la constitution d'une tutelle officieuse, à l'émancipation (art. 14); nous joindrons à l'énumération, malgré le silence de la loi, la faculté d'autoriser l'entrée du mineur dans les ordres sacrés ou dans une congrégation religieuse, de demander pour lui un changement de nationalité (2). Par le fait seul de la déchéance, ces prérogatives compètent à la personne qui en eut été investie après décès du parent déchu ; elles passent du père à la mère, des parents aux ascendants (3) conformément aux règles des art. 149 et suiv. C. civ, Telle est la règle universellement admise malgré l'ambiguité de la formule de l'art. 14 qui semble faire abstraction des droits de la mère (4), les travaux préparatoires en démontrent l'exactitude. Quant aux prérogatives qui, limitées à la durée de la minorité de l'enfant, ont toujours été considérées comme rentrant dans la notion de la puissance paternelle *stricto sensu*, leur exercice, on peut le dire, est de tous les jours ; la loi s'en est dans une large me-

(1) D'après M. Pillet (*op. cit.*, *Journal de droit international privé*, 1892, p. 10), ces articles ne sont pas applicables aux parents étrangers déchus en France à défaut par leur loi personnelle d'admettre la possibilité de la déchéance : ils visent en effet une question de statut personnel pur. Si logique qu'elle soit, cette argumentation se heurte à bien des difficultés pour son application pratique. N'établit-elle pas d'ailleurs, entre les diverses prescriptions dont l'ensemble constitue la loi du 24 juillet 1889, une distinction arbitraire puisqu'on autorise les tribunaux français à prononcer la déchéance contre des étrangers ?

(2) *Sic* Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 116 ; Vincent, *La nationalité, Lois nouvelles*, 1889, n° 106 ; Leloir, t. 1, n° 465.

(3) Quand la chose du moins est possible; il en est autrement par exemple du droit de consentir à l'adoption, il est spécial aux parents.

(4) Nillus, n° 154; Leloir, t. 1, n° 463.

sure remise aux juges du soin d'en assurer la dévolution au mieux de l'intérêt de l'enfant, soit d'office et sans réquisition spéciale, soit même contrairement aux conclusions des parties ou du ministère public. La déchéance du père peut, à leur gré, entraîner attribution de ces droits à la mère existante ou, même en présence de celle-ci, constitution d'une tutelle dans les termes du droit commun; faute de quoi, le législateur propose, comme mesure générale, la tutelle de l'Assistance publique et ce dernier procédé devient obligatoire dès que, la mère étant décédée ou elle-même déchue, aucun membre de la famille n'accepte la tutelle.

Le pouvoir d'appréciation des tribunaux se conçoit facilement quand la mère est déjà prédécédée ou déchue; mais nous savons aussi que, même vivante et innocente, celle-ci peut être dépouillée de l'exercice de la puissance et qu'il en sera ainsi très généralement en fait, les travaux préparatoires le déclarent, sauf les cas exceptionnels de séparation de corps ou de divorce concomitant à la déchéance du père (1). Lorsqu'elle sera investie de l'autorité paternelle *jure non decrescendi* suivant la très exacte expression de M. Bourcart, elle en aura tous les droits tant sur la personne que sur les biens de l'enfant, même l'administration légale. Mais elle devra parfois (2) tenir compte de l'autorité maritale subsistante: au point de vue des biens notamment, si la communauté de biens originairement existante subsistait entre les époux, la situation du mari resterait sensiblement la même, les revenus de la fortune de l'enfant continuant à alimenter la masse commune.

A. — Tutelle individuelle.

1° Au moment de prononcer la déchéance contre l'époux survivant, le tribunal se trouvera parfois en présence d'une

(1) Trib. Seine, 30 juillet 1890; Trib. Versailles, 12 mars 1891; Trib. Nogent-le-Rotrou, 25 sept. 1891; Assises Nièvre, 12 mai 1891, Leloir, t. II, p. 410, 439, 456, 379.

(2) Voir la loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps.

tutelle déjà organisée d'après les principes du Code civil, à la mort du prémourant, avec un tiers comme tuteur: cette tutelle sera maintenue, les droits du tuteur et du conseil de famille s'augmentant seulement des prérogatives enlevées par le jugement au survivant déchu. Mais le plus souvent la tutelle sera aux mains de celui-ci ou il n'y aura pas de tutelle ouverte : dans les deux cas il faut pourvoir à une vacance absolue du jour où la déchéance est prononcée. Le tribunal apprécie alors la moralité des autres membres de la famille; s'il croit y trouver pour le mineur des garanties et un milieu sain, il y puisera les éléments nécessaires pour la constitution d'une tutelle de droit commun (1).

Comme la tutelle légale des ascendants ne s'ouvre qu'après le décès des parents, le tuteur nommé ici sera nécessairement un tuteur datif, que devra désigner le conseil de famille conformément au droit commun. Quelques jugements ont organisé eux-mêmes la tutelle et choisi le tuteur (2) : il y a eu là de leur part un abus de pouvoir incontestable, une violation du texte de l'art. 10; tout au plus le tribunal pourrait-il indiquer au conseil de famille et recommander à son choix une personne lui paraissant remplir toutes les conditions désirables (3). Le tuteur nommé reste libre d'ailleurs de décliner cette fonction, car « un jugement de déchéance, étant déterminé par une appréciation humaine, n'a pas le caractère fatal de la mort (4) »; même après acceptation, il pourrait ultérieurement se démettre de la tutelle (5). En somme c'est la tutelle du Code civil avec une double différence : elle est facultative tant pour le tribunal que pour le tuteur et les biens de ce

(1) Trib. Pithiviers, 12 fév. 1890; Trib. Seine, 25 juin, 12 sept. 1890 et 27 juin 1891, Leloir, t. II, p. 386, 396, 421, 454.

(2) Trib. Pithiviers, 12 fév. 1890; Pont-Audemer, 9 déc. 1890 ; Marseille, 18 av. 1891, Leloir, t. II, p. 386, 431, 445. *Sic* Charmont, *Rev. crit.*, 1891, t. XX, p. 520. — *Confer* Huc, t. III, n° 294.

(3) Trib. Seine, 25 juin 1890, Leloir, t. II, p. 396 ; Blois, 11 juin 1890, *Rev. bienf.*, 1891, 13. *Sic* Leloir, t. II, n° 475.

(4) Courcelle-Seneuil, rapport au Conseil d'Etat.

(5) Nillus, n° 133 ; Leloir, t. I, n° 474.

dernier ne sont pas en principe grevés d'une hypothèque légale (art. 10), disposition très sage au point de vue économique qui permettra de trouver facilement un tuteur, sans compromettre les intérêts du mineur puisque les juges pourront constituer l'hypothèque en cas de besoin (1).

2° La famille n'est-elle pas jugée digne de conserver l'enfant, la tutelle individuelle n'en reste pas moins possible comme le meilleur mode de protection pour remplacer la puissance paternelle et procurer au mineur une affection, un intérêt sympathique, que ne lui donnera pas l'Assistance publique. Il est en conséquence loisible à toute personne de solliciter, au cours de l'action en déchéance, l'attribution après enquête d'une sorte de tutelle officieuse sur l'enfant qui diffère du reste sensiblement de celle du Code civil. Ce n'est pas ici un préliminaire de l'adoption mais un moyen d'opérer un acte de bienfaisance, d'où les seules obligations assumées par le tuteur seront celles indiquées par l'art. 364 C. civ., § 2 : l'enfant sera élevé, nourri, mis en état de gagner sa vie, mais, rattaché seulement par un lien moral à son bienfaiteur, il n'acquérera aucun droit actuel ou éventuel sur les biens de celui-ci. Encore les obligations du tuteur n'ont-elles pas de sanction écrite dans la loi et un tel silence est volontaire : toute indemnité due au pupille ou à ses ayants cause a paru, au Conseil d'Etat « incompatible avec le principe de la nouvelle tutelle et propre à en éloigner nombre de personnes bienfaisantes (2) ». En revanche, jamais les parents ou ascendants ne seront tenus de payer une pension pour l'enfant (3). De plus, si la personne qui prétend à la tutelle officieuse doit prouver sa capacité dans les termes des art. 442 et suiv. du

(1) Pascaud, *Rev. gén.*, 1892, p. 519 ; Huc, t. III, n° 295. L'hypothèque en ce cas n'est pas dispensée d'inscription, elle sera inscrite à la diligence du subrogé tuteur ou de toute personne ayant qualité pour provoquer la déchéance de la puissance paternelle (Huc, *ibid.*).

(2) Courcelle-Seneuil, rapport au Conseil d'Etat. — *Sic* Leloir, t. I, n° 569.

(3) Nillus, n° 153 ; Leloir, t. I, p. 443, note 2.

Code civil (1) et obtenir le consentement de son conjoint quand elle est mariée, elle n'a pas à justifier des conditions d'âge prescrites par les art. 361 et 364 : peu importe qu'elle ait moins de cinquante ans ou des enfants légitimes, peu importe que le pupille ait plus de quinze ans (2).

L'administration des biens du mineur, s'il en a, passe au tuteur officieux qui doit rendre des comptes en fin de gestion et ne peut se remplir des frais par lui faits sur les revenus desdits biens (C. civ., art. 365, 370 ; Loi 1889, art. 13, § 3). Le tuteur n'est pas frappé d'une hypothèque légale mais seulement, le cas échéant, d'une hypothèque judiciaire, générale ou spéciale au gré du tribunal (arg., art. 10). Ses droits d'ailleurs sont plus étendus que ceux d'un tuteur officieux ordinaire : les parents déchus perdent la jouissance légale et le droit de correction (3) et, si l'on peut concevoir théoriquement une réserve par eux de ces prérogatives en cas de cession judiciaire, en fait cette hypothèse ne se produira pas, ne fût-ce qu'à raison du refus par l'Assistance publique de consentir à une semblable convention. Bref notre tuteur exerce en définitive, avec l'assistance du conseil de famille dans les conditions de l'art. 468 C. civ., les attributs de l'autorité paternelle moins les droits dont la dévolution est obligatoirement réglée par l'art. 14 de la loi ; quant à l'émancipation par exemple, son pouvoir se borne, au jour seulement où il ne demeure plus en présence de la mère vivante et maîtresse de ses droits, à provoquer la convocation du conseil de famille et sa délibération sur ce point. Enfin la constitution d'une tutelle officieuse laisse subsister le droit éminent de l'Assistance publique : remplaçante légale du père, elle a un droit de contrôle et de surveillance (4), le

(1) Nillus, nos 146 et 147 ; Leloir, t. I, n° 568. Les femmes peuvent se la faire conférer.

(2) Brueyre, *La loi de 1889* ; Leloir, t. I, n° 568.

(3) Il en est ainsi même à l'égard de la mère privée, quoique non déchue, de l'exercice de ces droits, en cas de déchéance de son mari.

(4) Circ. min. 16 août 1889.

préfet du département peut réclamer l'enfant dont les intérêts seraient compromis.

Confier l'enfant à une personne sûre est assurément l'idéal, aussi la loi poursuit-elle ce but même s'il y a eu délégation judiciaire. Evidemment il ne peut en pareil cas être question de la tutelle de droit commun, de deux choses l'une en effet : ou le mineur est placé par ses représentants naturels, ses père et mère ou tuteur, et l'intervention de ce dernier a été jugée insuffisante pour accomplir l'œuvre d'éducation, tandis que l'existence des parents non déchus empêche l'ouverture de la tutelle ; ou bien l'enfant a été recueilli en dehors de ses représentants légaux, et le silence de la famille pendant les trois mois qui suivent la déclaration de l'art. 19 la rend suspecte au législateur. Mais l'organisation d'une tutelle officieuse ne rencontre pas les mêmes obstacles. Celui-là peut demander au tribunal de l'en investir qui s'est vu confier un pupille de l'Assistance publique et l'a gardé pendant trois ans (Loi 1889, art. 13, § 5). Il a les mêmes pouvoirs que le tuteur officieux nommé après déchéance des parents, sauf que, pour les actes importants, le conseil de famille non existant ici est remplacé par les représentants de l'Assistance publique ou par les parents qui en ont fait la réserve dans l'acte de cession ; théoriquement au moins, une pareille réserve pourrait restreindre les attributions ordinaires du tuteur officieux elles-mêmes (1).

B. — Tutelle administrative et collective.

La tutelle individuelle est quelquefois impossible à organiser. Personne, au jour de la déchéance, ne se propose comme tuteur officieux et la famille est mise en suspicion par le juge, soit pour absence de moralité, soit simplement parce que la condition sociale de ses membres, leur manque de ressources ou leur défaut d'instruction, leur enlèvent toute influence profitable à l'enfant. Cependant il faut trouver une

(1) Dans le cas peu pratique par exemple où le cédant se serait réservé, avec l'autorisation du tribunal, le droit de jouissance légale.

autorité pour remplacer le père. La même difficulté se rencontre à l'égard des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents. Comment la résoudre ?

On eut pu concevoir une organisation décentralisée et constituée sur place : l'Etat encourageant, subventionnant même les œuvres privées auxquelles, après enquête, les tribunaux eussent conféré la puissance ravie aux parents ou cédée par eux, en se réservant toujours sur elles un pouvoir de contrôle ; puis, à titre de réserve, des services communaux ou cantonaux chargés de la tutelle d'un petit nombre d'enfants à la fois. On se fut ainsi rapproché de la tutelle individuelle, idéal relatif en la matière. La loi s'est prononcée en faveur d'un autre système plus en harmonie avec nos habitudes centralisatrices, avec nos principes individualistes aussi, hostiles à toute entreprise collective en dehors de l'action de l'Etat (1) ; il permettait en outre d'employer pour son application un service administratif déjà organisé, celui des enfants assistés. On s'en tint à une tutelle unique fortement centralisée et on la confia à l'Assistance publique. Il ne fallait pas néanmoins se priver complètement du concours des entreprises privées, l'intérêt des mineurs eut d'autant plus eu à en souffrir que l'Assistance publique est bien loin de ses pupilles et leur réserve une éducation « rigide, sèche et coûteuse ». Le Conseil d'Etat concluait donc logiquement à un droit d'option pour les tribunaux entre l'Assistance publique et les œuvres privées jugées par eux dignes de remplir une aussi délicate fonction. Mais, fit-on remarquer, presque toutes ces œuvres sont congréganistes et la loi prescrit l'instruction laïque (2). On cher-

(1) M. Gonse demandait une tutelle cantonale analogue au système adopté en Suisse (canton Neufchâtel, loi des 30 avril 1855, 23 mars 1889). M. Courcelle-Seneuil la repoussa comme « contraire à nos mœurs ». On objectait l'exemple malheureux de la loi française du 27 frimaire an V, donnant pouvoir aux municipalités sur les enfants abandonnés, et les difficultés éprouvées pour la constitution des comités locaux dans des buts identiques, v. g. pour l'application de la loi du 23 décembre 1874.

(2) « On a parlé de danger qui menacerait nos institutions si quelques petits vagabonds venaient à être infectés du virus clérical. » G. Michel, *L'enfance*

cha un système transactionnel (1), maintenant la collaboration de la charité privée, la sollicitant même, mais lui créant une situation subordonnée et précaire : l'Assistance publique a le monopole des tutelles sur les enfants qu'on assimile aux enfants abandonnés de la loi de l'an XIII et du décret de 1811, avec cette aggravation en province que le tuteur est, non plus un membre de la commission hospitalière, mais un agent de l'Etat, l'inspecteur départemental des enfants assistés (art. 11, 24) (2). La situation est la même, qu'il s'agisse de déchéance ou de délégation judiciaire.

1° Y a-t-il déchéance du père sans dévolution de la puissance à la mère ni ouverture d'une tutelle de droit commun; de plein droit la tutelle est dévolue à l'Assistance (art. 11), et cela d'une façon absolue. L'administration ne peut pas s'y soustraire et elle en est investie par l'art. 11 de la loi alors même que le tribunal omet de statuer sur ce point. En fait, la très grande majorité des jugements de déchéance lui déférent expressément ledit droit, quelques-uns même l'attribuent à l'inspecteur d'un département déterminé (3) et les tribunaux répressifs eux-mêmes peuvent ainsi l'organiser (4). L'enfant dont les parents sont frappés de déchéance ne doit jamais rester un seul instant sans protecteur légal, telle est l'idée fondamentale que M. Brueyre fit prévaloir au sein de la commission de la Chancellerie. Le prononcé de la déchéance contre le père emporte donc toujours dévolution des droits perdus par lui à l'administration; la dévolution est définitive, sauf les cas légaux de restitution aux parents déchus, si le jugement a remis l'enfant à l'Assistance publique ou a for-

abandonnée et l'autorité paternelle, Économiste français, 17e ann., p. 135. Sur 900 établissements destinés à l'enfance abandonnée, 700 et plus étaient des œuvres privées.

(1) Présenté par M. Laffon au Conseil supérieur de l'Assistance publique.

(2) A Paris, l'assimilation est complète avec le système de la loi du 10 janv. 1849.

(3) Trib. Pithiviers, 12 fév. et 5 mars 1890, Leloir t. II, p. 386. Si l'inspecteur désigné n'est pas celui du domicile de secours, il défère ses pouvoirs à son collègue par un acte administratif.

(4) Assises Aisne, 4 nov. 1890; Nièvre, 12 mai 1891; Leloir, t. II, p. 379.

mellement écarté l'autorité de la mère et la constitution d'une tutelle de droit commun, elle est provisoire, si le tribunal ne s'est pas prononcé sur ces questions accessoires, jusqu'au jour où elles seront tranchées par la juridiction compétente. Telle est du moins l'opinion énergiquement soutenue par M. Brueyre (1) qui l'applique même quand la déchéance des parents est motivée par l'envoi d'un de leurs enfants dans une maison de correction. Encore ici et malgré la tutelle de fait accordée sur ce mineur à l'administration pénitentiaire par la loi du 5 août 1850, l'Assistance publique est tutrice de droit en dehors de toute autre désignation ; c'est peut-être même pour faire cesser le plus tôt possible la période pendant laquelle cette qualité lui est attribuée à titre précaire que l'art. 9, § 1, invite la famille et le ministère public à saisir le tribunal compétent sans délai.

La thèse est quelque peu hardie et l'on pourrait mettre en doute qu'elle ait été vraiment sanctionnée par le législateur. Attribuer *de plano* la tutelle à l'Assistance publique du jour même où la déchéance est prononcée, en dehors de toute décision judiciaire, n'est-ce pas rendre le rôle de cette administration prépondérant tandis qu'il paraissait devoir être subsidiaire? L'article 11 ne semble-t-il pas aussi subordonner son intervention à l'examen préalable des questions prévues dans les deux articles précédents? Quoi qu'il en soit, si cette théorie doit triompher, nous comprenons la résistance des tribunaux (2), en matière répressive surtout, à prononcer la déchéance. Les juridictions pénales ne peuvent pas organiser immédiatement la tutelle de droit commun, parce qu'il y a là un point du ressort exclusif de la juridiction civile (3); la tutelle de l'Assistance publique s'ouvrirait

(1) Brueyre, *La loi*, p. 54 ; *Bull. pris.*, 1891, p. 318; Leloir, t. I, n° 478. L'Assistance publique agit suivant ces principes.

(2) M. Brueyre, *Bull. soc. pris.*, 91, p. 337 : « Il faudrait par an 600 ou 800 jugements de déchéance en France. Or, en 1890, il y en a eu à peu près 30 à Paris et 70 à Lyon. »

(3) Voir cependant, *contra*, pour la 1re fois, Paris, 4 fév. 1898, *Fr. jud.*, 1898, p. 88.

donc nécessairement, soit qu'elles la constituent, ce qu'elles ont le droit de faire (1), soit qu'elles omettent de statuer sur ce point alors que les juges ignorent si, faute de réclamation de la part des parents, la situation provisoire ainsi créée ne sera pas en fait définitive et à qui l'Assistance publique déléguera l'exercice de ses droits (2).

Les tribunaux ont uniquement le choix, en cas de déchéance du père, entre la remise des droits à la mère, l'ouverture d'une tutelle de droit commun et l'action de l'Assistance publique ; ils ne peuvent, contrairement aux désirs du Conseil d'État, conférer sans excès de pouvoir les attributs de la puissance paternelle à une société privée, fût-elle reconnue d'utilité publique (3). Ce choix, d'ailleurs, ils l'exercent librement et d'une façon distincte pour chaque enfant des parents déchus (4), dans le jugement même de déchéance, ou bien ultérieurement le jour où la question est soulevée par le ministère public ou la famille (5) ; mais la décision prise en faveur de l'Assistance publique ou du moins contre la tutelle du droit commun confère à l'administration une situation irrévocable. Sans doute l'alternative entre la tutelle du Code civil et celle de l'Assistance se posera encore au décès de la mère maintenue dans l'exercice de la puissance paternelle après déchéance du père ; il en sera de même,

---

(1) Note min., *Bull. min. just.*, 1890, p. 307. Brueyre, *Bull. soc. pris.*, 1891, p. 347. Des cours d'assises l'ont déjà fait : Aisne, 4 novembre 1890 ; Nièvre, 12 mai 1891 ; Leloir, t. II, p. 379.

(2) M. Flandin, *Bull. soc. pris.*, 1891, p. 345 et suiv.

(3) Leloir, t. I, n° 481, et *La déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. judic.*, t. XV, 1re part., p. 191. — Le 11 juin 1890, le tribunal de Blois, ayant prononcé la déchéance contre deux époux, avait délégué l'exercice des droits de la puissance paternelle, relativement à l'un de leurs enfants, à la société *l'Union française*. Sur les observations du ministre de l'intérieur, il se rétracta par jugement du 12 septembre suivant et remit l'enfant à l'Assistance publique.

(4) Tribunal Blois, 11 juin 1890, *Rev. bienf.*, 1891, 13 ; Tribunal Pont-Audemer, 9 déc., 1890, Leloir, t. II, p. 431.

(5) Parfois la question ne se soulève qu'après le décès des deux parents, si c'est un ascendant que la déchéance a frappé, ou après le décès du père, si la mère seule a été déclarée déchue.

croyons-nous, quand les juges auront d'abord adopté la tutelle du Code civil, chaque fois que disparaîtra le tuteur en exercice par décès, démission ou destitution (1). Mais, une fois placé sous la puissance de l'Assistance publique, l'enfant ne peut plus en être distrait par le tribunal, même après le décès des parents déchus ; la tutelle du droit commun est écartée pour toujours dans l'intérêt présumé de l'enfant. Seule, la mère, privée quoique innocente de l'exercice de son autorité lors de la déchéance du père, revendiquerait avec succès au décès de celui-ci le mineur en vertu des droits qu'elle aurait recouvrés *de plano ;* comme elle pourrait aussi, même du vivant du père déchu, s'opposer à la constitution d'une tutelle officieuse par l'Assistance publique, c'est là en effet un des droits réservés par l'art. 14 de la loi (2).

Quel va donc être en tout cela le rôle des sociétés privées de bienfaisance ? Il est absolument nul en cas de déchéance des parents et M. Brueyre (3) leur conseille, non sans raison, « de réserver leurs efforts et leurs ressources en faveur des enfants du titre II » pour lesquels l'assistance de l'administration est facultative. En fait, les tribunaux leur remettront parfois les enfants à titre provisoire pendant l'instance ou même après sentence sur le fond et l'Assistance publique, dans les départements surtout, ne réclamera pas pour éviter une nouvelle charge à son budget (4) ; ailleurs on fera désigner comme tuteur de droit commun un membre d'une telle société par un conseil de famille composé, à défaut de parents, de personnes charitables. Mais ce sont là purs expédients de pratique. En droit, l'Assistance publique seule a qualité pour confier aux établissements privés comme à toutes autres personnes la garde des enfants ; ils sont alors ses mandataires toujours révocables, leurs fonctions sont précaires et

(1) Nillus, n° 131; Leloir, t. II, n° 481. Mais l'alternative ne se produira que s'il s'agit d'un tuteur nommé en vertu de la loi de 1889 et non par application du Code civil ; nous supposons donc au texte les parents existants.

(2) Leloir, t. I, nos 480, 481; t. II, n° 711.

(3) Brueyre, *La loi de 1889*, p. 34.

(4) *Ibid.*, p. 35. *Sic Bulletin société pris.*, 91, p. 1013.

ils n'ont même pas la ressource offerte aux particuliers de se faire conférer, après trois ans de garde, la tutelle officieuse conformément à l'art. 13 de la loi. Leur seule garantie en pareil cas et aussi celle de l'enfant, intéressé à la stabilité de sa situation, réside dans le désir des administrations départementales d'éviter les dépenses qu'amènerait fatalement le déplacement du pupille. On a déclaré qu'à charge d'obtenir l'autorisation ministérielle spéciale exigée par la loi, les associations privées pourraient se faire céder par l'administration des droits plus stables dont la suppression serait subordonnée à une décision judiciaire, le contrôle de l'Assistance publique perdrait ainsi son caractère éminemment arbitraire (1). Il faut, pour le soutenir, assimiler l'Assistance publique investie de la tutelle par application de l'article 11 aux tuteurs ordinaires auxquels l'article 17 reconnaît la faculté d'opérer une délégation judiciaire; or, cette assimilation nous paraît pour le moins hasardée.

2° Le père de famille est-il seulement, volontairement ou non, dessaisi de ses droits en totalité ou en partie? Nous retrouvons encore ici le principe de centralisation dans l'organisation de la tutelle. Quelques prérogatives peuvent être exclues d'une cession judiciaire (2); c'est le pendant de la réserve faite par l'article 14 dans la dévolution au tuteur du droit commun ou à l'Assistance publique au cas de déchéance: en fait, ce seront les mêmes que dans cette dernière hypothèse ou du moins quelques-unes d'entre elles, v. g. le droit de consentir au mariage de l'enfant (3). Mais

(1) Leloir, t. II, nos 676-678. — Ne peut-on pas objecter que l'art. 17 vise uniquement le tuteur de droit commun, puisqu'il suppose la cession transférant la puissance paternelle à l'Assistance publique et que le contrat dont il s'agirait ici serait tout à fait différent? Le système proposé se heurte d'ailleurs, quand la mère a été privée, quoique non déchue, de la puissance paternelle en même temps que son mari, à des difficultés que reconnaît M. Leloir au n° 678.

(2) Ces droits eux-mêmes passent à l'Assistance publique à défaut de parents appelés à les exercer par le droit commun.

(3) Le père a la liberté de se réserver tel droit qu'il voudra. Au point de vue de la délégation judiciaire, au contraire de ce qui a lieu au cas de dé-

les autres attributs de la puissance paternelle passent tous et toujours, quant au fond, à l'Assistance publique ; eussent-ils été expressément cédés à un particulier ou à un établissement privé, leur exercice seul appartient au cessionnaire (1). Cette sorte de domaine direct réservé à l'État lui donne un pouvoir de contrôle et de surveillance constante sur les titulaires du domaine utile. Une décision judiciaire a opéré la décomposition de la puissance paternelle ; l'Assistance publique a toujours, en cas d'abus, la faculté de provoquer un nouveau jugement pour réunir entre ses mains les divers éléments divisés.

C'est en 1888 seulement que cette théorie radicale a prévalu et que la dévolution des droits à l'Assistance publique a été déclarée obligatoire, même en cas de cession. A cette date même, le Gouvernement restreignait encore la possibilité du dessaisissement aux droits de garde, d'éducation, de correction, d'administration légale, de consentement à l'engagement militaire ou au mariage (2) du mineur, à l'exclusion des droits d'usufruit légal, d'émancipation, de consentement à l'adoption. La commission de la Chambre a supprimé ces distinctions : tous les droits découlant de la puissance paternelle peuvent être cédés par le père de fa-

---

chéance, la puissance paternelle ne constitue pas un tout indivisible. De même, en cas de délégation sans intervention des parents, les tribunaux, s'ils doivent nécessairement transférer la puissance paternelle tout entière à l'Assistance publique, peuvent, quant à l'exercice des prérogatives en découlant, faire une répartition entre l'Assistance et la personne, établissement ou particulier, qui a recueilli l'enfant.

(1) Voir, pour la critique de ce système, MM. Desportes et Quérenet à la Société des prisons (*Bulletin pris.*, 1884, p. 73 et suiv.; 1887, p. 79) et Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle, Fr. judiciaire*, 1892, t. XVI, 1re part., p. 177-180. M. Courcelle-Seneuil, dans son rapport, disait : « Les hommes de bonne volonté, seuls ou associés, devraient s'offrir à les supporter (les charges de la loi) et un certain nombre s'y offrent en effet, il convient de les encourager le plus qu'on peut... L'État ne doit accepter ces charges que lorsque l'initiative privée fait défaut : le rôle nécessaire du gouvernement n'est qu'un rôle de surveillance. »

(2) Le gouvernement ajoutait ce dernier droit à la liste de ceux admis par le projet primitif de la Chancellerie.

mille, avec l'assentiment du tribunal, à l'établissement ou au particulier de son choix; toujours aussi quelques-uns peuvent être réservés par lui, même celui de jouissance légale (1). La cession ne porte jamais que sur les droits dont est investi le cédant; ainsi, à défaut de parents, le tuteur ne saurait disposer de la faculté de consentir au mariage de son pupille s'il existe des ascendants. Comme tout acte exceptionnel, elle sera interprétée d'une façon restrictive (2); mais elle est opposable à tous dans les limites où elle est régulièrement faite, à la mère par exemple après le décès du père cédant (3).

Cette dernière solution paraît illogique du moment que la mère, écartée de la puissance paternelle pour cause de déchéance du père, en reprend de plein droit l'exercice s'il vient à mourir. Comment d'ailleurs les droits éventuels de la mère seraient-ils atteints par une cession à laquelle elle est restée étrangère? Tout cela est vrai et théoriquement on peut regretter que l'adhésion de l'épouse n'ait pas été requise pour le contrat de dessaisissement; mais n'oublions pas que, d'après le Code civil, le mari a d'une façon générale la faculté de diminuer, de détruire même d'avance par l'émancipation la puissance paternelle aux mains de sa femme: c'est un principe traditionnel. Si, après déchéance du chef de famille, la femme écartée de l'exercice de l'autorité paternelle par crainte de l'autorité maritale recouvre *de plano* ses droits au décès du déchu, cette exception à la règle géné-

(1) Il est d'ailleurs peu probable qu'en pratique le tribunal et l'établissement cessionnaire consentent à cette rétention par le père du droit d'usufruit légal. — S'il l'abandonne, y a-t-il de sa part renonciation pure et simple ou cession? M. Leloir, t. II, n° 671, penche pour le premier parti. Nous ne croyons pas cependant à l'impossibilité d'une cession: si en effet, d'après le Code civil, cette impossibilité est certaine, n'est-ce pas précisément l'effet de la loi de 1889 d'avoir autorisé la transmission par voie de délégation judiciaire des divers attributs de la puissance paternelle? — Le père de famille pourrait faire successivement plusieurs cessions partielles.

(2) Celui qui abandonne la faculté de consentir au mariage de ses enfants ne renonce pas *ipso facto* à donner son consentement au mariage de ses petits-enfants, en cas de disparition de leurs parents.

(3) Leloir, t. II, n° 675. — *Contra* Nillus n° 175.

rale tient à ce qu'il s'agit alors des effets d'une peine et que les peines doivent être rigoureusement personnelles. Depuis la loi de 1889, une décision judiciaire peut soustraire un mineur à l'autorité de ses deux auteurs, mais à la condition toutefois de déclarer la mère déchue en même temps que le père.

Le fait par le cédant d'avoir retenu certains droits de la puissance paternelle créera parfois ultérieurement des difficultés à l'enfant. Après une séparation qui aura émoussé chez lui tout sentiment d'affection et de sollicitude, le père sera tenté peut-être d'abuser des prérogatives réservées. L'art. 17 y pourvoit, quant au consentement au mariage, en donnant à l'Assistance publique la possibilité de faire trancher la question par le tribunal (1). De plus, contre l'émancipation opérée par le père dans le but unique de faire échec à la cession par lui consentie, l'application d'une jurisprudence constante permettrait d'ouvrir une action en justice aux représentants de l'Assistance publique et même à des tiers gardiens pour rendre l'émancipation inopérante dans la mesure de leurs droits. Mais, quant aux autres attributs réservés, faute d'un texte analogue à l'art. 17, § 2, il faut en revenir au principe formel du Code civil : le père les exerce dans les mêmes conditions qu'autrefois, c'est-à-dire sans contrôle et avec pleine liberté d'appréciation. La cession partielle n'est pas assimilable à la déchéance puisqu'elle suppose non la faute mais la misère des parents ; ceux-ci n'encourent aucune peine parce qu'ils exercent les droits par eux conservés (2) et lesdits droits, à défaut de texte, demeurent forcément entre leurs mains aussi intacts que par le passé.

3° Reste un point à régler : les parents sont déchus ou dessaisis et les enfants confiés à l'Assistance publique, il faut

(1) D'après les travaux préparatoires de la loi de 1889, l'Assistance publique peut exercer ce droit au profit du fils jusqu'à ses 25 ans révolus.

(2) Il en est absolument de même au cas où il y a délégation judiciaire en vertu de l'article 19 et sans intervention des parents. La déchéance prononcée en pareil cas, produisant des effets bien plus graves et plus difficiles à effacer, serait certainement illégale.

prévoir les spéculations honteuses de parents allant sans scrupule au devant de la déchéance pour se dispenser d'avoir à subvenir à l'entretien de leur descendance. L'expérience du passé fournit, nous l'avons dit, des exemples analogues et les faits actuels parlent dans le même sens ; M. Flandin (1), dans une communication à la Société des prisons, a parlé des pères qui demandent aux juges de prononcer leur déchéance : « Nous ne tenons nullement, disent-ils, à la puissance paternelle. ». Pour obvier à cet inconvénient, l'article 12 prescrit au tribunal organisant la tutelle, après déchéance prononcée, d'imposer aux parents ou ascendants le paiement d'une pension ; c'est seulement s'ils sont dans l'indigence qu'il ne leur en sera pas réclamé une, mais alors, en fait du moins, la tutelle du droit commun ne sera pas instituée, car un tuteur non officieux ne peut être astreint à subvenir aux frais d'éducation et d'entretien de son pupille. Même à l'Assistance publique désignée le plus souvent pour remplacer des parents dans la misère, la circulaire ministérielle du 16 août 1889 recommande d'exiger une pension toutes les fois que ce sera possible, surtout « afin de donner satisfaction à la conscience publique. Il serait immoral et d'un funeste exemple de laisser des parents qui ne sont pas indigents tirer un profit matériel de la déchéance (2) ». S'il y a indigence bien constatée, les dépenses d'éducation et d'entretien de l'enfant sont réparties, par portions inégales, entre l'État, les départements et les communes, d'après les bases quelque peu modifiées de la loi du 5 mai 1869, relativement aux frais du service des enfants assistés (art. 25).

---

(1) *Bull. soc. pris.*, 1891, p. 348. Pareil phénomène a été constaté en Angleterre (communication de M. Sedley Taylor au Congrès internat. de la protection de l'enfance à Paris en juin 1883, compte rendu du congrès par M. Bonjean, t. I, p. 118, 120). Un ouvrier, M. Cercueil, administrateur du bureau de bienfaisance dans le 18e arrondissement, a exprimé aussi ses craintes en ce sens au Congrès et demandé, sur le salaire du père déchu, un prélèvement périodique égalant la somme qu'il eût dépensée pour entretenir ses enfants chez lui.

(2) *Bull. just.*, 1889, p. 241.

En principe donc et très justement, l'obligation résultant de la paternité même survit aux droits qu'elle engendre. « En donnant le jour à l'enfant, le père se crée une charge qui lui appartient en propre et ne peut être imposée avec justice à aucun autre (1) »; c'est une forme de l'obligation alimentaire naissant du fait seul de la filiation et l'art. 203 C. civ. astreint les pères et mères à nourrir, entretenir et élever leurs enfants mineurs. Or, l'obligation alimentaire survit à la déchéance, l'art. 1er de la loi de 1889 le proclame et, si la perte de la jouissance légale par les parents déchus les dispense de contribuer désormais à des dépenses considérées par l'art. 385 C. civ. comme des charges de cet usufruit, il est inadmissible que par ailleurs leur indignité soit pour eux une cause d'enrichissement. La règle de la loi ainsi justifiée s'applique, sans conteste possible, quels que soient et le tuteur désigné, l'Assistance publique comme tout autre, et la personne déchue, père, mère ou ascendant, avec cette différence que les ascendants autres que les parents ne sont pas tenus d'assurer aux enfants une éducation en rapport avec leur fortune et condition, mais doivent seulement des aliments proprement dits (art. 205). La pension, toujours due en argent (2), sera exigible non seulement de la personne frappée de déchéance mais encore des autres ascendants même non pourvus de la tutelle (3), car l'obligation alimentaire, indépendante de la puissance paternelle et de la tutelle, incombe à tous les ascendants de l'enfant, sauf à ne peser sur les plus éloignés que si les plus proches sont dans l'impossibilité d'y faire face.

Au cas de délégation judiciaire, le devoir survit également au droit, du moment que la loi de 1889 n'apporte pas d'exception formelle au principe général des art. 203 et suiv. du Code

(1) Courcelle-Seneuil, rapport au Conseil d'Etat.

(2) Si l'on appliquait aux père et mère déchus la règle de l'art. 211 C. civ., en autorisant la prestation en nature et dans leur demeure de la pension alimentaire, on enlèverait au jugement de déchéance son plus salutaire effet.

(3) Leloir, t. I, n° 486. — *Contra* Nillus, n° 153.

civil. La prise en garde d'un enfant n'équivaut pas à la constitution d'une tutelle officieuse et la pensée charitable qui préside presque toujours à cet acte ne doit pas faire refuser à son auteur, quand la chose est possible, une rémunération lui permettant d'élargir le cercle de ses bienfaits. De l'absence, dans les art. 18 et 20, d'une disposition analogue à celle de l'art. 12 il faut déduire, il est vrai, l'impossibilité pour la chambre du Conseil d'imposer aux parents le paiement d'une pension lorsqu'elle consacre leur dépossession totale ou partielle des droits de puissance ; cette omission est peut-être d'ailleurs intentionnelle, soit qu'on ait craint de détourner un père d'une cession avantageuse pour l'enfant en la rendant onéreuse pour lui, soit qu'envisageant le *plerumque fit*, on ait jugé inutile de parler de pension là où il s'agira à peu près toujours de parents indigents. Mais en somme rien n'empêche le père cédant de s'obliger envers l'établissement cessionnaire à contribuer, pour une somme fixée ou dans la mesure de ses ressources, aux frais nécessités par l'enfant (1) et, si cet engagement n'est obligatoire pour lui qu'à l'égard de son cocontractant, rien n'empêcherait l'Assistance publique reprenant l'enfant de réclamer à la famille une pension alimentaire ; pareille requête serait également admise de sa part ou de la part du tiers gardien en cas de délégation judiciaire sans intervention des parents. C'est toujours l'application pure et simple des art. 203 et suiv. du Code civil et le texte de l'art. 21 montre qu'il doit en être tenu compte ici.

Si cette maintenue de la dette alimentaire est universellement approuvée, on a vivement critiqué au contraire la disposition de l'art. 12 exemptant de toute obligation le père indigent. Jamais, a-t-on dit, le devoir paternel ne disparaît absolument et l'insolvabilité devrait uniquement influer sur l'exigibilité, non sur l'existence de la dette (2). D'autres législations sont loin d'exonérer le père de sa dette quand même la charité officielle ou privée se charge de l'enfant, elles

(1) *Sic* Trib. Lyon, 14 mai 1891, Leloir, t. II, p. 448.

(2) Bourcart, *Autorité paternelle*, 1891, p. 15.

sanctionnent au contraire par une pénalité le devoir des parents de subvenir à l'entretien et à l'instruction de leur fils (1) : telle la loi anglaise du 26 août 1889 exigeant d'eux dans ce but, à peine d'emprisonnement, le versement de 5 shellings par semaine (2); telle aussi la loi hambourgeoise du 13 février 1880 (3) attachant l'exécution forcée aux titres émanés des comités de tutelle. C'est un exemple bon à suivre. Non que nous adoptions la proposition qui a été faite (4) de garantir l'exécution du devoir paternel par la déchéance éventuelle des droits de citoyen : une pareille mesure serait bien rigoureuse et l'on s'accoutumerait difficilement en France à voir la charité procéder par voie de saisie ou réserver son aide aux familles non absolument indigentes. Mais il ne faut pas non plus exagérer les sentiments généreux, aussi nous associerons-nous, en théorie tout au moins, au reproche formulé plus haut contre l'art. 12. En pratique du reste, hâtons-nous de le dire, le père déchu ne sera exonéré qu'après examen sérieux de sa situation et, en cas de délégation judiciaire, l'obligation alimentaire peut toujours être invoquée par l'Assistance publique et les tiers gardiens. Nous doutons qu'il eût été utile de faire plus et M. Brueyre a pu produire l'exemple de la direction municipale des nourrices qui, jouissant pour ses recouvrements du droit de contrainte par corps, n'a jamais pu couvrir ses frais, bien qu'elle n'ait nullement affaire à des parents indignes.

4° Le pouvoir de l'Assistance publique investie des prérogatives ravies au père de famille, après déchéance ou délégation judiciaire, se manifeste : 1° sous forme de contrôle et de surveillance quand l'exercice de tout ou partie desdites prérogatives a été attribué par le tribunal à un particulier ou à un établissement public ou privé ; et 2° « conformé-

(1) Pradines, *Bull. soc. lég. comp.*, IX, 171.

(2) Le budget des écoles industrielles et de réforme pour 1889-90 présentait de ce chef 600.000 fr. de recettes contre 12.500.000 fr. de dépenses.

(3) *Ann. lég. étr.*, 1881, 178.

(4) MM. Cercueil et Sedley Taylor au congrès international de la protection de l'enfance à Paris. (Compte rendu Bonjean, t. I, p. 118, 120.)

ment aux lois des 15 pluv. an XIII et 10 janv. 1849 » (art. 11), avec faculté de passer avec les tiers des contrats de nourriture et d'apprentissage, quant aux droits dont elle a la jouissance et l'exercice à la fois.

Son droit de contrôle n'équivaut pas au premier cas à une ingérence de ses représentants dans tous les actes du gardien. Celui-ci agit seul et librement même dans la sphère où, de droit commun, le conseil de famille aurait à intervenir : les art. 17 et 20 rangent en effet au nombre des attributs susceptibles de cession à un gardien quelconque ceux que le Code civil attribue au conseil de famille à défaut de parents, le droit de consentement à mariage par exemple (1). C'est en somme moins l'exercice d'une tutelle que l'autorité paternelle elle-même qui est reconnue à l'Assistance publique et le gardien peut se prévaloir de toutes les prérogatives consacrées au profit de celle-ci par la loi du 15 pluviôse an XIII (2).

Tirons-en deux importantes conséquences. 1° Il n'y aura pas de conseil de famille auprès du tiers gardien, la loi nouvelle en effet n'établit pas ce rouage auprès des représentants officiels de l'Assistance publique, directeur à Paris et inspecteurs en province. 2° Le mineur pourra être incarcéré par voie d'autorité jusqu'à quinze ans ou émancipé dès cet âge, lors même qu'avant la délégation, la puissance paternelle était aux mains d'une mère ou d'un tuteur.

Seulement, quoique consacrés par décision judiciaire, ces pouvoirs sont, aux mains des particuliers ou des établissements charitables, essentiellement révocables : si l'intérêt de l'enfant « en motive seul la délégation initiale, c'est le même intérêt qui seul en justifie le maintien (3) ». Leur titulaire agit sous la double surveillance du préfet et des représentants de l'Assistance publique ; toute tentative pour s'y dérober est punie d'amende et, en cas de récidive, de prison (Loi 1889, art.

(1) Leloir, t. II, n° 691.
(2) L'art. 11 de la loi de 1889 renvoie explicitement à celle de l'an XIII.
(3) Circ. min. 16 août 1889.

22,24). Un abus se produit-il, le préfet et l'inspecteur départemental (1) des enfants assistés réclament l'enfant au nom de l'Assistance publique ; ils doivent toutefois obtenir une sentence en ce sens du tribunal civil qui est libre, s'il le juge préférable, de rendre l'enfant à ses parents ou d'ordonner un nouveau placement dans les formes des art. 17 et 20 (Loi 1889, art. 23). *A fortiori*, les deux mêmes fonctionnaires poursuivent valablement les gardiens en exécution des obligations par eux assumées quand ils ont demandé la délégation judiciaire (2) et reprennent *de plano* l'enfant au cas de dissolution de l'association charitable ou de décès du particulier. Nous croyons d'ailleurs, malgré le peu de faveur accordé par la loi aux parents, que le père cédant a lui aussi qualité pour exiger l'exécution du contrat. Si influencé cependant qu'ait pu être son acte de cession par la considération de la personne du gardien, la disparition de celui-ci ne rétablit pas le père dans sa situation antérieure, car le véritable cessionnaire, l'Assistance publique, existe toujours ; tout au plus y aurait-il là pour les parents un motif sérieux de revendiquer l'enfant et devrait-on faciliter ladite action.

Quand l'Assistance publique exerce elle-même la puissance, les mêmes principes sont applicables qu'à l'égard des enfants assistés ; l'art. 11 le dit formellement dans l'hypothèse de la déchéance et il a une portée générale. Il y a une différence cependant dans l'organisation des deux services et la tendance centralisatrice déjà signalée par nous en ces matières

(1) M. Lallemand, *op. cit.*, p. 286, note 2, critique cette attribution simultanée de droits à deux fonctionnaires dont l'un est le subordonné de l'autre. M. Leloir, t. II, n° 723, considère la faculté d'agir du préfet comme plus large et s'exerçant même à l'égard des tuteurs officieux de l'art. 13, nos 1 à 4.

(2) Nous hésiterions toutefois beaucoup à admettre en pareil cas, avec M. Leloir, t. II, n° 694, que l'obligation inexécutée pût se résoudre en dommages-intérêts au profit de l'Assistance publique ; le tiers gardien n'a pas contracté avec elle, il ne lui cause aucun préjudice, et, si de son fait résulte un dommage pour l'enfant, les représentants de l'Assistance n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes de n'avoir pas fait cesser plus tôt cet état de choses.

a trouvé ici son couronnement. Non seulement le préfet a la direction suprême, ce qui se comprend dans un service départemental, mais, et c'est en cela que consiste l'innovation, la puissance sur les mineurs tombés à la charge de l'Assistance par application de la loi de 1889 appartient en province aux inspecteurs départementaux des enfants assistés. La tutelle des commissions hospitalières, dit l'exposé des motifs, a provoqué de justes critiques : pour cette tâche il faut un fonctionnaire unique et responsable, la meilleure preuve en est qu'en fait aujourd'hui elle est remplie, même à l'égard des enfants assistés, par les inspecteurs départementaux. Mieux vaut donc, pour les mineurs moralement abandonnés, « conférer expressément à ces fonctionnaires les attributions qui ne manqueraient pas de leur échoir... ce sera une amorce pour les réformes futures » ; c'est d'autant plus logique que les enfants entrent généralement dans le service à un âge où, placés de suite au dehors, ils ne se trouvent jamais sous la direction effective de la commission hospitalière. L'inspecteur départemental voit seulement modifier quelque peu ses attributions : n'ayant plus que lui-même à inspecter, il devrait être qualifié partout *directeur des services départementaux de la protection de l'enfance* (1). Ces raisons ont convaincu le législateur. Désormais donc, à l'égard des enfants moralement abandonnés, dans toute la France sauf à Paris, direction et inspection du service sont confondues dans les mêmes mains ; et nulle part, même à Paris, il n'y a d'assemblée analogue à un conseil de famille pour contrebalancer les pouvoirs du directeur ou de l'inspecteur, identiques à ceux du père. Résultat bien contraire à l'esprit de la législation ancienne manifesté aussi bien dans la loi de pluviôse an XIII que dans le Code civil ! Procédé étrange aussi de la part de ceux qui réclament l'institution d'un contrôle permanent auprès du père de famille ! Règle inacceptable qui tend à mettre de plus en plus l'enfance aux mains de l'État

(1) Leloir, t. II, n° 687.

et à l'absolue discrétion d'un fonctionnaire subalterne sans indépendance (1) !

Faisons une dernière remarque. Dans notre exposé de la loi de 1889, nous avons toujours parlé de l'Assistance publique, de ses représentants, de son action ; en cela nous reproduisions le langage même du législateur qui aurait voulu donner à l'expression *Assistance publique* un sens absolu et général. L'exposé des motifs est sur ce point tout à fait explicite, puisqu'à côté des établissements d'assistance publique ou privée, il place l'Assistance publique elle-même : « Aux premiers l'exercice seul d'une partie des droits de la puissance paternelle pourra être confié, les droits eux-mêmes restant dévolus à l'Assistance publique qui est l'organe et le représentant de l'État (2)...» Mais, en dépit du texte des articles 23 et 24, nous contestons, aussi bien depuis la loi de 1889 qu'autrefois, l'existence sous ce dernier vocable d'une personne morale, analogue au *Local government board* anglais. Sous le terme générique d'Assistance publique il faut toujours comprendre l'ensemble des services hospitaliers, ayant ou non une vie propre, qui se répartissent entre les communes, les départements et l'État, vis-à-vis desquels ce dernier n'a jamais qu'un pouvoir de surveillance et de direction. La loi de 1889 a innové sans doute, mais non pas au point de constituer un corps autonome indépendant. Si le décret du 4 novembre 1886 a placé tous les services hospitaliers sous une direction unique au ministère de l'intérieur, si, le 5 janvier 1889, les services d'hygiène publique y ont été joints, si un conseil supérieur de l'Assistance publique a été créé par décret du 14 avril 1888, il n'y a dans aucune de ces dispositions la reconnaissance de la personnalité morale, de l'existence juridique, au profit de l'Assistance publique. Supposer, comme le fait la loi de 1889, cette personnalité ac-

(1) Léon Lallemand, *An. lég. fr.*, t. IX, p. 277 ; Leloir, t. II, n° 688. Dans le même sens Huc, t. III, n° 292.

(2) Exposé des motifs, *Journ. offic.*, 1888, p. 709, 2e col.

quise, ce n'est pas la conférer (1). Sous ce mot vide de sens, c'est donc à des agents directs de l'État, c'est-à-dire à l'État lui-même, qu'elle attribue la puissance paternelle sur les moralement abandonnés.

Section III. — *Idées directrices de la loi de 1889.*

Long a été notre exposé de la loi du 24 juillet 1889, mais aussi elle marque une date tout à fait exceptionnelle dans l'histoire de la puissance paternelle en France. Pour la première fois le problème de la protection de l'enfance est abordé d'une façon générale par le législateur ; pour la première fois aussi l'autorité du père perd son caractère indissoluble et inviolable. Chose étrange, la loi de 1889 n'hésite plus, comme le Code civil, à se servir du mot puissance paternelle, les scrupules d'antan ont disparu à ce point de vue; mais, pour être ainsi qualifiée, l'autorité du père n'en est pas moins restreinte et bornée comme jamais encore elle ne l'avait été dans notre pays. D'autre part, de cet examen détaillé il va nous être possible de dégager les idées fondamentales dont s'est inspiré le législateur, pour porter sur son œuvre et sur les effets dont elle est susceptible un jugement d'ensemble.

L'innovation primordiale consiste dans la reconnaissance du droit pour la Société d'intervenir, à titre exceptionnel, dans les rapports entre parents et enfants. Cette règle en elle-même, et à la condition d'en limiter les applications au strict nécessaire, nous paraît justifiée tant par les nécessités pratiques que par le Droit naturel : quand les parents agissent au rebours de leurs devoirs essentiels, il faut mettre fin à une situation aussi désastreuse, il faut leur enlever l'enfant. Les nations étrangères l'ont compris et presque toutes

(1) Lallemand, *Ann. lég. fr.*, t. IX, p. 272, 273 ; Huc, t. III, n° 223 ; Beaune, *L'assistance publique et les enfants assistés, Rev. cath. des inst. et du droit*, t. XIV, juill. 1895, p. 36.

ont, chacune suivant ses mœurs et ses traditions (1), organisé ou perfectionné au XIXe siècle une législation protectrice de l'enfance. Partout, on peut le dire sans exagération, l'intervention de l'autorité publique est plus ou moins largement admise en pareille matière : le pouvoir judiciaire le plus rapproché possible de la famille est en général chargé de cette délicate mission. Presque partout aussi, l'action charitable des particuliers ou des associations privées est encouragée et provoquée, l'Etat n'intervenant pour recueillir les enfants qu'à titre subsidiaire et tout à fait exceptionnellement.

Seulement, en commençant ce chapitre, nous avons signalé les dangers que présenterait à nos yeux un emprunt fait sur ce point aux législations du groupe germanique dont les règles sur la constitution de la famille sont traditionnellement si contraires aux nôtres, et montré le Code civil italien, bien novateur pourtant, obligé de tenir compte de ces différences de races, forcé de poser des bornes au pouvoir du juge en matière d'autorité paternelle. Pareille réserve s'impose en France. D'ailleurs une liberté illimitée d'intervention suppose des magistrats d'une autorité indiscutée, d'une indépendance parfaite, tout en étant assez rapprochés des intéressés pour remplir leur rôle en connaissance de cause et dans la mesure des besoins. Qui ne voit immédiatement combien peu les juges de paix et même les tribunaux d'arrondissement, dans notre organisation judiciaire si justement critiquée par M. Glasson (2), sont peu préparés à une telle fonction !

La loi de 1889, nous l'en approuvons pleinement, a tenu compte de ces considérations et envisagé la mission de l'autorité publique quant à l'exercice de la puissance paternelle comme un remède tout exceptionnel. De ce principe exact

(1) Voir ce que nous avons dit au début du chapitre VI et aussi, *infra* à l'appendice sur les législations étrangères, quelques détails relatifs surtout aux peuples anglo-saxons.

(2) *La justice en Angleterre et en France*, *Rev. du droit public.*, 1895, p. 46 et suivantes.

elle a tiré deux conséquences sur lesquelles au contraire nous faisons d'expresses réserves :

1° Elle a moins organisé une tutelle pour l'enfant victime qu'institué contre le père coupable une répression pénale, rigide et toujours identique à elle-même, générale et absolue, insusceptible, comme toutes les peines, d'être prononcée en dehors des cas et des formes prévus par un texte ;

2° Elle a confié à l'Etat la tutelle de tous les enfants enlevés à des parents indignes et aussi de ceux dont les parents sont malheureux ou inconnus ; par une centralisation complète, l'Assistance publique conserve au moins le domaine éminent et la surveillance effective sur toutes les tutelles.

§ I. — Caractère pénal de la loi de 1889.

Nous avons déjà signalé ce caractère de la loi du 24 juillet 1889 qui, contraire aux intentions des premiers promoteurs de la réforme, a été préconisé par la commission de la Chancellerie et est aujourd'hui reconnu par presque tout le monde (1). Malgré l'opinion du rapporteur au Conseil d'État (2), l'idée de faute domine l'ensemble des textes. On a voulu frapper les parents coupables d'une peine toujours la même, prononcée facultativement ou non suivant les cas, quelle que fût la diversité des faits reprochés.

La justification de notre affirmation résulte surabondamment tant de la fixation des cas de déchéance que de la procédure adoptée. La loi est sévère, elle frappe souvent ; toujours la

(1) Brueyre, *Rapport* au Comité de défense en 1891 ; Leloir, t. I, nos 103 et suiv. MM. Duverger et Quérenet à la Société générale des prisons. — *Contra* Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. jud.*, 1892, 1re partie, p. 128.

(2) « Le projet est destiné à devenir une des lois protectrices de l'enfance et non une loi pénale contre les pères indignes. » *Journ. offic.*, 24 avril 1889, *ann.* n° 706. *Sic* Circ. min., 21 sept. 1889 : « Le dessaisissement de la puissance paternelle... n'est pas une mesure de répression, mais une nécessité juridique. C'est l'intérêt seul du mineur qui l'exige et les mesures édictées par la loi ont assurément un caractère plutôt civil que pénal. »

pénalité prononcée l'est à l'égard de tous les enfants nés ou à naître, elle l'est par avance, le condamné n'eut-il pas encore d'enfants; et c'est logique : une peine ne peut être encourue vis-à-vis de certaines personnes seulement. D'autre part, l'autorité étant commune aux deux parents, une présomption de complicité existe contre la mère en cas de manquement grave par le père à ses devoirs, la puissance maritale pourrait du reste entraver les effets de la déchéance prononcée contre le père seul, la mère devra donc subir le contre-coup de la peine, sauf à obtenir de la bienveillance du tribunal l'attribution des droits de puissance sur ses propres enfants : cela peut paraître inique, « monstrueux même (1) » ; rien encore cependant n'est plus logique en partant de l'idée de faute, on veut assurer l'efficacité de la répression. De même pour la procédure : plus une peine est grave, plus restreint doit être le cercle de ceux qui la pourront provoquer, l'action en déchéance n'est donc possible que de la part des très proches parents ou du ministère public (2); les délais de recours contre le jugement sont fort abrégés et, par suite, un père sera parfois frappé de déchéance à son insu ; c'est encore l'idée de faute qui justifie cette solution, le père, dit le rapporteur, « aurait toujours à se reprocher l'abandon de son enfant ». Enfin, la réhabilitation est le préalable indispensable du recouvrement de l'autorité perdue et cette voie, difficile sinon impraticable à suivre pour des gens peu aisés, ne leur est ouverte qu'une fois, le Conseil d'Etat l'a voulu

(1) Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés*, p. 381, et *Ann. lég. fr.*, 1890, p. 282, note 1. *Sic* MM. Clément et de Broglie au Sénat, M. de La Batie à la Chambre (séance du 25 mai 1889).

(2) M. Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 532, critique cette limitation du droit de demander la déchéance. Le ministère public, dit-il, est déjà trop occupé en matière civile ; il aurait fallu, d'après lui, suivre l'exemple de l'Angleterre, la terre classique du respect pour la liberté du foyer, où cependant toute personne peut mettre la justice en mouvement. M. Bernardino Alimena adresse pareille critique à la législation italienne dont les principes sur ce point sont les mêmes que dans la nôtre. (*Bull. soc. lég. comp.*, session extraordinaire 1889, p. 203.).

ainsi (1) ; n'est-ce pas encore la consécration formelle de l'idée de faute, du caractère pénal de la déchéance ?

L'intérêt pratique de cette démonstration est capital. Dans une loi de tutelle protectrice, la déchéance eut été un maximum pour le juge, libre de prendre en toute occurrence telle ou telle mesure moins grave pour le plus grand avantage des enfants. La loi, étant pénale, a au contraire limitativement précisé et le remède à employer et les cas d'application : 1° la déchéance ne pourra être encourue que dans les cas spécialement visés au texte ; 2° elle sera prononcée absolument ou ne le sera pas, toutes les fois qu'elle frappera, elle fera perdre au déchu tous les droits énumérés à l'article 1er comme compris dans la notion de puissance paternelle. Insistons quelque peu sur ces graves conséquences.

I. — La déchéance, disons-nous, n'interviendra que dans les cas strictement visés au texte. Il en résulte des difficultés graves, notamment en ce qui concerne le sort des enfants naturels. C'est un point acquis aujourd'hui que les abus de pouvoir, les mauvais traitements de la part des parents et la criminalité des enfants (2), fruit d'un défaut de surveillance, sont particulièrement fréquents en cas de filiation irrégulière : le sort des enfants naturels devait donc attirer particulièrement l'attention du législateur en 1889 et l'exercice de la puissance paternelle réclamait une réglementation exceptionnellement stricte entre les mains de leurs auteurs. Or, par suite d'une omission inexplicable, la loi est absolument muette quant à eux : son article 1er, énumérant les textes du Code civil dont les parents déchus ne peuvent plus se prévaloir, ne cite même pas, à côté des art. 148 et 151 qui traitent du consentement au mariage des enfants légitimes,

(1) *Journ. offic.*, ann. 1888, p. 708.

(2) D'après une statistique officielle, le nombre des enfants naturels condamnés, en 1889, à l'emprisonnement correctionnel serait de 14 °/o par rapport au chiffre total des naissances en France, la proportion pour les fils légitimes étant seulement de 8 °/o. Pour les filles, les proportions respectives sont 31 et 8 °/o.

les art. 158 et 159 relatifs à la même question pour les enfants naturels. Il ne s'ensuit évidemment pas que la déchéance des parents naturels soit impossible ; mais il devient très difficile d'en préciser la portée.

Soit d'abord un enfant naturel reconnu par ses deux auteurs : le père est déclaré déchu, faut-il appliquer l'art. 9 de la loi et permettre au tribunal d'écarter par contre-coup la mère innocente ? On a répondu affirmativement par ce motif que, s'il n'y a pas ici de puissance maritale à redouter, la situation est la même, sinon plus favorable encore, pour la femme divorcée à laquelle pourtant, à défaut d'exception formelle, l'article 9 s'applique certainement (1). Mais l'enfant naturel, il ne faut pas l'oublier, a une situation à part au point de vue de ses biens propres, quand il en a, il est en tutelle dès sa naissance ; faut-il donc élargir la portée de l'art. 9 précité et décider que la déchéance du père pourra exclure la mère de la tutelle dont elle était investie ou la rendre incapable de l'exercer, si le père était tuteur ? Admettre la négative, c'est énerver l'action du tribunal là où elle serait particulièrement nécessaire (2) ; mais, avec la solution contraire, on se substitue au législateur et, quelques libertés que l'on prenne avec l'autorité paternelle, surtout à l'égard des parents naturels, il y a là une objection des plus sérieuses.

Les difficultés augmentent si l'enfant est reconnu par ses auteurs successivement, l'un d'entre eux n'y procédant qu'après déchéance de l'autre. Il est difficile, pour ne pas dire impossible, de refuser au père, reconnaissant l'enfant dans ces conditions, la faculté de le revendiquer contre tous, même contre l'Assistance publique. Cependant l'article 9, § 4, ne défendra-t-il pas d'attribuer *de plano* la puissance paternelle à la mère reconnaissant l'enfant du vivant du père, mais postérieurement à la déchéance de celui-ci, puisque la seconde femme d'un homme frappé avant son second mariage doit, nous l'avons vu, se faire conférer par le tribunal l'auto-

(1, 2) Leloir, t. I, n° 507.

rité sur ses propres enfants? Nous serions disposés à répondre négativement. L'argument d'analogie demande à être employé avec discrétion en matière juridique et son application ici n'a qu'une apparence de logique, elle est arbitraire, car l'hypothèse diffère absolument de celle prévue au texte, ne fût-ce que par l'absence de puissance maritale ; d'ailleurs la disposition de l'art. 9 est si contestable qu'il faut se garder de l'étendre en dehors du cas prévu *in terminis*.

Enfin, les enfants naturels non légalement reconnus auront, eux aussi, fort souvent besoin d'une protection contre les pernicieux exemples ou les mauvais traitements de leurs gardiens, leurs parents presque toujours en fait sinon aux yeux de la loi. La loi de 1889 a subordonné l'emploi de mesures protectrices à la déchéance préalable des pères et mères ; donc, là où il n'y a pas de parents connus, les tribunaux sont, faute de texte, dans l'impossibilité d'intervenir. Une lettre ministérielle du 9 avril 1891 prescrit, il est vrai, « en pareille circonstance, d'adopter la marche indiquée par l'art. 23 de la loi du 24 juillet 1889, en assimilant ces parents aux personnes à qui des enfants auraient été confiés » ; et un jugement s'est approprié cette idée pour autoriser l'Assistance publique à se faire remettre par une fille mère un enfant non reconnu (1). Nous réprouvons une extension aussi exagérée et abusive de l'art. 23 : la seule hypothèse par lui prévue est celle où la garde d'un enfant a été confiée à un particulier ou à une association en vertu de la loi de 1889 elle-même, l'Assistance publique a nécessairement alors acquis la jouissance de la puissance paternelle à son égard et use d'un droit incontestable en surveillant le tiers gardien ; il est impossible d'en déduire pour elle, en dehors de toute décision de justice, une faculté générale de surveillance sur toute personne ayant en fait la garde d'un enfant (2).

La loi présente donc une lacune énorme que seul un

(1) Trib. Les Andelys, 27 mai 1891, Leloir, t. II, p. 451.

(2) Leloir, t. I, n° 510, p. 398 ; Brueyre, *Rapport* au Comité de défense en 1891, p. 22.

nouveau texte pourrait combler ; un de ses principaux rédacteurs, M. Brueyre, l'a reconnu. Aussi a-t-il proposé et fait adopter par le Comité de défense (1), pour être soumis au législateur, un article additionnel à la loi de 1889 d'après lequel : 1° Tout enfant naturel non reconnu ou de parents inconnus pourrait, à la requête du ministère public, être placé par la justice sous la tutelle de l'Assistance publique dès lors que son intérêt serait compromis par les vices ou les mauvais traitements des personnes qui l'élèvent habituellement ; 2° une reconnaissance ou légitimation ultérieure dudit enfant serait insuffisante pour conférer à son auteur la puissance paternelle sur cet enfant ; un délai de trois ans à compter du jugement de remise à l'Assistance publique et une décision de justice seraient nécessaires pour amener ce résultat. La proposition répond certes à un véritable besoin et elle n'a rien que de raisonnable, sauf à nos yeux le rôle prépondérant attribué à l'Assistance publique ; il est incontestable cependant qu'elle rentre mal dans le cadre définitivement tracé de la loi de 1889 et semble surtout se rattacher au projet primitif de 1882 protégeant les mineurs abandonnés, délaissés ou maltraités, indépendamment de toute autre circonstance de fait particulière (2). La loi, pénale et de stricte interprétation par conséquent, n'organise la protection des mineurs que s'il y a abandon, au moins momentané, de leurs personnes ou déchéance prononcée contre les parents ; l'article additionnel proposé irait plus loin : en autorisant l'administration à enlever, en dehors de toute déchéance, l'enfant à ceux qui l'élèvent, il créerait une nouvelle catégorie de mineurs protégés. Nous nous refuserions aussi à suivre M. Brueyre quand il exige l'expiration d'un délai de trois ans pour que les parents reconnaissant ou légitimant l'enfant puissent se le faire remettre par la justice (3). L'obligation pour eux

(1) Voir la séance de ce comité le 3 février 1892 (*Bull. pris.*, 1892, p. 350).
(2) Leloir, t. I, n° 513.
(3) *Sic* Comité de défense dans la séance du 3 février 1892 (*Bull. pris.*, 1892, p. 350 et suivantes).

de s'adresser au tribunal se justifie ainsi que même la nécessité d'un certain laps de temps préalable à toute action, quand l'auteur de la reconnaissance ou de la légitimation était précisément le gardien dont l'inconduite ou les rigueurs avaient mérité qu'on lui enlevât l'enfant. Mais la généralité du texte le rendrait opposable à la revendication de tout autre que le gardien lui-même. Or, pourquoi imposer un stage de trois ans au père dont le seul tort, peut-être involontaire, est de ne pas s'être occupé plus tôt de l'enfant? Pourquoi même soumettre à l'approbation du tribunal la demande en remise formulée par qui reconnaît un enfant sans en avoir eu jusqu'ici la garde (1)? Ne suffirait-il pas d'autoriser les tiers gardiens nommés par jugement à attaquer ladite reconnaissance comme constituant une fraude à la loi et un moyen d'éluder une décision de justice?

Autre lacune dans la loi de 1889 que son caractère pénal, partant restrictif, ne permet pas de combler. L'art. 2, § 5, autorise la déchéance facultative du père dont l'enfant est envoyé en correction en vertu de l'art. 66 C. pén., ce fait mettant en évidence l'indignité ou du moins l'incurie du chef de famille. Le texte ne vise pas en même temps l'envoi en correction du mineur ayant agi avec discernement, en vertu de l'article 67 du même Code. Rien n'explique cette différence de traitement, car le manque de discernement de l'enfant n'est pas une preuve de sa mauvaise éducation et peut d'autant moins être considéré comme tel qu'en pratique, nous l'avons vu, cette question du discernement chez l'enfant traduit en justice est parfois tranchée moins d'après la réalité des faits qu'à raison de ses conséquences par rapport à la peine. Cependant, lié par les termes de la loi, le juge est désarmé à l'égard de certains des jeunes détenus soumis à l'éducation correctionnelle, alors que la nécessité de les protéger a été précisément une des causes premières des projets Voisin et Roussel (2). Le mineur est-il acquitté, la dé-

(1) *Contra* Leloir, t. I, n° 517, p. 403.
(2) Brueyre, *La loi de 1889, etc.*, p. 23.

chéance du père sera possible par rapport même à tous ses enfants ; mais est-il condamné et sa peine expire-t-elle avant sa majorité, il retombera sous la puissance de son auteur, à moins qu'un autre motif ait permis de déclarer ce dernier déchu. C'est illogique au premier chef, mais seul le législateur est capable de modifier la règle.

II. — Si la déchéance ne peut intervenir que dans les cas expressément prévus par un texte, en revanche elle s'applique intégralement dès que les conditions légales sont remplies. Cette seconde conséquence du caractère pénal de la loi présente elle aussi de très sérieux inconvénients. L'institution d'une telle pénalité nécessairement totale, toujours absolue, rappelle par certains traits la *capitis deminutio* romaine, l'ancienne mort civile ; elle n'a de similaire dans aucune autre législation européenne, même parmi les nations latines, et remplace mal le système de réglementation partielle, pratiqué en France sans texte jusqu'en 1889, dont la souplesse s'adaptait mieux aux diverses circonstances. Avec le principe nouveau, né au cours des travaux préparatoires d'un excès de logique juridique, le juge, obligé d'appliquer une peine trop forte ou d'assurer l'impunité au coupable, sera souvent enclin à prendre ce dernier parti ; on a été conduit en outre à limiter strictement le nombre de ceux qui peuvent déférer les abus à la justice. Celle-ci en sera donc moins souvent instruite et les chances de voir la loi produire son effet utile se trouvent doublement diminuées.

1° Nous avons déjà indiqué et réfuté (1) l'argument, plus spécieux que solide, sur lequel on fonde l'indivisibilité de la déchéance. Si la qualité de père est indivisible, le faisceau des divers droits constituant la puissance paternelle se divise au contraire très facilement ; la jurisprudence antérieure à 1889 en fournissait de nombreux exemples et la loi nouvelle elle-même autorise les parents à retenir quelques unes des prérogatives dont ils abandonnent à un tiers la généralité.

(1) *Supra*, p. 347.

Effrayé d'un mal social malheureusement trop réel, le législateur de 1889 a cherché par un remède radical à refuser aux juges, imbus peut-être d'anciens préjugés, tout moyen de transiger entre la nécessité de réprimer les abus et le respect du principe de l'autorité. Reste à savoir si son œuvre, bien qu'inspirée par une idée de protection de l'enfance malheureuse, n'ira pas à l'encontre du but poursuivi. N'a-t-il pas fait trop bon marché des divers intérêts en jeu et ne s'est-il pas trop détaché de ce qu'on appelle, bien dédaigneusement, ce nous semble, un respect presque superstitieux de la puissance paternelle (1) ? Quand l'indignité des parents ne sera pas absolue, le système du tout ou rien ne leur assurera-t-il pas une impunité complète (2) ?

Non, ont dit quelques auteurs préoccupés de faire produire au nouveau texte tous les bons effets d'une législation vraiment protectrice de l'enfance (3), car il faut tenir compte de la pratique antérieure qui n'est pas abrogée. Sans doute la loi est introductive d'un droit nouveau en ce qu'elle frappe *erga omnes* d'une déchéance absolue le père indigne, effet que n'entraînait même pas autrefois la dégradation civique, mais elle n'a pas interdit aux juges d'enlever, comme autrefois, aux parents certains attributs de leur puissance dont ils abusent à charge de s'inspirer de l'intérêt de l'enfant. En dehors de la mesure radicale établie désormais pour les cas graves et exceptionnels, les juges peuvent continuer à prendre des moyens moins énergiques. Les règles

(1) Leloir, t. I, p. 27, n° 27.

(2) Voir spécialement, en ce sens, un jugement de Toulouse du 3 juillet 1890, S. 91, 2, 19. *Sic* Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 nov. 1893, D. 94, 2, 395.

(3) Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet 1889*, le *Droit*, 31 déc. 1890 et 1er janv. 1891 ; Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889*, *Rev. crit.*, 1891, p. 16 et suiv.; Charmont, *De la loi du 24 juillet 1889 et de son application*, *Rev. crit.*, 1891, p. 516 et suiv.; Bourcart, *Rapports au congrès international d'Anvers et au congrès des sociétés savantes de 1891*, note, S. 91, 2, 17, et *De la déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. jud.*, 1892, t. XVI, 1re partie, p. 181 et suiv.; Maurice Vingtain, *op. cit.*, p. 162 et suiv.; Naquet, note, S. 91, 2, 25. Voir aussi *Bull. soc. des prisons*, 1891, p. 762 et suiv.

nouvelles sont le couronnement, non la condamnation, du régime antérieur et laissent toujours en vigueur le principe posé, en 1857 (1), par la Cour de cassation : « En cette matière comme en toute autre, il est permis de recourir à l'autorité des tribunaux » qui prendront tel moyen que de raison afin de ramener dans les limites de la justice l'exercice de l'autorité du père. « Qui dit intérêt légitime, dit une action pour le défendre ; pas n'est besoin pour cela d'un texte spécial (2). »

Dût-on admettre même le caractère prétorien de la jurisprudence en ce point, le simple bon sens, en dehors même de toute considération juridique, commandait de la maintenir. Les fautes des parents sont susceptibles de plus ou de moins et la déchéance, avec son caractère infamant, ne sera pas toujours nécessitée par l'intérêt de l'enfant : souvent, d'autres mesures seraient mieux appropriées aux circonstances de fait, comme la simple privation du droit de garde ou l'annulation d'un acte, manifestation abusive de l'autorité paternelle ; la répression en somme doit être proportionnée aux faits à réprimer. L'ancienne jurisprudence réalisait en partie ce programme ; elle ne doit pas être abandonnée précisément au jour où la loi la complète en précisant les cas de déchéance totale et augmente les pouvoirs des tribunaux. Pour en faire table rase, il eut fallu un texte bien formel qui n'existe pas. Les déclarations émises dans les travaux préparatoires sont plutôt favorables au maintien du passé. M. Th. Roussel, en 1883, constate l'efficacité suffisante de la jurisprudence pour protéger les enfants de la classe riche, et veut « organiser devant les tribunaux la protection des enfants maltraités ou délaissés des classes indigentes » ; M. Gerville-Réache, en 1889 (3), présente le projet comme un complément de la loi de 1874 et du Code pénal sans faire aucune allusion à la jurisprudence antérieure. Par respect pour cette jurisprudence, la commission sénatoriale de 1882

(1) Cass. 8 juillet 1857, S. 57, 1, 721.
(2) Naquet, note, S. 1891, 2, 25.
(3) Rapport à la Chambre des députés, le 12 juillet 1889.

avait même admis, sur la proposition du garde des sceaux, M. Humbert, la suspension des droits du père à côté de la déchéance ; cette règle n'a pas passé dans le texte définitif, mais l'idée qui l'inspirait n'en est pas moins restée dominante et eut fait repousser un système de réglementation qui constituerait un recul sur la pratique antérieure. Si M. Courcelle-Seneuil a nié la possibilité d'une déchéance partielle, c'est l'expression erronée d'une opinion personnelle et il y a d'autant moins lieu d'en tenir compte qu'on lui pourrait opposer, soit l'opinion du rapporteur de la première sous-commission de la Chancellerie (1), soit le texte même de l'art. 20 de la loi admettant un partage possible entre divers quant à l'exercice de la puissance paternelle. Du reste qui peut le plus peut le moins : acquérant la faculté de prononcer une déchéance totale, les juges n'ont pu se voir enlever celle de frapper partiellement les parents indignes.

Cela est d'autant plus vrai, ajoute-t-on, qu'en agissant de cette deuxième façon les tribunaux ne se placent pas dans la sphère d'application de la loi nouvelle ; il y a de leur part simple réglementation ou limitation, non « déchéance même partielle de la puissance paternelle. Il ne s'agit toujours que du contrôle par la justice des actes des parents (2) ». Dans cet ordre d'idées, le père, privé de la garde de son fils avant 1889, avait « tout au moins le droit de surveiller les tiers auxquels cette garde était confiée. En outre, la mesure prise contre lui conservait toujours un caractère provisoire et pouvait être rapportée dès que les circonstances se modifiaient (3) ». La déchéance est tout autre : évidemment le but poursuivi est le même, on veut protéger l'enfant et empêcher que l'autorité dégénère à son égard en moyen de tyrannie et de démoralisation ; mais le procédé est tout différent.

(1) M. Pradines, *Journ. offic.*, déb. parl., Ch. dép., ann. 89 : « Rien ne s'oppose à ce que l'on soumette ces attributs divers à une sorte de ventilation lorsque la suppression en bloc ne s'impose pas. »

(2) Testoud, *loc. cit.*, p. 26-27.

(3) Charmont, *op. et loc. cit.*, p. 517.

On ne peut donc conclure de la volonté du législateur, en 1889, de répudier toute déchéance partielle, fût-elle prouvée, à la suppression des droits de réglementation antérieurement reconnus aux tribunaux. Si enfin les dispositions nouvelles devaient avoir abrogé tous les textes relatifs à la matière, cette abrogation aurait des répercussions singulièrement lointaines auxquelles nul n'a songé : l'art. 730 C. civ. par exemple devrait disparaître qui prive le père de son usufruit légal sur les biens d'une succession dont il a été écarté comme indigne.

Bref, dans ce système dont on croit prouver l'adoption par certains arrêts (1), on soutient que le législateur de 1889 a pu et dû vouloir établir, en la parachevant, une échelle de mesures purement civiles, souples et pouvant se proportionner aux besoins divers, dont le choix est laissé dans chaque espèce au discernement des magistrats. On en déduit que telle est en effet son œuvre.

Mais la question est bien moins de savoir ce que le législateur aurait pu et dû ou même ce qu'il a voulu faire que de préciser ce qu'il a réellement fait. Certes nous rejetons, nous aussi, comme un pur sophisme la prétendue indivisibilité des droits de la puissance paternelle, nous croyons cette thèse très préjudiciable aux véritables intérêts du mineur, car les tribunaux vont se trouver désarmés chaque fois qu'il y aurait lieu de prescrire seulement des restrictions partielles. Mais, tout en rendant un hommage mérité à la science de nos contradicteurs, nous soutenons que le législateur a remplacé la théorie jurisprudentielle par le système du tout ou rien, que son œuvre, formant un ensemble complet relativement au contrôle judiciaire sur les parents, « retire aux juges le droit de toucher à la puissance paternelle pour seulement la restreindre ou la modifier suivant la diversité des espèces et la variété des intérêts (2) ». Notre affirmation porte sur le droit

(1) Cass. 23 février 1891, S. 91, 1, 168 ; Aix, 12 décembre 1890, S. 91, 2, 25 ; Paris, 24 juin 1892, D. 93, 2, 81, et 10 mai 1894, D. 94, 2, 534 ; Trib. Seine, 27 janvier 1890, S. 91, 2, 20, et Rennes, 18 septembre 1891, D. 94, 2, 393.

(2) Poitiers, 21 juillet 1890, S. 91, 2, 17; D. 91, 2, 73. *Sic* Agen, 6 nov.

positif, elle ne peut être combattue que par des arguments juridiques ; la loi est à interpréter, non à faire. Peu importe donc qu'on établisse la divisibilité en droit des prérogatives du père et l'utilité sociale de cette division ; il ne s'ensuit nullement qu'elle ait été faite par le législateur.

Quel était le but poursuivi en 1889 ? On voulait, cela est certain, combler les lacunes de la législation antérieure ; mais on voulait aussi codifier et préciser toutes les règles relatives au droit d'intervention des magistrats dans les rapports de parents à enfants : nous en trouvons la preuve dans le rapport de M. Courcelle-Seneuil, dont l'argumentation, tout inexacte et critiquable en raison qu'elle soit, a cependant été la cause déterminante de la rédaction définitivement adoptée par le Conseil d'Etat. Les auteurs des projets primitifs au Sénat se sont, il est vrai, exprimés autrement, ils célébraient l'ancienne jurisprudence et s'y référaient expressément ; mais n'oublions pas les transformations successives subies par le texte, loi de tutelle à l'origine dans laquelle la déchéance absolue jouait le rôle d'un maximum facultatif de préservation, avec faculté pour les juges de soumettre les attributs de l'autorité paternelle à la ventilation dont parlait M. Pradines, puis loi pénale consacrant une déchéance applicable, d'après M. Gerville-Réache (1), dans tous les cas « impliquant une perversité chez les parents qui les rend dangereux ». Faisons donc abstraction des théories émises dans les travaux préparatoires alors qu'on proposait une déchéance partielle, temporaire et facultative ; la commission de la Chancellerie a pris le contre-pied du projet Roussel en faisant prédominer l'idée de faute sur celle d'assistance. Le rapport au Conseil d'Etat compare la déchéance à la dégra-

1889, S. 90, 2, 132; D. 90, 2, 25; Tribunaux Saint-Quentin, 27 déc. 1889, et Toulouse, 3 juillet 1890, S. 91, 2, 19 ; Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 novembre 1893, D. 94, 2, 395. Leloir, t. I, nos 519 et suivants ; Huc, t. III, nos 215 et suivants ; de Loynes, notes, D. 90, 1, 233 ; 91, 2, 75 ; 94, 2, 393 ; Taudière, *Les droits du père légitime, etc.*, p. 59 ; Nillus, *op. cit.*, no 28, *France judiciaire*, t. XV, 1re part., p. 225.

(1) *Rapport*, sous l'art. 2, Sirey, *Lois annotées*, p. 773.

dation civique. Ce qu'on a voulu avant tout, c'est assurer à l'enfant une situation nette et stable, aussi tranchée dans ses conséquences que difficile à modifier par un retour à l'état antérieur. En conséquence, « il a été décidé que la déchéance serait absolue et s'étendrait sans exception à tous les droits (1) ». Pour la même raison, la Chambre des députés a rejeté, le 25 mai 1889, un amendement de M. Boreau-Lajanadie qui, reprenant la conception primitive, autorisait les juges à graduer les déchéances suivant la culpabilité des parents.

Et ce que l'on voulait faire, on l'a fait réellement. La loi a créé, non un simple dessaisissement civil, mais une déchéance pénale qui découlera *ipso jure* de certaines condamnations ou pourra être infligée à titre de peine accessoire. La déchéance est une peine ; tel était son caractère dans l'art. 335 C. pénal, tel il est encore aujourd'hui : les tribunaux répressifs la prononcent et aussi les tribunaux civils, mais suivant des formes spéciales, non d'après la procédure ordinaire. Or, la déchéance partielle est interdite, cela résulte des textes mêmes qu'on invoque en sens contraire. L'article 1er de la loi de 1889 maintient, après déchéance prononcée, l'obligation alimentaire entre les parents déchus et l'enfant ; mais précisément l'obligation alimentaire de l'art. 205 n'a jamais fait partie du faisceau de droits composant la puissance, de la réserve ainsi faite ne saurait donc résulter aucune exception au caractère général de la déchéance. L'article 20 permet aux particuliers ayant spontanément recueilli un enfant d'obtenir vis-à-vis de lui l'exercice de tout ou partie des droits de l'autorité paternelle ; rien ne prouve mieux l'impossibilité de toute déchéance partielle, puisqu'en pareil cas le père est totalement dépouillé et que la division des droits se produira, s'il y a lieu, entre l'Assistance publique et le tiers bienfaiteur. En un seul cas, le père garde quelques lambeaux de la puissance scindée, c'est quand il fait un abandon par-

(1) Brueyre, *Rapport* au Comité de défense, p. 19.

tiel sous forme de cession judiciaire ; mais alors toute idée de faute et de déchéance doit être écartée.

Si tout cela est exact, qui ne voit de suite l'incompatibilité de la législation actuelle avec la jurisprudence d'autrefois ? Il est impossible d'admettre, nous objecte-t-on, un bouleversement complet des règles jusqu'alors adoptées par simple prétérition et sans texte formel. L'argument porterait s'il y avait eu une législation antérieure à abroger : une disposition, explicite ou non, bien claire tout au moins, eut été indispensable ; mais la situation était tout autre. La théorie de la puissance paternelle n'avait pas été établie par le Code civil dans l'intérêt exclusif de l'enfant ; pour être entré en ligne de compte, cet intérêt n'était pas la préoccupation unique et dominante des rédacteurs qui, empruntant aux règles coutumières la limitation des prérogatives du père quant à leur durée par l'effet émancipateur de la majorité, s'étaient en revanche abstenus, sauf pour certains éléments jugés trop despotiques (1), de les restreindre dans leur mode d'exercice. Ni contrôle ni sanction des devoirs paternels n'avaient été organisés par eux. Il faut donc dire en définitive, avec M. Leloir (2), que, si le législateur de 1804 avait en vue l'intérêt de l'enfant, il a du moins érigé en présomption légale l'idée que les actes du père seraient conformes à cet intérêt. La loi de 1889 a pour la première fois soumis d'une façon générale l'exercice de la puissance paternelle au contrôle des tribunaux ; ce faisant d'ailleurs, elle a maintenu dans leur intégrité les dispositions particulières des art. 302, 386, 730 du Code civil par exemple qui, dérogations jusqu'alors au droit commun écrit, subsisteront désormais à titre complémentaire à côté de la loi générale : *generalia specialibus non derogant.*

Il y avait aussi, il est vrai, une jurisprudence ancienne. Si bien assise qu'elle fût en fait, un texte n'était pas nécessaire pour l'abroger ; elle devait disparaître dès qu'on organisait un

(1) Pascaud, *La puissance paternelle et ses déchéances nécessaires, Rev. crit.*, 1882, p. 695.

(2) Leloir, t. I, n° 533, p. 413.

moyen légal quelconque pour donner satisfaction aux besoins d'où elle était issue. Sa base juridique était au reste fragile : si tout intérêt légitime engendre une action, c'est à la condition qu'il s'agisse d'un droit certain garanti par la loi positive ; or, nulle part les textes qui consacraient formellement les prérogatives paternelles ne reconnaissaient à qui que ce fût qualité pour en contrôler l'exercice au nom de l'enfant. La jurisprudence l'a si bien compris qu'elle s'est toujours refusée à tirer toutes les conséquences du principe, notamment à autoriser toujours, de la part de l'enfant ou de quelque membre de sa famille, une action judiciaire contre les décisions du père quelles qu'elles fussent, par exemple contre un refus de consentement au mariage du fils mineur de 25 ans ; bien mieux, elle a toujours considéré comme insusceptibles d'être attaquées en justice les délibérations du conseil de famille relatives à l'exercice de la puissance paternelle. N'était-ce pas reconnaître qu'en principe le Code civil n'admet pas le contrôle des magistrats sur les actes d'autorité paternelle ? A vrai dire, la jurisprudence était arbitraire et prétorienne, certains arrêts le déclarent aujourd'hui formellement (1); elle pouvait se défendre, mais à peu près uniquement par des motifs d'humanité et de nécessité pratique, tant que la matière demeurait sans réglementation positive. Depuis la loi de 1889, à côté de l'art. 373 C. civ. précisant les droits du père, est venue se placer la nouvelle législation sanctionnant limitativement ses obligations ; dès lors, le contrôle des tribunaux n'a plus d'objet, il tombe du moment que le nouveau texte ne le maintient pas. C'est en effet interpréter singulièrement une loi consacrant exclusivement la déchéance totale que d'y voir la confirmation tacite d'une théo-

(1) Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73 : « Jusqu'ici, la loi faisant défaut, les tribunaux *s'étaient arrogé* le droit nécessaire d'enlever aux pères et mères les attributs de la puissance... » Trib. Saint-Quentin, 27 déc. 1889, S. 91, 2, 17 : « La loi de 1889... a fait disparaître des distinctions que les tribunaux avaient *arbitrairement* créées... » Dans le même sens, Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 novembre 1893, D. 94, 2, 395.

rie fort différente, toujours combattue en doctrine et répudiée même par quelques arrêts.

Bien mieux encore que le silence de la loi et les inductions des travaux préparatoires, le texte lui-même justifie notre thèse. Le père d'une inconduite notoire, jadis privé de la garde de son fils, est frappé de déchéance totale par l'art. 2, § 6, de la loi de 1889; c'est bien là un changement, j'imagine. Et ne dites pas « qui peut le plus peut le moins ». Cet axiome est loin d'être absolu en droit français, aux exceptions qu'il comportait déjà (1) une nouvelle se joint ici. D'après l'article premier, le père est déchu « de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent »; la déchéance facultative dans l'article 2 entraîne la perte de « ces mêmes droits ». Qu'est-ce à dire? Pour protéger l'enfance contre des abus de pouvoir, les magistrats étaient jadis forcés de torturer les textes et de procéder non sans quelque arbitraire; or, si en laissant une grande liberté d'appréciation aux juges on permettait de rendre la répression adéquate aux fautes, il y avait par contre lieu de craindre qu'une aussi large immixtion de la magistrature dans les détails de la direction de la famille devînt un danger pour la liberté, que son contrôle se transformât en oppression (2). Le législateur de 1889, après avoir pesé ces diverses considérations, a émis des règles précises : la déchéance des parents est possible, mais seulement dans des hypothèses limitativement énumérées et suivant une procédure spéciale; elle sera totale ou ne sera pas. Il a donc bien certainement entendu refuser aux magistrats un pouvoir de réglementation sur la matière en dehors des principes ainsi établis.

(1) Notamment, sous le régime dotal, la faculté accordée par le contrat de mariage au mari d'aliéner les immeubles dotaux n'emporte pas celle de les hypothéquer.

(2) M. Huc, t. III, n° 218, l'affirme et considère la loi de 1889 comme ayant mis obstacle à des tentatives de réaction. Nous ne nous associons ni à cette appréciation ni aux reproches, peu mérités à notre sens, qu'il adresse aux partisans de l'intervention plus large et plus souple des tribunaux dans l'exercice de la puissance paternelle.

C'est d'ailleurs subtilité pure, dont il faut admirer l'ingéniosité sans se laisser convaincre, que de présenter les mesures de détail prises par les juges, afin de les légitimer, non comme des déchéances, mais comme de simples limitations de la puissance paternelle. Le retrait à titre définitif du droit de garde ne constituerait pas une déchéance partielle parce que l'ex-titulaire de cette prérogative la pourrait recouvrer un jour ou l'autre s'il revenait à de meilleurs sentiments, et conserverait en attendant une aptitude théorique au droit de garde lui-même ; le père de famille frappé en vertu de la loi de 1889 n'est-il pas dans une situation analogue, sauf qu'il est privé non plus d'un attribut unique, mais de l'ensemble des droits de la puissance paternelle ? L'atteinte limitée au seul droit de garde est donc bien une déchéance, seulement c'est une déchéance partielle ; c'est même précisément celle-là que les adversaires de la déchéance totale obligatoire eussent voulu laisser prononcer par les juges à titre principal et distinct. Leur proposition a été repoussée tant au sein des commissions que lors du vote définitif lui-même ; elle est donc condamnée et ce n'est pas en équivoquant sur la dénomination à donner aux restrictions partielles de l'autorité paternelle qu'on le pourra sérieusement contester. La loi a substitué des règles strictes aux variations et aux incertitudes de la jurisprudence.

Les tribunaux s'en sont bien rendu compte. La protection de l'enfance, but poursuivi par le législateur de 1889, ne doit s'exercer qu'*a posteriori*, après répression de la faute du père ; il n'y a plus lieu d'y pourvoir que dans les cas et dans la mesure prévus par la loi. Parmi les décisions judiciaires intervenues, seul un jugement du tribunal de la Seine, en date du 27 janvier 1890 (1), est nettement contraire : il ne discute pas la question ni ne fait allusion à la loi de 1889, mais déclare formellement que, si un père naturel a « seul le droit d'administration sur la personne de son fils, il n'est pas

(1) S. 91, 2, 20. *Sic* Paris, 12 février 1894, D. 94, 2, 534. Voir aussi Trib. Rennes, 18 septembre 1891, D. 94, 2, 393.

moins incontestable qu'il peut en être privé, si l'intérêt de l'enfant l'exige... » On a voulu, mais à tort, invoquer certains arrêts dans le même sens. Si la Cour suprême a déclaré, le 23 février 1891 (1), la chambre civile compétente à l'occasion d'un pourvoi motivé sur un texte de la loi de 1889, c'est en vertu de la règle universellement suivie que la juridiction qui connaîtra d'un recours est déterminée, non par la nature de l'affaire, mais par le caractère du premier tribunal saisi; dans l'espèce, la décision attaquée émanait d'une juridiction civile. Les arrêts de Paris et d'Aix (2) visent les rapports entre ascendants et petits-enfants et, conformément à la tradition, ne font pas de l'opposition du père un obstacle absolu à la continuation de ces relations; or, si la loi de 1889 sanctionne les obligations du père envers ses enfants, elle est muette quant aux droits des tiers à l'égard de ces derniers, en dehors de toute déchéance du père : la législation antérieure subsiste donc à ce second point de vue et les ascendants feront valoir en justice leur droit, à supposer qu'ils en aient un, sans que la loi de 1889 soit en jeu, ils agissent en effet moins dans l'intérêt du mineur qu'en leur nom propre contre une résistance injustifiée des parents. La loi, redisons-le, limite le droit du père vis-à-vis de ses enfants, non à l'égard des tiers. Après comme avant sa publication, une émancipation, faite par le père pour éluder une décision régulière d'un conseil de famille ou d'un tribunal, pourrait être contestée par le tiers dont elle compromettrait les droits, un tuteur par exemple ou un tiers gardien nommé après divorce. Le nouveau texte n'empêcherait pas davantage la mère divorcée d'invoquer contre le père ses droits quant à la surveillance de l'éducation de son fils, ni le mineur émancipé d'arguer contre le retrait de son émancipation des vices de forme entachant l'acte de retrait (3). Dans ces diverses hypothèses, en

(1) S. 91, 1, 168.

(2) Aix, 12 nov. 1890, S. 91, 2, 25 ; Paris, 24 juin 1892, D. 93, 2, 81. *Sic* Cass. 12 fév. 1894, D. 94, 1, 218, M. l'avoc. gén. Cruppi, concl. conf.

(3) Leloir, t. I, nos 543-547, p. 422-425.

effet, ce ne sont pas l'existence et la portée de l'autorité paternelle qui sont mises directement et principalement en question, mais la capacité des tiers et l'étendue de leurs propres prérogatives; le législateur de 1889 n'a pas réglé ces questions.

2° L'indivisibilité de la déchéance, qui enlève si malheureusement aux juges la faculté de proportionner la peine à la faute des parents, a eu un autre inconvénient non moins grave. Comme le magistrat, le législateur n'avait le choix, une fois son principe admis, qu'entre les deux branches de ce dilemme: frapper fort ou consacrer l'impunité; pris entre ces deux solutions extrêmes, il s'est laissé entraîner, non sans résistance d'ailleurs, à une sévérité exagérée (1). Si excellentes que fussent les intentions, l'unique moyen de sanction adopté manquait par trop de souplesse et c'est justice de dire que la loi a été trop loin (2), qu'elle fait trop bon marché de la puissance paternelle.

Pour la première fois en effet qu'en France, une atteinte générale était portée au caractère indélébile de cette autorité, on a singulièrement élargi de prime abord la sphère d'application de la déchéance. Il est dur de frapper ainsi un père de famille pour des condamnations qui ne lui font pas

(1) M. Bourcart (*De la déchéance de la puiss. patern*, *Fr. judic.*, t. XVI, 1892, p. 140, 141, 1re partie), quoique partisan d'une réforme analogue à celle accomplie en 1889, constate cet excès de sévérité et l'attribue à la tournure simpliste et logique de l'esprit français qui craint de s'arrêter à moitié chemin. Les conseils n'avaient pourtant pas manqué au législateur de la part surtout de la Société des prisons d'où était venu le premier projet soumis au Sénat. MM. Duverger, Quérenet et Desportes s'étaient élevés contre l'idée d'une déchéance totale et M. Bérenger proposait d'armer les sociétés et les individus voulant s'occuper des enfants du seul droit de garde. « Grâce à ce droit, disait-il, ils pourront avoir confiance que l'autorité paternelle ne viendra pas faire obstacle à leur œuvre et c'est tout ce qui leur faut. » M. Jay appuyait cette motion; faisant remarquer qu'il n'y a pas à parler de puissance paternelle sur les biens des enfants abandonnés, puisqu'ils n'ont pas de biens, il ajoutait, sous une formule un peu exagérée peut-être mais vraie pratiquement: « Est-ce que priver le père du droit de garde n'est pas le priver de toute puissance paternelle? » La privation de ce droit avec un contrôle de la faculté d'émancipation eut suffi. (*Bull. pris.*, 1882, p. 243, 251, 351 et suiv.; 1884, p. 79.)

(2) Brueyre, *Rapport* au Comité de défense.

même perdre l'exercice de ses droits politiques, au cas de vagabondage et de mendicité par exemple (1). Il est plus dur encore d'appliquer une telle pénalité à celui auquel on reproche seulement son ivrognerie habituelle ou son inconduite notoire, car les passions politiques donneront peut-être de ces expressions élastiques une interprétation fantaisiste? On pourra donc, en dehors de toute condamnation, sur des dénonciations fausses peut-être ou tout au moins exagérées, infliger à des parents l'infamie de la déchéance totale, leur retirer leur autorité vis-à-vis de tous les enfants nés ou à naître. Il eut été plus juste et en même temps plus habile, dans la plupart des cas prévus à l'article 2 de la loi, d'autoriser les juges à priver, le cas échéant, les pères du seul droit de garde, soit sur tous leurs enfants, soit sur quelques-uns d'entre eux (2). Jamais la réserve ne s'impose plus qu'en notre matière et la déchéance devrait être réservée pour les seuls parents ouvertement, manifestement indignes ; on rendrait par là même la surveillance plus efficace.

Nous critiquons la portée exagérée de la déchéance qui, prononcée contre un père, s'applique même à l'égard de ses enfants à naître. Nous protestons encore davantage en lui voyant produire de tels effets à l'encontre d'un célibataire. La raison et l'équité condamnent en effet cet excès de sévérité : le célibataire n'a pas été encore mis à l'épreuve, il ignore la force de l'amour paternel et ne peut être convaincu d'oubli de ses devoirs, le mariage et la paternité auront peut-être raison de ses mauvais instincts ; dès que la chose est possible, il devrait profiter du doute et échapper à la pénalité. Voici maintenant la femme dont le mari est déclaré déchu qui

(1) Ne pouvait-on pas dans ce dernier cas faire usage de la loi du 7 déc. 1874, dont il n'a pas été pour ainsi dire fait mention dans les travaux préparatoires à la loi de 1889 ?

(2) *Sic* Brueyre, *Rapport* au Comité de défense. Tel est le système anglais et américain : la tutelle est conférée à une œuvre d'assistance publique ou privée sans que la déchéance soit prononcée ; on ne s'en prend qu'au droit de garde.

voit régler par le même jugement ses attributs propres sur ses enfants et subira souvent, quant aux droits de garde, d'éducation et de correction, une déchéance véritable quoique toute de fait. On lui laissera, il est vrai, la faculté de visiter l'enfant, de correspondre avec lui, de surveiller et de critiquer en justice les mesures prises à son égard par le tuteur (1); elle conservera aussi les prérogatives énumérées à l'art. 14 : consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse, à l'émancipation et, grâce à cette dernière faculté, il lui sera possible de mettre fin aux pouvoirs conférés au tuteur ou à l'Assistance publique. Mais ces épaves d'une autorité dont elle ne s'est pourtant pas montrée indigne seront bien souvent inefficaces entre ses mains. La jurisprudence, reconnaissant au père non tuteur le droit d'émanciper son fils, a toujours permis aux juges de contrôler cet acte et de l'annuler s'il constitue un moyen d'éluder la décision du tribunal ou du conseil de famille qui a disposé de la tutelle, s'il compromet les intérêts matériels ou moraux du mineur (2); n'en prendra-t-on pas argument pour attaquer l'émancipation émanée de la mère comme faite sous l'influence du père déchu ? Que la déchéance légale du père engendre la déchéance de fait de la mère, la chose est déjà singulière quoiqu'il y ait là, dit-on, une nécessité pratique. Mais que la présomption soit en ce sens à l'égard de la seconde femme d'un père déchu, voir même à l'égard de la première s'il a été frappé encore célibataire, qu'il faille à l'une ou à l'autre obtenir de l'arbitraire du juge le libre exercice de ses droits, c'est, croyons-nous, un excès et un grave abus.

Enfin, n'est-ce pas outrepasser toute limite raisonnable que d'organiser une déchéance non seulement indivisible mais encore irréparable ? Tel est pourtant en fait le résultat de la disposition qui exige des parents déchus l'accomplissement des formalités de la réhabilitation avant d'agir en restitution

(1) Leloir, t. I, p. 357, note 2, n° 470 ; Nillus, *Fr. judic.*, t. XV, 1re partie, p. 326, note 1.

(2) Trib. Seine, 14 mai, 12 nov. 1886, *Pand. fr.*, 1887, II, 140.

de leur autorité perdue. Pareille sévérité se conçoit-elle bien à l'égard des causes de déchéance facultative? L'intérêt de l'enfant commande qu'on lui fasse une situation stable et exempte d'incertitude, soit; mais on va contre cet intérêt même en barrant la route au repentir du père par des difficultés accumulées. Le véritable intérêt du mineur en principe est de vivre dans sa famille et sous l'autorité paternelle: il eut été naturel de favoriser un retour à ce droit commun quand, après des égarements passagers, le père vient à résipiscence et présente de sérieuses garanties de moralité; on l'a rendu au contraire, sinon impossible, du moins fort difficile pour des gens sans ressources et ignorants des lois.

Ces exagérations diverses dans l'application de la peine, jointes à son caractère absolu, ont immédiatement frappé tous les yeux. Aussi la circulaire ministérielle du 16 août 1889 a-t-elle mis les parquets en garde contre tout excès de zèle; elle leur interdit « d'ouvrir des investigations sur la vie privée des citoyens ou d'exercer sur eux une sorte de censure morale... » Il importe en effet que leur « intervention ne se produise qu'avec la plus grande circonspection et à titre tout à fait exceptionnel, dans des circonstances où le plus léger doute ne saurait s'élever sur son opportunité ». Pareille recommandation est sage, mais une circulaire ministérielle n'a pas d'autorité légale; les ministres changent et leurs prescriptions, bientôt oubliées, deviennent lettre morte. De deux choses l'une alors : ou, faute de précautions suffisantes prises par le législateur, des abus se produiront, l'autorité des pères de famille sera en butte à des entreprises inspirées peut-être par des idées de vengeance politique; — ou, chose, je le reconnais, plus probable (1), dans la crainte d'encourir une responsabilité, les magistrats laisseront volontairement et systématiquement dans l'oubli certaines prescriptions de la loi. Pourquoi les avoir écrites alors? N'est-ce pas un affligeant spectacle que de voir élaborer des textes

(1) Charmont, *op. et loc. cit.*, p. 511 ; Brueyre, *Rapport* au Comité de défense.

destinés à ne pas être appliqués ? Le législateur fait par là même preuve d'impuissance, son œuvre est forcément affaiblie et discréditée.

En somme, par le caractère rigoureux et inflexible, définitif et indivisible, de la pénalité qu'elle édicte en même temps que par ses lacunes, la loi de 1889 risque de manquer son effet utile. Elle a frappé trop fort et sans discernement suffisant, elle abuse de la déchéance en oubliant parfois les situations les plus intéressantes ; ce sont là des causes de faiblesse. Voyons si ses rédacteurs ont été plus heureux dans le choix de leur deuxième principe, celui de la centralisation du service aux mains de l'Etat.

§ II. — Centralisation de la tutelle.

De pénale qu'elle est dans sa première partie, la loi de 1889 devient, dans la seconde, franchement hospitalière. A côté des pères indignes à frapper, il y en a de malheureux ou d'inconnus ; la situation des enfants n'est pas moins intéressante dans un cas que dans l'autre et la protection du législateur, acquise dans le premier aux mineurs par ricochet après punition de la faute des parents, s'étend directement sur eux au second. La première chose à faire pour tous était de leur assurer l'avantage d'une autorité tutélaire, image la moins imparfaite possible de la direction affectueuse de la famille : on a cru y pourvoir efficacement en confiant à un service d'Etat, l'Assistance publique, la tutelle de tous ces pupilles d'origine diverse. « Le système du socialisme (1) » a triomphé. Une tutelle, il est vrai, peut être constituée dans les termes du droit commun après déchéance ; une tutelle officieuse est également prévue. Mais seuls les tribunaux civils ont qualité pour organiser la tutelle de droit commun ; elle le sera donc très rarement et seulement quand l'enfant

(1) Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *Fr. judic.*, 1892, t. XVI, 1re part., p. 177.

à protéger appartiendra à une famille aisée. Les demandes à fins de tutelle officieuse constitueront aussi une infime exception. Presque toujours en définitive, il n'y aura place en fait que pour l'intervention des œuvres de bienfaisance officielle ou de la charité privée collective.

Les rédacteurs de la loi le comprenaient fort bien et la question, nettement posée devant eux, a été aussi nettement résolue. Devait-on faire appel aux œuvres privées? En cas de réponse affirmative, il fallait néanmoins, ne fût-ce que pour parer au moins provisoirement à l'insuffisance de leur nombre, les doubler d'une institution publique quelconque. Cette institution elle-même serait-elle décentralisée, rattachée au département, à la commune ou au canton comme on le proposait ; en ferait-on au contraire un service d'État? Telles étaient les données du problème.

Sous l'inspiration des représentants de l'Assistance publique et du Conseil d'État, la loi l'a résolu avec l'horreur et le mépris devenus chroniques chez nos législateurs, depuis un siècle, pour tout ce qui n'est pas administration publique. Elle a donc dénié aux tribunaux le droit de confier les mineurs enlevés à leurs parents à des associations particulières : ces dernières feraient acte de commerce ou de prosélytisme religieux, elles n'ont pas du reste la force et la valeur que donne l'estampille gouvernementale et, n'étant pas toutes coulées dans le même moule, elles heurteraient nos préjugés et nos habitudes d'uniformité. On aura besoin d'elles, c'est certain, mais on les réduira à un rôle subordonné ; il faut éviter de rééditer l'expérience faite en 1850 avec les colonies privées de jeunes détenus. Donc une sphère d'action soigneusement limitée pour la charité non officielle. Afin de créer d'autre part une organisation administrative décentralisée, il eut fallu remonter le courant moderne des idées ; il était bien plus simple de prendre pour le nouveau service le cadre tout tracé par la loi de pluviôse an XIII à propos des enfants assistés, à charge d'en unifier encore les rouages et de tout faire dépendre de l'État. Telle est l'œuvre

accomplie. L'Assistance publique est tout; elle est investie *de plano* de la tutelle sur la presque totalité des mineurs et si, pour alléger sa tâche, l'initiative des particuliers est reconnue licite, voir même provoquée, individus et œuvres privées charitables ne sont que des sous-ordres, des auxiliaires, les uns révocables *ad nutum*, les autres soumis au contrôle permanent du préfet toujours libre de s'adresser aux tribunaux pour réclamer l'enfant. Dans cette conception, théoriquement du moins, tout est simple, facile à organiser et à diriger, extrêmement logique aussi : à une intervention exceptionnelle de la puissance publique convient bien une tutelle unique fortement centralisée. Les enfants qui, pour une raison quelconque, ne sont pas dirigés par leurs parents trouvent la bienfaisante protection de l'Etat, les assemblées de l'époque révolutionnaire avaient déjà préconisé ce système ; ils recevront, pour leur plus grand bien, une éducation égalitaire et uniforme. L'Etat devient le père de famille modèle.

Ainsi comprise et poursuivie, l'œuvre ne nous paraît pas à l'abri de la critique (1). Le système de la centralisation absolue, inconnu des législations étrangères, ne nous semble pas de nature à réaliser au mieux le but cherché. Réserver toujours à l'administration le domaine éminent sur les tutelles, n'est-ce pas rendre instable et irrégulière la situation des institutions privées, plus rare par conséquent leur intervention? Nous comprenons qu'en l'état actuel de notre organisation française, on ait hésité à introduire des tutelles cantonales comme en Suisse, cette innovation se fut heurtée à bien des difficultés pratiques : les citoyens français sont si peu faits au principe du *self government*, à la pratique des institutions locales, que les comités de tutelle, instruments parfois de tracasseries tyranniques, eussent été le plus souvent dans l'impossibilité de fonctionner. Mais vraiment l'administration

(1) La critique s'impose d'autant plus que la loi de 1889 a influé sur le régime antérieur des enfants assistés et que, les art. 19 et 20 pouvant être appliqués à ces derniers, la centralisation de la direction aux mains des agents directs de l'État est plus grande encore qu'elle ne paraît l'être.

n'avait pas besoin de tout absorber, il eut amplement suffi de lui assurer un rôle de surveillance sur les œuvres particulières qu'elle eût en outre suppléées au besoin. C'est le procédé anglais, celui des Etats-Unis, dans ces deux pays il a donné d'excellents résultats; pourquoi ne pas le suivre ? Il y avait là tout au moins une expérience intéressante à faire, instructive pour tous, de nature à développer l'esprit d'association entre particuliers, dans un but utile à la société, chez un peuple trop enclin à toujours recourir à l'Etat et au gouvernement (1). La fonction, profitable à tous, eut été mieux remplie et à moins de frais.

Si en effet certaines fonctions incombent régulièrement à l'Etat, pour d'autres au contraire il est mal préparé, mal outillé; son intervention même, bien loin d'être efficace, y devient funeste. A lui de réglementer et de surveiller les efforts, de les coordonner, de leur donner un appui moral et parfois financier; mais qu'il s'abstienne toutes les fois qu'il y a, c'est bien le cas en matière d'éducation, plus d'affection et de dévouement personnel que d'argent à dépenser, c'est alors le terrain propre de la charité privée. La surveillance la mieux organisée, la réglementation la plus savante, le choix le plus sévère des sujets, n'empêcheront pas l'éducation par des fonctionnaires d'être froide et sèche, les précautions contribueront au besoin à augmenter ces défauts en enlevant toute souplesse à l'action des maîtres; un peu de cœur et d'amour opérera plus facilement les sauvetages nécessaires et ces qualités ne se commandent pas, elles ne s'acquièrent pas par l'étude. Les hommes éminents qui avaient présenté les premiers projets, prémices de la loi de 1889, dans l'intérêt de l'enfance ne s'y étaient pas trompés, et c'est un point acquis parmi les spécialistes qu'en cette matière on fait peu de choses sans le secours de la charité privée. A elle donc d'organiser le patronage des jeunes détenus libérés, à la condition de relier ses forces éparses par une sorte de bureau central (2); à elle

(1) M. G. Berry propose cette réforme.
(2) M. Bogelot à la Société des prisons (*Bull. pris.*, 1889, p. 793); Stevens,

aussi de recueillir et élever les mineurs maltraités ou délaissés. Pas n'est besoin de la puissance publique, tout au contraire ; comme le disait M. Picot à l'Académie des sciences morales et politiques (1), « ce que l'Etat touche de ses mains de fer est aussitôt desséché et, ce qui est plus grave, si son action refroidit l'initiative privée, l'échec de ses entreprises la décourage à jamais. »

La liberté d'action reconnue aux institutions privées eut été aussi pour l'Etat une cause d'économies sérieuses. Avec le système actuel, même quand on fait appel à leur dévouement, on leur crée une situation inférieure et subordonnée ; rien d'étonnant à ce qu'elles fassent supporter par l'Etat, chef suprême du service, c'est-à-dire par les contribuables, la plus grosse part des dépenses occasionnées par leurs pupilles. Il faut donc trouver des ressources et pour un chiffre important.

La commission de la Chambre en 1885 manifestait, non sans raison, ses inquiétudes à l'égard du coût de la loi ; il y a là en effet un inconnu très préoccupant. La loi de 1889 a pris pour base du règlement de la dépense les principes posés pour les enfants assistés par la loi du 5 mai 1869. Les départements sont libres d'assimiler aux enfants assistés les mineurs maltraités et moralement abandonnés, ou de laisser ces derniers à la charge exclusive de l'Etat ; mais, si les conseils généraux adoptent le premier parti, l'Etat contribuera au 1/5e des dépenses tant extérieures qu'intérieures des deux services et un contingent du 1/5e des dépenses extérieures deviendra pour les communes une dépense obligatoire dans les termes de la loi du 5 avril 1884, art. 136 (L. 24 juillet 1889, art. 11 et 25) ; le budget d'assistance départementale acquiert de ce chef une élasticité fort appréciable. Cependant on a eu beau multiplier les affirmations optimistes,

Patronage des condamnés adultes et des jeunes libérés, 1891. *Sic* Vœux des congrès d'Anvers et de Saint-Pétersbourg en 1890. Voir le rapport de M. le conseiller Voisin (*Bull. pris.*, 1891, p. 92) ; voir aussi *Bull. pris.*, 1892, p. 725 et suiv.

(1) Séance du 18 juin 1888, à propos de la société pour les constructions économiques.

vanter l'économie relative résultant pour les frais généraux de la fusion des deux services, escompter des ressources problématiques, notamment les pensions payées par les parents déchus et le gain des enfants à compter de l'âge de 13 ans (1), il n'en reste pas moins vrai qu'en dehors même des frais d'inspection, l'entretien de chaque enfant représente, d'après le rapporteur du Conseil supérieur de l'Assistance publique, une dépense annuelle moyenne de 150 francs. L'Etat en devra payer sa part et l'on comprend dès lors le regret exprimé dans le rapport supplémentaire sur le budget de 1891 (2), que la commission du budget n'ait pas été consultée avant l'adoption définitive de la loi de 1889. Cette part, fixée à 3 millions pour l'année 1890, atteignait, en 1895, 5 millions 530.000 fr. (3); le chiffre s'accroîtra encore d'année en année. Le budget de l'Etat se trouve ainsi grevé d'une somme assez ronde et le contribuable, sur lequel pèsent en même temps les charges départementales et communales, supporte un nouveau surcroît d'impôt.

Ainsi confiée à un organe d'Etat, alors même que les parents malheureux en ont voulu charger une œuvre privée, l'éducation de l'enfance sera, nous le craignons, peu profitable et moralisatrice pour celle-ci, mais elle sera coûteuse pour tous. L'opération paraît d'autant plus mauvaise que la substitution de l'Etat aux pères de famille, odieuse aux parents aimant leurs enfants, constituera une sorte de faveur pour les pères indifférents (4), en même temps qu'une lourde charge pour le contribuable. Elle devrait donc être condamnée, d'autant plus qu'en dehors du désir, d'ailleurs naturel,

(1) M. Lallemand (*Notice dans l'ann. de législ. française*, t. IX, p. 277, et introd. de *La charité légale en France*, p. 24) émet des doutes fondés sur le chiffre de ces recettes.

(2) *Journal officiel*, doc. parl., Ch. députés, sess. extr., ann. n° 912.

(3) Dans ce dernier chiffre, les frais d'inspection figurent pour 1.071.000 fr. Voici du reste la progression pour la part contributive de l'Etat depuis 1890 : le crédit affecté à cet usage a été de 4.045.000 fr. pour l'exercice 1891, de 4.760.000 fr. pour 1892, de 4.971.000 fr. pour 1893, de 5.321.000 fr. pour 1894.

(4) *Sic* Bourcart, *op. cit.*, p. 506, 507.

d'employer des rouages déjà éprouvés, elle a été inspirée par des motifs aussi erronés, pensons-nous, que préjudiciables aux intérêts de l'enfance.

Les passions antireligieuses ont souvent fait faire fausse route aux pouvoirs publics ; mais nulle part elles ne sont plus dangereuses qu'en matière d'éducation (1). Or, ce sont elles, on n'en peut pas douter puisqu'elles se sont affirmées au Conseil d'Etat, qui ont fait réserver à l'Etat la désignation des associations de bienfaisance ayant seules qualité pour acquérir, même de la main des parents, une autorité effective sur des mineurs de seize ans. Ce sont elles qui, dans la recherche d'un moyen efficace pour remplacer la puissance paternelle disparue, ont systématiquement refusé de faire appel aux influences religieuses et fait écarter les ministres des cultes reconnus de cette mission délicate et ardue. N'est-ce pas se priver volontairement d'auxiliaires très précieux et faire abstraction de la plus grande force moralisatrice, la religion? N'est-ce pas par suite énerver la réforme et la condamner à une impuissance au moins relative? Si l'on veut faire quelque chose d'utile, il faut, suivant le mot profond de M. J. Simon, revenir à Dieu (2).

Un autre mobile du législateur en 1889 a été sa sympathie pour une uniformité centralisatrice, or l'exagération du rôle attribué par lui à l'Etat nous paraît extrêmement funeste. Sans parler même de la situation inférieure faite à l'initiative privée, comment justifier cet abus de centralisation (3) : les enfants moralement abandonnés n'ayant plus, comme les enfants assistés autrefois, un conseil de famille pour contrebalancer les droits absolus attribués sur eux à un étranger, à un fonctionnaire politique? Les besoins démontrés par l'expérience ne réclamaient pas un tel remède. Ce que l'on demandait, c'était la constitution d'un véritable droit de garde au profit des tiers éducateurs qui avaient recueilli un enfant

(1) G. Michel, *op. cit*, *L'économiste français*, 17e ann., p. 133.
(2) *Sic Bull. pris.*, 1891; p. 346; M. Flandin.
(3) Charmont, *Rev. crit.*, t. xx, p. 522.

abandonné, c'était la consécration juridique d'un état de fait très fréquent et la possibilité pour le gardien honorable de refuser légalement au père indigne la remise de son fils. Les Etats-Unis et l'Allemagne depuis 1878 n'ont pas fait davantage et une telle législation a produit chez eux d'heureux résultats. Seulement, il a fallu compter avec cette idée élevée en France à la hauteur d'un principe : tout ce qui n'est pas l'Etat est contre lui et doit être traité en ennemi (1) ; elle mettait obstacle à la création d'institutions indépendantes, poursuivant le même but que l'Etat, c'eut été autant de concurrents, j'allais dire d'adversaires. Théorie funeste en soi et lamentable dans ses effets : l'enfance malheureuse lui doit de perdre les avantages d'une tutelle plus moralisatrice à condition d'être surveillée ; les agents de l'Etat ont toute liberté dans l'exercice de l'autorité paternelle, alors que le père lui-même trouve auprès de lui pendant le mariage un frein au moins moral. La loi du 10 janvier 1849 constituait bien un précédent en ce sens ; mais sa décision, déjà critiquée par nous, devait être d'autant moins généralisée que des pouvoirs, si exagérés soient-ils, sont moins dangereux aux mains du directeur de l'Assistance publique à Paris que dans celles des inspecteurs départementaux, dont la situation est inférieure et dépendante. En tous cas, l'action de l'Etat représenté par le Préfet se fait partout sentir désormais dans un domaine qui jusqu'alors lui était presque complètement étranger ; il y a lieu de s'en inquiéter. « Par ce

(1) Nous en avons trouvé des exemples à propos des colonies privées pour jeunes détenus et dans l'application des lois scolaires. Le même sentiment explique et l'interdiction par la jurisprudence, malgré l'art. 145 de la loi du 5 avril 1884, des subventions communales aux écoles privées et le refus par le Conseil d'Etat d'accorder l'autorisation à des congrégations religieuses enseignantes susceptibles de faire tort à l'enseignement officiel. (Avis du Conseil d'Etat, 9 janvier 1884, 18 juillet 1891.) Un pareil esprit inspire fréquemment la doctrine ; voir notamment un article de M. Wahl sur le régime fiscal des dons et legs faits à l'Etat, aux départements, aux communes, aux établissements publics ou d'utilité publique, (*Rev. du droit public*, 1895, p. 226 et suiv.)

vent de socialisme qui souffle, dit M. G. Michel (1), la moindre concession ne laisse pas que d'être suspecte. Soustraire l'enfant à des parents indignes, substituer à une autorité dégradée l'autorité de l'Etat, c'est fort bien ; mais sommes-nous sûrs qu'on en restera là et que la puissance paternelle ne subira pas de nouveaux assauts ? » Il est impossible de signaler le danger en termes plus modérés, car, sur cette pente qui mène à la tyrannie de l'Etat, le terrain est glissant et malheureusement les esprits sont loin de se tenir sur leurs gardes. La loi de 1889 n'est-elle pas à ce point de vue, d'après l'exposé des motifs lui-même (2), « une amorce pour les réformes futures ? » Ce mot n'est pas fait pour rassurer les vrais amis de la liberté.

SECTION IV. — *Premières applications de la loi du 24 juillet 1889.*

Nous avons dans la section précédente signalé les points qui, dans la loi de 1889, nous paraissaient défectueux, tout en approuvant l'idée mère d'où elle est sortie. Il était nécessaire de porter remède aux abus que certains parents faisaient de leur puissance. Seulement la matière était délicate, il est toujours grave de toucher à une institution séculaire et de légiférer sur des questions d'ordre aussi intime. Pareille réglementation, d'autre part, ne s'improvise pas, elle doit être mûrement réfléchie et l'expérience seule en montrera d'une façon claire les côtés faibles. Autant de motifs pour examiner les faits et, bien qu'ils manquent encore un peu d'éloignement, en déduire la valeur pratique de la réforme.

Les débuts d'une loi nouvelle occasionnent toujours quelques hésitations et tâtonnements, il faut du temps pour la faire entrer dans les mœurs ; ce phénomène devait se produire dans la matière de la puissance paternelle plus qu'en toute autre. D'ailleurs le texte est très compliqué et, comme le fait re-

(1) *Op. et loc. cit.*, p. 135.
(2) *Journal officiel*, 1888, p. 710, 3e col.

marquer M. Charmont (1), la pratique, sauf si elle est sollicitée par un intérêt personnel considérable, ignore tout quand elle se voit déroutée et rebutée par des distinctions trop nombreuses et des énumérations interminables. Reste le ministère public, mais il a déjà bien des occupations en matière civile et son action, de nature à éveiller ici de légitimes susceptibilités, doit, d'après les circulaires ministérielles, être très discrète. *A priori* donc on pouvait augurer que, malgré l'extension de sa portée, peut-être même à cause de cette extension, la loi de 1889 comporterait un nombre relativement restreint d'applications.

Les faits confirment cette prévision. M. Brueyre (2) réclamait, pour donner un effet vraiment utile à la réforme, de 600 à 800 jugements de déchéance ou de tutelle par an, on n'en prononce pas même le tiers ; il signalait en France 40.000 moralement abandonnés dont 15.000 à Paris, on en pourrait facilement « *drainer* » les trois quarts, il ne paraît pas qu'on l'ait fait. La même situation est signalée, en 1892, par le directeur de l'Assistance publique (3) et par M. G. Berry au Conseil municipal, à la séance du 20 mai. « Dans les dix dernières années, dit celui-ci, les agents ont arrêté 18.000 enfants lancés sur la voie publique... on peut affirmer que, pendant ces dix années, le chiffre réel s'est élevé à 30 ou 40.000. » Il en est de même aujourd'hui, l'œuvre d'assainissement est encore à faire.

C'est aussi que la loi est bien peu appliquée. Elle passe à ce point inaperçue que, le 17 décembre 1891, à la suite du jugement d'un tribunal correctionnel frappant de peines relativement minimes des parents coupables d'avoir infligé à leur fils un traitement barbare et cruel, MM. Engerand et Leydet déposaient une proposition de loi (4) tendant à rendre appli-

(1) *Rev. crit.*, t. xx, p. 532.
(2) *Bull. soc. pris.*, 1891, p. 337.
(3) Rapport de 1892, p. 7.
(4) Voir l'examen critique de cette proposition par M. G. Leloir, *La question des enfants martyrs*, *France judiciaire*, 1892, 16e année, p. 144.

cables aux ascendants, auteurs volontaires de coups et blessures sur leurs descendants, les peines de l'art. 312 C. pén. et aussi à priver le coupable, soit du droit d'être tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille pour une durée de 5 à 10 ans, soit des prérogatives attachées à la puissance paternelle par le Code civil, liv. Ier, tit. IX, à l'égard de l'enfant martyr. Sans insister sur les diverses singularités de cette proposition de loi, formulée, comme tant d'autres, sous l'empire d'une émotion d'ailleurs bien justifiée par un fait odieux et sans idée d'ensemble, remarquons qu'elle organisait une déchéance doublement partielle, puisqu'elle enlevait aux parents les seuls droits prévus au titre IX du livre Ier dans le Code civil et à l'égard de leur seule victime. Ses auteurs oubliaient le texte voté en 1889 qui donne une sanction plus sévère applicable à une telle hypothèse, facultativement en vertu de l'article 2, § 6, et même de plein droit au cas, prévu par l'article 1, § 3, d'une double condamnation. Mais de ces textes il est fait peu usage. D'après le rapport au Président de la République en 1893 (1), étaient intervenues, au 31 décembre 1889, 39 déclarations de déchéance émanant, 16 des cours d'assises, 13 des tribunaux correctionnels, 10 des tribunaux civils (2); à Paris, 13 cas avaient été signalés par l'Assistance publique pour obtenir 6 condamnations (3). Même rareté d'applications en 1890 et 1891. Au cours de cette dernière année, M. Brueyre relève en tout pour le passé une trentaine de jugements de déchéance à Paris et 70 environ à Lyon. A Paris, l'année 1890 présente 16 déchéances, 27 dessaisissements judiciaires consentis par les parents et 28 opérés sans leur intervention ; d'une façon générale, la préfecture de police s'abstient de poursuivre la

(1) *Journal officiel*, 6 mai 1893.

(2) 13 demandes avaient été formulées dont 8 par application de l'art. 2, § 6. La tutelle a été confiée 6 fois à la mère, 3 fois à l'Assistance publique, 1 fois à un particulier.

(3) Rapport, en 1890, du dir. de l'Ass. publ., p.30. — *Confer* Charmont, *op. et loc. cit.*, p. 509.

déchéance en cas de condamnations répétées pour ivresse(1). La fin de 1891 semble inaugurer une phase plus active, mais les ménagements sont toujours grands : rares sont les poursuites, plus rares encore les sentences de déchéance (2).

Une autre prévision, que les faits confirment aussi au témoignage de MM. Brueyre et G. Berry dans les rapports précités, c'est l'abstention volontaire et très naturelle à nos yeux des œuvres privées. Bon nombre d'entre elles préférent maintenir la situation antérieure, si précaire soit-elle en cas de réclamation des parents, plutôt que d'acquérir des droits opposables à ceux-ci, mais de devenir par là même les auxiliaires toujours subordonnés et révocables de l'Etat : la liberté à son prix et l'on comprend surtout que les sociétés pouvant être soupçonnées de cléricalisme se soient refusées à l'aliéner aux mains des fonctionnaires de l'Assistance publique. Quatre ou cinq associations à peine ont sollicité et obtenu l'autorisation ministérielle visée par l'art. 17 et c'est seulement à la date du 1er avril 1892 que le tribunal de la Seine a, pour la première fois, prononcé le dessaisissement des parents au profit d'une société privée, l'Union française pour le sauvetage de l'enfance.

Ces résultats sont réellement insuffisants, mais il en devait être ainsi. Quel que soit le jugement à porter sur l'œuvre de 1889, les hésitations de la pratique étaient à prévoir en une matière aussi nouvelle pour elle. De plus, le contrôle de la puissance publique sur l'autorité paternelle ne s'acclimatera jamais que lentement dans les nations latines, l'Italie en a fait elle aussi l'expérience ; il se fera surtout difficilement accepter en France au milieu de nos dissensions politiques et religieuses : on craindra toujours d'armer le Pouvoir auquel les mœurs n'imposent guère le respect pour la

(1) Rapp. du dir. de l'Assistance publique, 1890, p. 30. Au 31 décembre 1890, il y avait 1.400 enfants recueillis en vertu de la loi de 1889, dont 767 en vertu du titre I (Brueyre, *Bull. pris.*, 1891, p. 763).

(2) M. Leloir, t. II, p. 371-460, reproduit un certain nombre de décisions rendues jusqu'au 26 mars 1892: 6 arrêts de cours d'appel, 3 de cours d'assises, 89 jugements de première instance.

liberté des citoyens. Enfin et surtout de graves défauts déjà signalés nuiront à l'effet utile de la loi ; pour la rendre pratique, il faudra en atténuer les rigueurs et lui enlever son caractère d'exclusivisme étroit. Qui songerait à en aggraver les prescriptions sous prétexte de les rendre plus efficaces irait, croyons-nous, directement contre son but, la loi serait définitivement condamnée.

Or, tout sévère que nous ayons été dans l'appréciation de ses dispositions, tout désireux que nous soyons de lui voir subir des modifications profondes, nous regretterions vivement de voir abandonner, à la suite d'un essai malencontreux, le principe indispensable sur lequel la loi de 1889 repose. Telle qu'elle est rédigée, nous ne la croyons pas, avec M. Pascaud (1), appelée à produire les effets les plus salutaires, « pourvu qu'elle soit appliquée sans intermittence et avec la mesure requise. » Si M. Brueyre (2) a pu dire qu'elle n'avait modifié ni amoindri aucun des attributs de la puissance paternelle mais seulement entravé leur exercice préjudiciable à l'enfant, il a dû reconnaître en même temps, avec son autorité et sa compétence indiscutables, que cette prétendue réserve était surtout théorique, qu'en bien des points le législateur a empiété à la légère sur d'autres terrains, qu'il a surtout brisé trop souvent un lien qu'il eût suffi de distendre. La chose vraiment bonne dans la loi du 24 juillet 1889, c'est l'idée morale qui la domine : elle a posé un principe dont les conséquences heureuses sont encore à tirer ; elles le seront le jour où, moins préoccupé d'assurer à l'Etat un rôle prépondérant, quelque législateur vraiment libéral développera les idées pratiques de MM. Voisin et Roussel. La loi « s'est proposé pour but, au nom des intérêts de la Société et de l'enfant, d'assainir en quelque sorte... l'autorité paternelle, de lui rendre les conditions de moralité et de dignité sans lesquelles son exercice serait funeste.... » (3) ; « loin de

(1) *Rev. gén.*, 1892, p. 323.
(2) Congrès des soc. savantes en 1891 (*Bull. pris.*, 1891, p. 758).
(3) Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, p. 323.

vouloir affaiblir l'autorité paternelle, elle veut au contraire la fortifier en la protégeant contre ses propres excès (1) ». D'autre part, elle ne fait pas intervenir à titre préventif et constant la puissance publique dans les rapports de père à fils ; l'idée contraire, pour être admise en Allemagne, ne se heurterait pas moins en France à des sentiments que nous jugeons respectables. Par ces divers côtés, elle mérite d'être considérée moins comme une bonne loi que comme une bonne tentative législative. Plus tard il sera fait une sélection entre ses diverses dispositions. Appel sera adressé à toutes les bonnes volontés et à l'influence bienfaisante de la religion pour constituer l'organisation vraiment protectrice de l'enfance dont les sévérités habilement graduées feront respecter l'autorité sacrée du père digne de ce nom et laisseront toujours la porte ouverte au repentir.

Seulement, que l'expérience faite par la Belgique dans la loi du 27 novembre 1891 (2) ne soit pas perdue pour l'avenir. Parmi les enfants dont la Société doit prendre soin, il en est d'indisciplinés, de profondément corrompus : ceux-là doivent, à notre sens, être réservés à l'éducation correctionnelle (3) et la réforme pénitentiaire à tenter à leur égard ne doit pas être confondue avec les projets relatifs à l'éducation des enfants maltraités ou abandonnés en général. Sans doute le but poursuivi est dans les deux cas le même: la moralisation de l'enfance qui, même perverse, est encore plus à plaindre qu'à blâmer. Sans doute aussi, dans les deux hypothèses, il s'agit de remplacer du mieux possible l'autorité naturelle absente pour cultiver ces jeunes intelligences, développer les bons instincts et combattre les mauvais. N'empêche que

(1) A. Guillot, *Rapp.* au comité de défense en 1891 (*Bull. pris.*, 1891, p. 875). L'art. 12 s'inspire aussi d'une idée morale quand, en des termes d'ailleurs critiquables, il permet de punir les parents oublieux de leurs devoirs en leur infligeant une amende.

(2) Voir la communication de M. Prins, inspecteur général des prisons belges, à la société des prisons (*Bull. pris.*, 1892, p. 421).

(3) Brueyre, compte rendu du congrès des soc. sav. en 1891 (*Bull. pris.*, 1891, p. 758) ; Rivière (*Bull. pris.*, 1892, p. 447).

les moyens employés doivent différer : la perversité précoce manifestée chez certains enfants exige une discipline plus sévère ; la Société y est intéressée et aussi la jeunesse coupable elle-même dont un effort plus grand redressera les vices naissants. Une fausse sentimentalité serait ici préjudiciable à tous.

CHAPITRE VIII

La puissance paternelle dans l'avenir.

Depuis la loi du 24 juillet 1889, la législation positive française, à côté de la théorie générale de la puissance paternelle exercée dans les conditions normales, présente des dispositions destinées à réprimer les abus possibles en cette matière. Nous avons soumis les divers textes à un examen critique et signalé, après bien d'autres, les remaniements à y faire pour leur assurer une longue existence et d'utiles effets. La réglementation fût-elle aujourd'hui suffisante d'ailleurs, on ne saurait lui garantir une pérennité absolue car le droit, dans ses formes extérieures du moins, se modifie sans cesse avec les mœurs et les besoins. Il est donc indispensable d'envisager l'avenir, de chercher un moyen pratique d'adapter à des situations nouvelles les principes fondamentaux du droit naturel. La question est vitale : l'existence de la famille est en jeu et la famille, on a pu le dire avec vérité, « divine à son institution, a suivi partout les vicissitudes de la civilisation chrétienne et cela est si vrai que la pureté ou la corruption de la première est toujours un symptôme infaillible de la pureté ou de la corruption de la seconde, de même que l'histoire des vicissitudes et des bouleversements de la civilisation catholique est l'histoire du bouleversement de la famille (1) ».

Aujourd'hui, le problème est nettement posé. Pour les uns, la puissance paternelle, forme sociale transitoire, désormais vieillie, doit céder la place à la protection constante de l'autorité publique sur les diverses individualités toutes placées vis-à-vis d'elle sur le même plan ; la famille va être remplacée par la société, un groupe étroit par un cercle plus

(1) Donoso Cortez, *Essai sur la cath.*, 33.

vaste. Pour d'autres, de nos jours comme autrefois, à condition d'être limitée dans ses excès mais aussi soutenue dans ses efforts et même dans ses rigueurs légitimes, la puissance paternelle est le lien constitutif de la famille, l'élément essentiel et primordial pour la formation d'une génération noble, soucieuse de ses devoirs comme de ses droits, prête aux sacrifices nécessaires et aux décisions viriles ; elle doit donc être soigneusement maintenue. Entre ces deux opinions contradictoires il faut choisir et le choix doit être raisonné, car, si ce n'est pas là toute la question sociale qui se pose, c'est une des faces de la question sociale et non des moindres (1). Voyons donc quelles sont les tendances actuelles des esprits ; nous examinerons ensuite quelles seraient à notre sens les réformes à opérer.

Section première. — *Mouvement actuel des idées.*

La loi de 1889 nous a montré le législateur moderne travaillant d'une façon très marquée à réduire l'autorité paternelle au profit de l'Etat dont le rôle est accru d'autant. Nous avons blâmé une telle tendance qui a par ailleurs, nous le reconnaissons volontiers, trouvé au contraire de nombreux approbateurs rêvant de faire de l'Etat une sorte de père de famille universel, omnipotent en cette matière comme en toute autre.

Ce courant étatiste (2) nous vient de l'Allemagne. Procédant de Kant, il a été accentué par Fichte pour lequel la force seule est la mesure du droit, par Schelling et Hégel qui conçoivent l'Etat comme le législateur suprême et le pou-

(1) C'est le fruit des principes dits modernes : « L'émancipation de l'individu due aux nouvelles théories a eu pour résultat que, plus que nos aïeux, nous sommes obligés d'inventer, si je puis dire, nos devoirs envers les hommes. » J. Lemaître, Disc. de distribution de prix en 1894.

(2) Il est général et s'étend à tout. M. Léon Say a dit avec vérité au point de vue financier : « Notre gouvernement a une vie trop intense ; il nous inspecte trop, il nous aime trop, il aime trop à nous protéger, il met trop de gouvernantes et de précepteurs à nos trousses pour nous empêcher de trébucher. » Le budget de 1895, *Rev. des deux mondes*, 1895, t. cxxv, p. 514.

voir souverain. M. Lasson, disciple d'Hégel, exagère encore les conclusions de son maître (1) : il considère l'Etat comme l'*alpha* et l'*oméga*, le gardien, le gérant et même la source unique de tout droit et de toute morale, l'individu n'étant qu'un accident à négliger. « La puissance paternelle n'est pas un droit qui appartienne au père ou qu'il exerce, comme on le croit, dans l'intérêt des enfants. Le père n'est que le représentant ou le mandataire de l'Etat. Il remplit une fonction que celui-ci lui confie. » Voilà les maîtres dont les idées, plus ou moins atténuées, commencent à avoir cours en France. Pour bon nombre d'esprits, la notion du Droit tend à se confondre avec celle de l'Etat chargé de le faire triompher ; ils les identifient sur les ruines du Droit naturel (2). L'Etat peut tout, il est apte à tout, en lui se concentrent tous les pouvoirs ; les individus n'ont plus que des devoirs, le père à l'égard de ses enfants n'est qu'un subordonné avec les seules prérogatives qu'il convient à l'Etat de lui conférer.

L'histoire de la puissance paternelle, nous dit-on, se développe sur une ligne continue et très simple dans le sens de l'émancipation de l'individu. Le despotisme romain des premiers âges a fait place à une liberté de plus en plus grande qui tend à devenir complète par la destruction du principe d'autorité dans la famille. Comme l'enfance ne peut se passer de protection, c'est l'Etat qui s'en chargera, exerçant sur ses gardiens un contrôle même préventif, laissant le fils à la garde du père ou le lui enlevant à son gré : au lieu et place de la famille condamnée par la loi absolue de l'évolution, on ne trouvera plus que des libertés et l'Etat (3). Voici le pro-

(1) Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1881.

(2) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit;* Naquet, *Rev. bleue*, 1887, p. 448 ; Danten, *Rev. internationale de l'enseignement*, 1889, p. 487 ; Tarde, *Transformations du droit;* Gaston Richard, *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, 1892, et *Rev. philos.*, novembre et décembre 1893. Cfer Fouillée, *L'idée moderne du droit.*

(3) Une proposition de loi de M. Talandier prétendait même faire garantir par l'Etat à chacun de ses pupilles à leur majorité une somme de 10.000 fr. ; l'Etat devenait assureur à leur profit et l'assurance était obligatoire. Pour

grès social tel que l'envisage un professeur éminent aux Etats-Unis : « L'éducation des enfants pauvres doit être, malgré les parents s'il le faut, dirigée par la Société d'une façon progressive et cette même Société a le droit de rendre esclaves *(to enslave)* tous ceux qui, volontairement, choisissent une vie de vagabondage... Tout vagabond, dans un pays civilisé, doit être arrêté et forcé au travail sous une direction publique. » C'est du communisme pur et je vois bien le rôle réservé à l'Etat, mais je ne vois pas du tout les libertés individuelles promises. Les masses, nous ne l'ignorons pas, prennent facilement l'ombre pour la proie, elles se croient libres dès lors qu'elles n'ont plus près d'elles une aristocratie qu'elles jalousent plus qu'elles n'en redoutent l'oppression; peu leur importe au premier moment le despotisme de l'Etat s'il est impersonnel et s'exerce uniformément sur tous. On les leurre alors bien facilement en abattant les derniers restes de toute autorité privée et l'on peut se faire applaudir en s'écriant, comme ce sénateur français dans la séance du 27 mai 1883, qu'une loi sur la puissance paternelle est insuffisante tant qu'elle la laisse debout. Pour nous qui avons une notion différente de la liberté, une semblable thèse nous révolte car la puissance de l'Etat, maître absolu, deviendrait une tyrannie d'autant plus insupportable qu'elle ne se personnifierait pas dans un homme. Nous préférons du moins la franchise du professeur américain précité : le progrès social consiste à réduire en esclavage une classe de citoyens au gré du pouvoir; sans doute il ne vise que les vagabonds, mais qui donc, si la loi écrite crée le droit, arrêtera les empiétements ultérieurs du Pouvoir social? Pour notre part, nous redoutons l'ingérence de l'Etat dans les rapports de père à fils; nous jugeons la liberté de la famille aussi nécessaire

faire face aux frais nécessaires, « la part du pauvre » était prélevée sur chaque succession. Voir le texte de la proposition au *Journal des assurances*, 1880, p. 186, et sa réfutation, même au point de vue technique, dans Sénès, *Les questions d'assurance de 1878 à 1881*, p. 317, et Lefort, *Traité des assurances*, t. I, p. 68.

que celle de l'individu. Nous ne voulons donc pas d'un Etat policier universel, aux ordres duquel chaque citoyen doive conformer tous ses actes dans une obéissance passive; nous ne voulons pas davantage de jeunes hommes sans famille destinés à devenir des sans-patrie.

Constatons-le d'ailleurs et avec plaisir, la thèse étatiste, fondée sur la doctrine évolutionniste, a perdu en ces derniers temps beaucoup de terrain. Contre le principe même de l'évolution et du progrès indéfini de l'humanité les protestations les plus vives se sont élevées en France et à l'étranger (1). Est-il possible du reste de voir un progrès dans la substitution de l'Etat au père pour l'éducation des enfants? Non certes : par là on brise le lien étroit qui existait entre les membres de la famille, on remplace le dévouement par l'égoïsme, on développe l'individualisme dont nous souffrons tant déjà en France, cet « ennemi de l'éducation comme il l'est de l'ordre social », contre lequel devra être fait « tout ce qu'on voudra faire pour la famille, pour la société, pour l'éducation comme pour la patrie (2) ». Non certes à un autre point de vue : les fonctions modernes de l'Etat se multiplient au point qu'il plie sous le faix et ne saurait suffire à sa tâche; les esprits éclairés, si diverses que soient leurs tendances, s'en rendent compte aujourd'hui et appellent de leurs vœux la reconstitution des associations, des corps moraux, supprimés à la Révolution, qui reprendraient leur part des services sociaux (3). Pourquoi donc alors mettre le père de famille en tutelle perpétuelle et l'assimiler à un fonctionnaire agissant sous l'œil de l'Etat? Pour condamner une pareille

(1) Voir Brunetière, *La moralité de la doctrine évolutive, Rev. des deux mondes*, 1er mai 1895, p. 136 et suiv., et les autorités citées; voir aussi T. de Wysewa, *La philosophie de M. Balfour, Rev. des deux mondes*, 15 mai 1895, p. 445 et suiv.

(2) Brunetière, *Education et instruction, Rev. des deux mondes*, 15 février 1895, p. 934.

(3) Voir à ce propos la discussion des 18 mars et 22 avril 1896, sur le très intéressant rapport de M. P. Nourrisson, à la société générale des prisons, à propos de la poursuite des délits par les associations et notamment les paroles de M. Larnaude, p. 33.

tentative aussi dangereuse que funeste, il n'est pas besoin de croire à l'origine divine de la famille, il suffit de réfléchir sans passion. On verra de suite quel coup serait porté à l'humanité si à une autorité parfois trop sévère ou trop faible, mais le plus souvent en somme inspirée par une affection dévouée, on prétendait substituer un pouvoir éloigné et par là même forcé de frapper fort quand il constate une infraction, inapte à sa mission nouvelle, tracassier et méticuleux en même temps que tyrannique faute de contrepoids. La Société n'est-elle donc plus faite pour les individus, mais ceux-ci pour elle? On doit rejeter, comme aussi dangereuses que décevantes et peu fondées, les théories qui sacrifient les droits des particuliers à ceux de l'Etre social qu'elles accroissent hors de toutes proportions. Telle est la conclusion de la morale spiritualiste; telle est celle aussi de ce que M. Hauriou (1) appelle la *morale d'observation.*

Certains jurisconsultes, soucieux comme nous de répudier en notre matière l'action envahissante de la puissance publique, voudraient du moins confier la solution de tous les litiges entre parents et enfants aux tribunaux devant lesquels la situation de deux plaideurs serait de tous points identique (2). L'avant-projet de revision du Code civil fait en Belgique par M. Laurent pousse cette conception à l'extrême. Les obligations des parents envers leurs enfants y sont soigneusement précisées; à titre de sanction, tout citoyen a le droit de mettre en mouvement l'action publique et de faire prononcer leur déchéance. Par contre, les prérogatives attachées à la paternité ne sont plus guère que nominales, l'exercice en appartient d'ailleurs autant à la mère qu'au père,

(1) *La crise de la science sociale*, *Rev. du droit public*, mars 1894, p. 294 et suiv. — Voir les remarquables études sur le *Règne de l'argent* où M. Leroy-Beaulieu montre les dangers redoutables des monopoles toujours grandissant de l'Etat, *Rev. des deux mondes*, 15 mars, 15 avril, 15 juin 1894, 15 février et 15 mai 1895.

(2) *Sic*, à des degrés divers, Pradines, *Bull. lég. comp.*, 1880, p. 125; Fuzier-Herman, *op. cit.*; Pascaud, *Rev. crit.*, t. 49, an. 1882, p. 695 et suiv.; Duméril, *Rev. gén. de droit*, t. v, an. 1881, p. 329, 337.

ce qui, en cas de conflit, amène infailliblement l'intervention du juge. Toute punition corporelle est interdite à l'égard des enfants dont la résidence et le mode d'éducation sont souverainement déterminés par les tribunaux. La déchéance peut être encourue par le père pour des condamnations même civiles ou pour tout acte jugé abus d'autorité. Craignant enfin de laisser aux parents un moyen de répression indépendant d'une sentence judiciaire contre les désordres de leur enfant, le jurisconsulte belge propose de réduire encore la part de succession dont le Code civil leur laisse la libre disposition. Il prend en somme le contre-pied de la théorie traditionnelle maintenue *parte in qua* par notre Code ; on arrive ainsi au même résultat qu'en abandonnant les enfants à l'Etat : la famille et l'autorité paternelle sont détruites. Nous admettons bien l'intervention des magistrats en la matière, nous la croyons même appelée à y rendre de très grands services, mais à la condition d'être exceptionnelle et de laisser au père les attributs auxquels il a droit.

Il n'est pas vrai, nous dit-on, qu'absolument parlant, du jour où les peuples ont joui d'une civilisation même rudimentaire, l'autorité paternelle ait constitué jamais un despotisme absolu. Il n'est pas vrai d'autre part que l'évolution des théories juridiques sur ce point, aux différents âges de l'histoire, témoigne d'un progrès continu vers l'émancipation complète de l'individu ni que le seul terme possible en soit la disparition de la famille et son remplacement par l'Etat. S'il y a eu à certaines époques, lors de la Révolution française par exemple, une brusque échappée en ce sens suivie bientôt d'un prompt recul, c'étaient là des accidents, et le seul véritable progrès accompli au cours des âges a consisté dans l'attribution aux tribunaux d'une juridiction répressive sur les abus d'autorité des parents. Un phénomène général s'impose au penseur qui étudie l'histoire : c'est l'élargissement de plus en plus accusé des relations de droit, bornées jadis au cercle étroit de la parenté, puis s'étendant bientôt dans des groupements plus larges, la *gens*, la tribu, la patrie. Leur

développement a nécessairement influé sur l'étendue et les limitations de la puissance paternelle : au contrôle de la famille et du censeur a succédé, pour la protection de l'enfance, celui des parlements, des tribunaux soutenus et assistés par les forces de l'Etat lui-même. Il y a eu réaction nécessaire du fait sur le droit; à mesure que, la personnalité de chacun s'affirmant davantage d'une façon distincte, les relations des divers membres de la famille avec les tiers sont devenues plus variées, l'autorité du père a diminué d'intensité. Simple ouvrier désormais dans cette œuvre de l'éducation de l'enfance où la Société entière est intéressée, il doit se borner à un rôle modeste, quoique fort important, sous la surveillance incessante des magistrats.

Ce raisonnement contient beaucoup de vérité, mais la conclusion excède les prémisses. Sans contester la nécessité de l'intervention des magistrats dans les rapports de famille, sans nier même qu'elle doive se produire aujourd'hui plus fréquemment que par le passé, nous voyons là un accident, un moyen d'éviter un plus grand mal, non une règle normale à étendre la plus possible.

Toujours il y a eu et il y aura toujours des pères indignes de ce nom, les plus nobles fonctions ne défendent pas leurs titulaires contre les défaillances inhérentes à la nature humaine; qu'ils soient surveillés et frappés au besoin, c'est justice. Mais heureusement tous les parents n'en sont pas là, ni même la majorité d'entre eux : gardez-vous donc de les assimiler à des tuteurs sans cesse obligés de demander l'homologation du tribunal; maintenez, rehaussez même leur autorité, elle a fait ses preuves et peut obtenir des résultats plus féconds que toute autre avec des moyens bien plus simples. Les relations, c'est là une vérité d'évidence, perdent en profondeur à mesure qu'elles s'élargissent: dans le cercle étroit de la famille, bien des facteurs peuvent jouer un rôle prépondérant, l'affection, le respect, l'intérêt même, la connaissance intime des individus, qui ne sauraient entrer en ligne dans un groupement plus étendu réduit à user de la force, des procédés de coer-

cition, pour se faire obéir. Nous en avons précisément un exemple dans notre matière. A notre époque où le droit de correction des parents sur leurs propres enfants est si vivement attaqué, nous voyons ceux-là même qui ont pratiquement entrepris d'élever et moraliser la jeunesse abandonnée, reprocher à la loi de 1889 son insuffisance parce qu'elle confère seulement aux œuvres de bienfaisance, comme moyen de ramener les enfants difficiles dans la bonne voie, la puissance paternelle et les prérogatives du père (1). Tout le monde s'accorde pour condamner, comme inefficaces et dangereuses, les courtes peines, surtout à l'égard des mineurs ; cependant un envoi en correction pour 6 mois constitue le maximum que puisse solliciter du magistrat soit le père soit la société bienfaisante qui le remplace. Bien rarement le père avait à faire usage de cet attribut qu'on était tenté de lui reprocher comme tyrannique ; mais les œuvres de bienfaisance ont moins de moyens que lui d'agir sur leurs pupilles, elles se sentent peu armées et se déclarent réduites à faire appliquer l'art. 66 C. pén. à l'enfant, sauf à demander ensuite sa mise en liberté provisoire. Encore sommes-nous ici en présence de sociétés particulières, spécialement créées pour l'éducation des enfants, revêtues par la loi de l'autorité relativement indépendante du père et pouvant dans une certaine mesure modeler leur action sur la sienne. Que serait-ce si tous, parents et gardiens charitables, liés par des textes stricts, devaient à chaque instant rendre compte aux tribunaux de leurs actes ou leur demander une autorisation pour réprimer les fautes des enfants? Tantôt une négligence bien naturelle dans ce rôle subordonné produirait l'anarchie dans la famille, et nulle part l'anarchie n'est plus mauvaise que vis-à-vis de jeunes intelligences auxquelles un guide est à tous instants néces-

(1) M. le pasteur Robin en 1882 et M. Rollet en 1891, *Bull. pris.*, 1882, p. 122; 1883, p. 69; 1891, p. 340 ; Leloir, t. I, n° 155, p. 115 ; Brueyre, Rapport au Conseil supérieur de l'Assistance publ., joint au projet de loi sur les enfants assistés, *Journal officiel*, an., 1892, sess. ordinaire, n° 27. Le projet autorise la maintenue en détention correctionnelle de six mois en six mois.

saire. Tantôt la peine serait trop lourde, et l'emploi immodéré de la force n'est jamais plus injuste et plus maladroit qu'ici : l'œuvre est délicate et demande surtout du tact et de la patience, il faut redresser, non briser ; les parents sont les mieux placés pour réussir à condition d'avoir quelque indépendance dans l'exercice de leur tâche.

C'est le côté utilitaire que nous venons ainsi de faire ressortir ; mais la justice et le droit s'accordent aussi pour défendre la puissance paternelle et combattre sa transformation en une simple tutelle sous un contrôle social permanent. La puissance paternelle, dès nos premières pages nous l'avons dit et c'est ici de notre part un simple rappel, ne se résume pas en un simple devoir d'éducation justifié et limité par l'intérêt de l'enfant ; préexistante à la loi positive, elle constitue un droit corrélatif à des obligations d'ordre supérieur qui mérite dès lors d'être particulièrement respecté et fortifié par le législateur. Transformée en fonction publique perpétuellement contrôlée, à titre préventif même, par les tribunaux, elle serait privée de tout prestige, supprimée en fait sous prétexte d'amélioration.

Malheureusement, si nous croyons à la nécessité de maintenir les règles fondamentales de la puissance paternelle pour conserver la famille aussi intacte que possible et nous préserver du socialisme d'Etat, le législateur semble moins frappé que nous des dangers courus par cette institution essentielle à la Société. Sans doute on rêve d'organiser un bien familial collectif et insaisissable, on propose à ce point de vue une législation (1) empruntée tant aux Etats-Unis d'Amérique (2) qu'à la Prusse. Pour n'être peut-être pas très pratique comme réalisation, la tentative est générale en Europe (3) et s'in-

(1) Propositions de M. l'abbé Lemire, de MM. Léveillé et Hubbard, *Journal off.*, 1894, Ch. des députés, ann. nos 848, 717, 729. — *Sic* Eug. Simon, *Le familiat*, *Nouv. Rev.*, livr. 1er et 15 sept. 1894, p. 53-82, 257-280.

(2) Voir, sur cette idée très contestable, le remarquable ouvrage de M. Paul Bureau, *Le Homestead ou l'insaisissabilité de la petite propriété foncière.* A. Rousseau, 1895.

(3) Une loi du même genre est actuellement proposée en Italie..

spire de sentiments généreux. Mais croit-on trouver dans cette communauté de biens restreinte un lien suffisant entre les divers membres de la famille? Pas de groupement durable sans autorité; or la famille, déjà gravement atteinte par la loi du divorce, voit aujourd'hui chanceler ses deux bases fondamentales : l'autorité maritale et l'autorité paternelle. La femme séparée de corps échappe déjà à la première (1) et les motifs d'utilité pratique ne manquaient pas en faveur de cette réforme; depuis lors on propose de laisser à la femme mariée la libre disposition des fruits de son travail (2), de la protéger contre les abus de la puissance maritale (3). D'autre part, considérant comme une cruelle utopie l'idée des rédacteurs du Code civil de punir les pères dans leurs enfants, on prétend mettre sur le même pied au point de vue successoral les enfants naturels et les enfants légitimes (4). La loi du 25 mars 1896 (5), si elle n'a pas réalisé complètement ce programme, a du moins singulièrement augmenté le droit héréditaire desdits enfants, puisqu'elle permet aux parents de laisser par testament à chacun d'eux une part d'enfant légitime et les appelle, les uns à la succession des autres, en qualité d'héritiers, tout comme des parents légitimes. Singulier moyen d'assurer à la famille légitime la considération publique! On s'en préoccupe peu, il faut le reconnaître, par exemple l'impôt sur le revenu, proposé le 1er février 1896 par le Cabinet Bourgeois (6), donnait, dans son article 27, une prime à l'union libre et à la dispersion des parents les plus proches en imputant sous un seul chef les revenus du mari, de la femme et

(1) Loi 6 fév. 1893. Voir aussi l'art. 152 C. civ., modifié par la loi du 20 juin 1896.

(2) Proposition Goirand, *Journ. offic.*, 1894, ann. n° 801.

(3) Proposition Louis Jourdan, *Journ. offic.*, 1894, ann. n° 803.

(4) Propositions Naquet et Groussier, *Journal officiel*, 1893, session extraordinaire, et 1894, annexes nos 60, 243, 1147, 1203.

(5) Voir l'exposé critique des travaux préparatoires et des solutions adoptées, dans la *Rev. cath. des inst. et du droit*, avril et juill. 1896, p. 305 et suiv., 10 et suiv., par H. Lambrechts, *Les droits successoraux des enfants naturels*.

(6) *Bull. de statistique du min. des finances*, fév. 1896, p. 200 et suiv.

des autres membres de la famille quand son chef en avait la jouissance ou la libre administration.

Dans un autre ordre d'idées, on veut organiser, sous la direction de l'Etat, la répression de l'exploitation de l'enfance, l'assistance par le travail et la suppression de la mendicité (1) ; on poursuit à nouveau la modification de la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans l'industrie (2). Ces dernières propositions, auxquelles on en pourrait joindre d'autres se rapportant moins à notre sujet, comme celles établissant un minimum obligatoire de salaire pour les travailleurs de l'industrie ou de l'agriculture (3), constituent un ensemble effrayant à nos yeux, nous l'avouons, car elles tendent toutes à la glorification et à l'extension du rôle de l'Etat.

Tout est bien nivelé sur vos chemins de fer,
Tout est beau, tout est grand, mais on meurt dans votre air (4).

A entendre les auteurs de ces divers projets, le régime qu'ils préconisent est l'idéal ; en attendant, la liberté est sacrifiée et aussi la famille avec l'autorité paternelle.

Si maintenant du législateur nous passons à l'administration chargée de faire exécuter les lois jusqu'à nouvel ordre en vigueur, nous la trouverons, elle aussi, trop souvent défiante à l'égard des parents. Il semble qu'influencée par les nombreux reproches adressés à la tyrannie paternelle, elle se soit montrée parfois volontairement sourde aux plus justes revendications des pères de famille, leur refusant son appui alors du moins que leur autorité prétendait s'exercer dans un sens contraire aux préjugés du jour. M. Lacointa, dans le *Correspondant* (5), en fournissait naguère un lamentable

(1) Propositions G. Berry, *Journal officiel*, 1894, nos 260, 496, 641, 1170.

(2) Proposition Louis Ricard, *Journal officiel*, 1893, session extraordinaire, et 1894, ann., nos 40, 132, 372.

(3) Propositions Pierre Richard et Ed. Vaillant, *Journal officiel*, 1894, ann. nos 282, 384.

(4) A. de Musset, *Rolla*.

(5) Lacointa, *L'autorité paternelle et le temps présent*, *Correspondant*, t. CXXXIV, 25 fév. 1884, p. 585 et suiv.

exemple : il nous montrait un père parfaitement honorable, protestant en vain contre la séquestration dont son fils mineur était victime de la part d'un homme indigne. Pendant six semaines, ce père s'adresse successivement à la Chancellerie, à la police, au parquet, pour se faire rendre son enfant; démarches inutiles, on l'éconduit sous les plus étranges prétextes, on lui oppose le contrat d'apprentissage conclu sans aucun droit au nom de son fils par l'auteur de la séquestration, on va jusqu'à lui dire que la seule chose possible pour l'administration est de donner à l'enfant le *conseil* d'obéir à son père. Que nous sommes loin de cette légende du père omnipotent d'après le Code civil, si généralement et si légèrement admise aujourd'hui ! Et quelles garanties de tels faits promettraient aux parents pour le cas où ils seraient bientôt placés, dans l'exercice de leur mission, sous la tutelle des fonctionnaires ! La réclamation pourtant était fondée, sage en raison, justifiée en droit et, si son auteur appartenait à une condition modeste lui interdisant des voyages coûteux ou une intervention personnelle énergique, c'était, semble-t-il, une raison de plus pour que la Société lui fît rendre prompte et bonne justice. Il n'en a rien été; il a fallu au père des protecteurs puissants pour lui permettre de recouvrer le fils qu'on lui avait odieusement volé. Qu'un établissement privé ou un particulier essaie de retenir un enfant, pupille de l'Assistance publique en vertu de la loi de 1889, il apprendra vite que les droits de l'Etat sont mieux défendus que ceux des parents ; la réintégration s'effectuera, à fort juste titre d'ailleurs, avant six semaines.

Soit donc que nous consultions une puissante école de penseurs et de jurisconsultes, soit que nous interrogions le législateur et la pratique actuels, nous rencontrons une sorte de ligue formée contre la puissance paternelle. Souvenir vieilli d'un autre âge, œuvre informe de métaphysiciens rêveurs, la théorie du Code civil sur ce point est vouée à une disparition prochaine; en attendant la réforme totale, on peut la miner en détail et prendre avec le texte de grandes liber-

tés. C'est un acheminement vers un nouveau système très différent.

Notre opinion est tout autre et nous croyons utile, nécessaire même, de maintenir la puissance paternelle, au besoin de la renforcer (1). Aussi vrai que profond nous paraît en effet le mot de Bonald, « Si l'Etat détruit la famille, la famille se venge et ruine l'Etat. » Indiquons comment la chose nous semble possible dans nos temps modernes ; traçons les grands traits d'une réforme en la matière.

Section II. — *Réforme proposée.*

Disons-le hautement tout d'abord, nous prenons comme point de départ les règles posées par le Code civil. Nous demandons, non un changement radical de système, mais un perfectionnement, une amélioration répondant aux besoins signalés par une pratique presque séculaire.

Beaucoup nous trouveront trop modeste qui nous opposeront les préceptes des législations d'origine germanique (2) : il il y faudra venir, diront-ils, implantons-les de suite dans nos lois, les mœurs s'y feront vite. Notre sentiment est bien différent. Le droit comparé est science utile à étudier pour le législateur qui y puisera des renseignements précieux (3), mais il n'en

(1) En effet le législateur, ne songeant qu'aux parents coupables et aux enfants martyrs, semble oublier les mineurs insoumis et les garanties à donner alors aux parents. (Voir sur ce point les critiques de MM. le pasteur Robin et Quérenet, *Bull. pris.*, 1882, p. 122, et 1884, p. 70.)

(2) Ces principes sont posés sous leur forme la plus moderne par le nouveau Code civil allemand. La condition juridique du mineur est la même, qu'il soit sous la puissance paternelle ou en tutelle. Cependant le père, représentant son fils pour l'exercice de ses droits et actions, a des pouvoirs plus étendus qu'un tuteur ; moins nombreux sont les cas où l'autorisation du tribunal tutélaire doit intervenir. Ledit tribunal exerce cependant un contrôle assez étroit, il peut par exemple, quant aux biens du mineur, ordonner le dépôt des titres, exiger des sûretés spéciales, prescrire la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. Le soin de la personne d'un mineur implique la direction de son éducation et le droit de correction à son égard. Après la mort du père, la tutelle ne s'ouvre pas et la mère garde simplement la puissance paternelle.

(3) Voir, en notre matière, le compte rendu publié par la Société de lé-

doit être fait usage qu'avec discernement et réflexion. Le droit propre d'une nation fait partie de ses traditions : lié à son histoire, il s'est façonné à ses mœurs ; par une suite d'actions et de réactions le droit et le caractère particulier du peuple se sont en quelque sorte compénétrés, et cela est sensible surtout pour les règles relatives à l'état des personnes. Rien de plus délicat par suite que de transplanter une théorie juridique d'un peuple à l'autre quant à la matière de la puissance paternelle dont la réglementation occupe nécessairement une grande place et joue un rôle primordial dans la constitution des diverses sociétés. Les races anglo-saxonnes savent allier à des dispositions qui semblent bien restrictives un respect pour la personnalité et la liberté individuelle trop ignoré en France malheureusement. Peut-être, un jour ou l'autre, notre pays acceptera-t-il la conception germanique du contrôle exercé sur les parents à titre préventif par la puissance publique (1) ; encore est-ce chose peu probable, car nos traditions y répugnent singulièrement. Dans tous les cas, la réforme serait prématurée à l'heure actuelle et porterait le coup suprême à la famille, seul rempart qui nous reste contre l'égoïsme individualiste et le socialisme d'Etat; elle se transformerait vite d'ailleurs en un moyen d'oppression pour certaines catégories de citoyens.

Après tout, l'organisation de la famille telle que l'a conçue le Code civil de 1804 n'était pas nouvelle en France, c'était la résultante des règles anciennement suivies dans les diverses provinces unifiées et conciliées. La pratique en a fait saillir les défauts ; pourquoi ne pas se borner à les corriger, en consacrant les modifications rendues nécessaires par les transformations économiques ? La famille française n'a pas fait si mauvaise figure aux différents âges de notre histoire ;

gislation comparée de sa session extraordinaire internationale de 1889, le rapport précité de M. Pradines et M. Pascaud, *Rev. gén.*, t. xvi, p. 5 et suiv., 92 et suiv. Voir aussi *infra* notre appendice.

(1) Elle prévaut sous des formes diverses en Autriche, en Allemagne, en Suisse, en Danemark, dans la Suède et la Norwège, en Angleterre et aux Etats-Unis.

la solidarité étroite entre ses membres si souvent remarquée par les étrangers, le dévouement de chacun aux intérêts de tous, n'ont pas nui à la grandeur de la nation, à sa vitalité et à sa richesse. On ne renonce pas de gaité de cœur à un tel passé ; on ne supprime pas une institution aussi essentielle avant d'avoir essayé tout au moins de la rajeunir. Mais, pour cela, il faut maintenir la puissance paternelle forte et respectée, en dépit des doctrines diverses qui l'attaquent et des difficultés de fait qui entravent son exercice. En présence de l'ennemi, on fortifie ses positions alors surtout qu'elles sont bonnes en soi, on ne les change pas pour d'autres moins éprouvées. Seulement, aux droits primordiaux du père correspondent pour lui des devoirs, il faut qu'il les accomplisse, qu'il puisse au besoin y être contraint. Le Code civil n'a rien organisé de ce chef, ou à peu près, et la loi du 24 juillet 1889 a inauguré un système de répression inefficace à force de sévérité et d'uniformité. Le législateur devra entreprendre un travail de restauration portant sur l'ensemble de la matière : il fortifiera la puissance paternelle tout en assurant la répression des abus. Dans cet ordre d'idées, les pays avec lesquels nous sommes en communauté d'origine, l'Italie, l'Espagne et le Portugal, ont des législations plus modernes que la nôtre, elles pourraient être consultées avec fruit.

Ce n'est pas d'ailleurs que nous nous illusionnions sur les résultats d'un texte nouveau. Nous ne croyons pas mériter le reproche adressé, non sans raison, par M. Pascaud (1) à beaucoup de Français de tout attendre de la loi, voir même du gouvernement, sans consulter l'état moral de notre société, sans surtout se préoccuper de collaborer dans la mesure de leurs forces à l'œuvre de régénération entreprise. Une loi qui accroîtrait les attributs de la puissance paternelle ne suffirait pas pour lui rendre son ancienne splendeur, si les parents ne travaillaient pas de leur côté à reconstituer en eux-mêmes et chez leurs enfants l'esprit de famille avec son cortège de qualités essentielles : l'affection dévouée et désin-

(1) *Op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, p. 399, 400.

téressée d'un côté, le respect et la confiance reconnaissante de l'autre. Rien ne sera jamais possible, cela est certain, si les parents ne veulent sacrifier ni leurs plaisirs ni leurs affaires à l'éducation de leurs enfants; nous sommes pleinement d'accord sur ce point avec l'éminent magistrat. Mais cet état d'esprit, trop généralisé en France, n'a-t-il pas été largement développé par notre système de centralisation à outrance, ennemi de toute activité individuelle, dont seule la disparition laisserait le champ libre à une réforme des mœurs (1)? Ce ne sont toujours pas les documents législatifs récents qui provoqueront le réveil de l'esprit d'initiative chez les particuliers et la loi du 24 juillet 1889 moins que tout autre. La bonne volonté et le dévouement se rencontrent pourtant encore en France, il faut leur faciliter la tâche en leur garantissant liberté et respect dans son accomplissement. Puis, comme il faut aussi prévoir les excès de zèle, l'insuffisance et même l'indignité des éducateurs, on organisera un pouvoir de contrôle exceptionnel, aussi indépendant que possible du pouvoir politique, des procédés de sanction pouvant par leur souplesse s'adapter à tous les manquements vraiment sérieux au devoir, enfin une suppléance éventuelle pour les cas les plus graves.

Jamais on n'aura, ce n'est ni à croire ni même à espérer, un code de la discipline paternelle si complet que toutes les relations possibles de père à fils y soient prévues et réglementées. L'œuvre de la formation de la jeunesse ne comporte pas un plan uniforme, elle exige de la liberté d'action chez qui en est chargé. La loi se bornera donc à poser des principes et des règles générales sur les prérogatives essentielles du père : le droit d'éducation qui est en même temps un devoir et les moyens sanctionnateurs, les droits de garde, de correction. Elle fixera un âge où ces attributs se transformeront, où, l'éducation du mineur étant terminée, il ne restera plus aux mains des parents qu'un droit de contrôle fort atténué, utile cependant dans l'intérêt de la famille et de la Société.

(1) Voir le développement d'une thèse analogue dans l'ouvrage précité de M. Demolins, *A quoi tient la supériorité des Anglo-Saxons, passim.*

Nous admettons donc avec le Code civil deux degrés dans la puissance paternelle et l'effet émancipateur de la majorité. Nul d'ailleurs ne songe à ressusciter aujourd'hui la perpétuité de la *patria potestas*. Mais du moins ne conviendrait-il pas de retarder l'heure de cette majorité fixée en 1804 à 21 ans, de la repousser à 25 ans, soit absolument (1), soit à titre facultatif et par l'effet d'une décision de justice rendue à la requête des parents à l'égard de l'enfant jugé incapable, d'après son état intellectuel ou physique, de diriger convenablement sa vie et ses affaires (2) ? Aucune objection de principe n'existe contre l'âge de 25 ans au point de vue de la majorité et, s'il eut passé des coutumes anciennes dans nos lois modernes, nous n'en proposerions pas l'abaissement. Mais la majorité de vingt et un ans, datant d'un siècle déjà, est entrée dans nos mœurs; de plus, dans les diverses classes de la société, les nécessités de la vie dispersent de bonne heure la famille et, en un temps où la lutte pour la vie devient si ardue, il y a quelque avantage à développer dans la jeunesse l'esprit d'initiative et le sentiment de la responsabilité. Le recul absolu de l'âge de la majorité soulèverait de grandes oppositions, sans avoir peut-être des effets bien sérieux ; nous jugerions donc l'innovation peu pratique, nous réservant de conserver d'autre façon au père, même après la majorité de son fils, une certaine prépondérance à laquelle il a droit. Quant au système consistant à proroger facultativement la minorité jusqu'à 25 ans, nous n'en souhaitons pas l'introduction dans nos lois. Si le mineur a donné des preuves

(1) Cette réforme a été demandée par MM. Chrétien de Poli, *Essai sur la puissance paternelle*, t. II, p. 503; Blanchet, *Rev. fæl.*, t. V, p. 405 et suiv.; Osc. de Vallée, *Rev. de fr. et étr.*, 1852, t. II, p. 233; Allègre, *Code civil*, t. I, sous l'art. 488. Ce dernier auteur, s'inspirant de certaines coutumes anciennes, voudrait voir organiser, de 21 ans à 25 ans, une période d'apprentissage et de stage intermédiaire entre l'incapacité absolue du mineur et la pleine capacité du majeur ; les actes d'administration seuls seraient possibles à compter de 21 ans, ceux de disposition à compter de 25.

(2) Tel est le système du Code civil autrichien, art. 173. En 1851, M. Benoît Champy déposa chez nous une proposition de loi autorisant la famille à nommer un curateur spécial à ses jeunes membres de 21 à 25 ans.

d'incapacité pour la gestion de son patrimoine, l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire remédiera suffisamment à cette catégorie d'inconvénients : il n'est pas probable que les juges consentent jamais à prolonger la minorité à raison de faits de prodigalité trop peu graves pour entraîner la nomination d'un conseil judiciaire et beaucoup d'écarts de conduite sont évités dès lors qu'on enlève au jeune homme les moyens pécuniaires d'y faire face. D'autre part, la majorité pour le mariage demeurerait fixée à 25 ans, comme elle l'est déjà par le Code. Mais en général nous maintiendrions la majorité légale à 21 ans, nous refusant aussi à l'abaisser au-dessous de cet âge ; le droit d'émancipation réservé aux parents est parfaitement suffisant.

Ce premier point réglé, passons successivement en revue les divers attributs de la puissance paternelle tels qu'ils résultent du Code civil. Plaçons-nous d'abord pour cet examen dans l'hypothèse normale, celle de la famille légitime, en dehors de toute complication résultant de la séparation de corps ou du divorce.

§ I. — Puissance paternelle normale dans la famille légitime : ses attributs.

Le père conserve la suprématie à laquelle il a vraiment droit et sans laquelle l'unité de direction est impossible. La mère aura seulement l'exercice de l'autorité paternelle en cas d'incapacité physique ou morale de son mari (1). Mais quels vont être leurs attributs, soit pendant la minorité, soit plus tard ?

A. — Puissance paternelle stricto sensu.

Jusqu'à la majorité de l'enfant, les droits assez étendus conférés par le Code civil sur sa personne et sur ses biens seraient maintenus par nous au profit du père, en principe du moins.

(1) Le Code civil allemand suspend la puissance paternelle en cas d'incapacité totale ou partielle du père qui conserve cependant la jouissance légale ; il en investit alors en principe la mère, mais le tribunal tutélaire en peut ordonner autrement.

a. — *Droits sur la personne.*

Le droit d'éducation est conservé évidemment aux mains du père, sauf à sanctionner, comme nous le verrons plus loin, l'obligation corrélative lui incombant de ce chef : liberté donc pour lui dans la direction de son fils au point de vue religieux, intellectuel et moral, dans la fixation de son genre de vie, dans le choix de sa profession et de sa nationalité. Certainement il se produira des abus, mais le contrôle que nous souhaiterions voir établi sur les actes du père y pourvoirait dans une large mesure et il nous semble impossible pour le législateur d'intervenir utilement d'une façon plus précise.

Quant au droit de garde, à la faculté de retenir l'enfant à la maison paternelle et de l'y faire réintégrer *manu militari* ou de choisir pour lui une résidence séparée, nous le maintiendrions également sous les mêmes réserves. Il est indispensable aux parents pendant les premières années pour remplir leur devoir d'éducation, et, s'il l'est moins dans les derniers temps de la minorité, la pratique n'a pas constaté d'inconvénients vraiment sérieux à son exercice: on ne saurait donc priver les pères d'une prérogative dont l'utilité peut être parfois fort grande, fondement d'ailleurs de la responsabilité civile leur incombant à raison des faits délictueux de leurs enfants. Nous ferions même disparaître l'exception relative à l'engagement militaire du mineur. Moins justifiée encore que dans le passé depuis que tout Français valide, passant nécessairement sous les drapeaux, peut, une fois soldat et majeur, contracter un réengagement, elle permet seulement au jeune homme devançant l'appel de choisir son arme et de gagner une année ; or, bien rarement, si la vocation militaire est chez lui sérieuse, il trouvera un obstacle insurmontable chez son père dont l'opposition injuste pourrait du reste être levée par les tribunaux ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

Enfin le père conserverait le droit de correction : tant le droit de correction corporelle qui, n'en déplaise à M. Laurent et à la condition d'être restreint dans des limites raisonnables, nous paraît indispensable aux parents, qu'à titre de suprême ressource, la faculté de faire détenir et emprisonner le mineur. Bien entendu il serait créé des maisons spéciales pour cette catégorie de jeunes prisonniers ; jusque-là en effet, il faut conseiller aux parents de s'abstenir de recourir à une pratique dont le résultat certain sera la démoralisation complète du détenu. Mais de plus nous estimons les art. 375 et suiv. C. civ. insuffisants à l'égard des enfants vraiment vicieux et, comme l'expérience condamne les courtes peines principalement à l'égard de la jeunesse, nous proposons d'autoriser les tribunaux en chambre du Conseil à prescrire, sur la requête des parents, soit une détention de plus de six mois, soit la prolongation d'une première détention de six mois au moment où ce délai va être expiré (1). Naturellement, en pareil cas, le juge aurait tout pouvoir d'appréciation pour émettre ou non la sentence réclamée par le père. Celui-ci conserverait toujours le droit de faire grâce avant la fin de la peine. S'il en doit résulter quelques inconvénients, conséquence d'un instant de faiblesse, nous pensons qu'ils seront rares : le père ayant pris ce mode de correction à l'égard de son fils a dû agir en connaissance de cause ; lui enlever la possibilité de pardonner, c'est à la fois le détourner de recourir à un procédé parfois utile, puisqu'il ne serait plus libre d'apprécier quand le remède a suffisamment opéré, et le priver d'une prérogative qui lui revient de droit.

A propos du droit de correction, supprimerions-nous la détention par voie d'autorité et pour un mois dans les cas où

(1) MM. le pasteur Robin à la Société des prisons en 1882 (*Bull. pris.*, 1882, p. 122 et suiv.; 1883, p. 69), Quérenet (*ibid.*, 1884, p. 70), Vezès, avocat général à la cour de Dijon (Disc. de rentrée du 3 nov. 1882, *ibid.*, 1882, p. 230 et suiv.), Leloir (*op. cit.*, t. I, nos 47 et 155), se prononcent dans le même sens. *Sic*, avec quelque exagération à nos yeux, M. Rouvin, *Mémoire sur l'éduc. correct. en province.*

le Code civil l'a organisée ? On l'a proposé (1) en s'appuyant sur l'exemple récent de l'Italie : le système français, a-t-on dit, est trop compliqué et susceptible d'abus. Nous croyons pour notre part que le Code a fait une part juste mais suffisante à ces derniers scrupules en restreignant l'application de la détention par voie d'autorité aux hypothèses où l'acte des parents ne peut être soupçonné d'avoir pour mobile un sentiment d'aversion ou d'intérêt. On nous oppose ce principe que nul ne peut être emprisonné sans le contrôle de la puissance publique. La réponse est facile : il s'agit en l'espèce, non d'un emprisonnement pour un délit de droit commun, mais d'une détention à subir dans une école de réforme, d'un procédé de correction domestique et non sociale ; il n'y a pas de motif, quand nul ne proteste dans la famille, pour en refuser l'exercice au père dans les limites relativement étroites qu'a posées le Code civil. Nous laisserions donc à ce dernier la faculté de prescrire, pour un mois au maximum, l'internement de son fils mineur de seize ans qui n'a ni état ni biens personnels, si lui-même n'est pas remarié.

b. — *Droits sur les biens.*

Rien de plus juste que la faculté reconnue au survivant des époux de désigner un tuteur à ses enfants s'il n'a pas été lui-même déclaré indigne d'exercer vis-à-vis d'eux la tutelle ou la puissance paternelle : aucun changement donc à la loi existante ne nous semble désirable sur ce point. Il en est autrement quant à l'administration, à la jouissance, à la tutelle légale.

1° Pour l'administration légale, peu de matières sont traitées aussi succinctement par nos lois, nous l'avons dit, et il y aurait lieu de mettre un terme aux complications nombreuses, aux controverses persistantes, résultats de ce laconisme. Aussi, tout en approuvant la plupart des critiques adressées en 1887

(1) Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, t. XVI, 1892, p. 404. Il a été soutenu à l'inverse que ce droit devrait être exercé par voie d'autorité jusqu'à la majorité de l'enfant. Allègre, *Droit civil*, t. I, art. 375 et suiv.

à un projet de loi sur la matière (1) par le rapporteur à la Chambre des députés, M. Piou (2), nous ne nous associons pas à ses conclusions purement négatives, basées sur ce que le rôle de la loi n'est pas de faire cesser les divergences de jurisprudence. Il y aurait au contraire tout avantage selon nous à légiférer sur de pareilles questions essentiellement pratiques, ne fût-ce que pour mettre hors de toute contestation les solutions admises par la majorité des tribunaux. Le texte ne serait donc pas inutile qui exclurait expressément, quand le père est administrateur légal, toute hypothèque générale frappant ses biens et le contrôle permanent d'un subrogé tuteur ou d'un conseil de famille, soit pour l'habiliter à faire, au nom de son fils, les actes excédant les limites de la simple administration, soit même pour nommer un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts entre lui et l'enfant (3).

Seule l'autorisation du tribunal serait requise, à titre exceptionnel d'ailleurs, car, suivant l'expression de M. Piou, s'il peut y avoir des pères dissipateurs et cupides dont la perversion coupable appelle la répression, le législateur n'a pas le droit « de la présumer et il dépasse la mesure des justes défiances qui lui sont imposées quand il s'arme de précautions préventives contre de tels excès ». Elle ne serait obligatoire que pour les actes importants qui dépassent la capacité du tuteur assisté du conseil de famille, pour les aliénations, les hypothèques, les emprunts à consentir au nom du mineur par exemple. Le père serait tenu de rendre compte, mais non de faire inventaire, et ne pourrait être écarté de l'administration, confiée alors à la mère ou à un tuteur ordinaire, qu'en cas d'inconduite notoire ou d'infidélité de gestion. Nous sommes hostiles à l'idée de mettre à tout propos la justice entre l'enfant et les parents. Il nous paraît nécessaire aussi de

(1) Exposé des motifs, *Journ. offic.*, Ch. des députés, 1886, ann. p. 378.

(2) Séance du 4 juill. 1887, *Journ. offic.*, Ch. des députés, 1887, ann., p. 968.

(3) Proposition en ce sens de M. Lévêque, le 19 janvier 1891. *Journ. offic.*, ann., n° 1133 ; Rapport sommaire le 22 janv., ann. n° 1164.

bien différencier la situation et les pouvoirs d'un tuteur, simple délégué du droit positif auprès du mineur, et ceux du père, préposé à ses fonctions par une loi antérieure et offrant, comme garanties de fidèle gestion, outre l'influence de la mère, son amour et son intérêt du moment qu'il a la jouissance légale. Rien n'empêcherait, du reste, l'auteur d'une libéralité envers l'enfant d'en soustraire les éléments à l'administration légale.

M. Pascaud (1) propose de faire survivre l'administration légale à la dissolution du mariage. Conformément aux règles des nouveaux Codes civils italien et allemand, il n'y aurait plus de tutelle légale des parents ; tant subsiste la puissance paternelle dans son ensemble, tant durerait aussi l'administration aux mains du survivant, avec cette distinction toutefois entre les deux époux que la mère aurait le droit de renoncer à cette prérogative et de donner ainsi ouverture à la tutelle. Pour suppléer, dans l'intérêt du mineur, à la disparition des garanties que présente la coexistence des deux époux au cours du mariage, les parents jusqu'au 8e degré et le ministère public à leur défaut pourraient demander à la justice (2) qu'une hypothèque générale ou spéciale fût inscrite sur les immeubles du survivant administrateur ; si c'était la mère, elle serait en outre souvent assistée d'un conseil, soit que le père l'eût prescrit, soit qu'elle le demandât elle-même ou que le tribunal le jugeât nécessaire. L'idée nous paraît heureuse : on ne conçoit guère rationnellement en effet ni la disparition de l'administration légale, alors que la puissance paternelle subsiste encore, ni, M. Buniva en Italie le remarquait lors de la discussion du Code de 1866, l'influence énorme de la mort de la femme qui fait passer le père d'un rôle tout à fait à part de chef de famille au rang

(1) *Op. cit.*, *Rev. gén.*, t. XVI, 1892, p. 405, 406. *Sic* Allègre, t. I, sous l'art. 389.

(2) Nous modifions quelque peu la proposition de M. Pascaud en supprimant, dans un but de simplification et de logique, la nécessité pour formuler cette demande de faire intervenir un conseil de famille convoqué à la requête des parents jusqu'au 8e degré ou du ministère public.

des tuteurs ordinaires. Les intérêts du mineur seraient suffisamment sauvegardés, puisqu'à défaut de subrogé tutelle et de conseil de famille, l'hypothèque subsiste, non plus légale et dispensée d'inscription il est vrai, non plus nécessairement aussi générale, mais ce sont là moins des imperfections que des avantages au point de vue économique surtout. Au reste la publicité comme la spécialité de l'hypothèque en matière analogue ont déjà été sanctionnées par l'art. 10 de la loi du 24 juillet 1889, à l'égard du tuteur nommé après déchéance de la puissance paternelle.

2° D'après le Code civil encore, les parents ont, sauf exception, la jouissance des biens propres de leur enfant jusqu'à l'accomplissement de sa 18e année. Nous sommes d'accord avec M. Pascaud (1) pour demander la suppression d'une limitation inconnue chez presque tous les peuples étrangers et aussi peu justifiée que possible. Cette jouissance, contre-partie de l'administration légale, est grevée de lourdes charges au profit de l'enfant ; ce n'est pas un don gratuit fait aux parents, mais un moyen de leur permettre l'accomplissement de leur devoir d'entretien et d'éducation. Le devoir ne cesse qu'à la majorité ou à l'émancipation, pourquoi ne pas prolonger jusque-là la jouissance légale au même titre que les autres attributs de la puissance paternelle *stricto sensu* (2) ? Les enfants n'en souffriraient pas vraiment, car on témoigne aux parents une défiance presque injurieuse quand on croit un texte de loi nécessaire pour leur faire mettre quelques ressources au service de leur fils à sa majorité. La loi proclamerait, du reste, l'inaliénabilité, l'incessibilité et l'insaisissabilité absolues de ce droit de jouissance frappé d'affectation spéciale pour l'exécution des obligations dérivant de la paternité. Une telle disposition, conforme à la règle du Code italien, confirmerait l'opinion qui paraît admise en jurisprudence,

(1) *Op. cit.*, *Rev. gén.*, t. XVI, 1892, p. 407.

(2) *Sic* C. civ. allemand qui n'admet pas la cessation de la jouissance en cas d'émancipation de l'enfant.

et supprimerait les controverses de doctrine nées du silence du texte.

La jouissance légale continuerait à appartenir au survivant des époux, fût-ce la mère. Celle-ci toutefois pourrait être assistée, soit à sa demande, soit sur l'ordre du tribunal, d'un conseil dont la mission serait ou générale ou limitée à certains actes et dont l'adhésion serait toujours valablement suppléée par l'autorisation de justice (1).

B. — Puissance paternelle lato sensu.

L'enfant a-t-il atteint sa majorité, les divers droits que nous venons de reconnaître aux parents prennent fin, mais non la puissance paternelle elle-même transformée désormais en une autorité morale et de conseil ; l'obligation absolue d'obéissance pour le fils se change aussi surtout en un devoir de consultation respectueuse. Pour maintenir aux parents la situation prépondérante à laquelle ils ont droit, nous jugeons insuffisante la disposition presque exclusivement théorique de l'art. 371 C. civ., même en y joignant les articles qui réservent la nécessité de prendre leur consentement, puis leur conseil, avant que les enfants puissent se marier et l'article 205 relatif à l'obligation alimentaire. Comment obvier à cet inconvénient?

1° Ne pourrait-on pas, à défaut de droits sur la personne qui ne sont plus vraiment admissibles, songer à modifier les règles sur le partage d'ascendant et la quotité disponible? Le père divisant ses biens entre ses enfants ne serait pas tenu d'observer la règle de l'égalité des parts en nature que la jurisprudence lui déclare actuellement applicable ; la réforme serait, semble-t-il, favorablement accueillie, car elle répond à un véritable besoin économique général, l'art. 832 du Code est aussi contraire au bon sens que néfaste dans ses effets. De plus, et ici les contradictions se font très violentes, le droit de disposition du père sur ses biens serait augmenté à

(1) *Sic* Code civil allemand.

l'égard de sa descendance et il aurait, dans certains cas déterminés, la faculté d'exhérédation. Souvent la portion disponible pour le père est réduite au quart de sa fortune, c'est l'égalité forcée en valeur entre les enfants pour peu que les époux se soient fait la moindre libéralité par contrat de mariage ; le disponible est en effet par là même complètement épuisé. Quel que fût le nombre des enfants, a-t-on dit, le droit de tester du père devrait être accru dans une proportion notable : il en résulterait pour lui la faculté de choisir entre ses enfants le continuateur de ses entreprises, l'obligea-t-il même à compter à ses frères et sœurs des soultes plus ou moins considérables, en même temps qu'un moyen énergique « de récompenser la piété filiale et de punir l'ingratitude » suivant le mot de Réal, d'écarter de sa succession un fils indigne (1).

Très énergiquement soutenue par les uns, cette thèse a été vivement attaquée par d'excellents esprits (2) qui, nous l'avons dit, voient même parfois une confusion véritable d'idées et de mots à la faire intervenir en matière de puissance paternelle, l'institution de la réserve étant absolument indé-

(1) Voir, en ce sens, à des degrés divers : Le Play, *De la réforme sociale en France*, ch. II, § 5, 20, 22 ; Pinard, *De la faculté de tester dans ses relations avec la puissance paternelle ;* Périn, *Lois*, t. I, liv. 3, ch. 5, p. 452 ; Henri Fontaine, *De la liberté de tester*, *Rev. prat.*, t. XXI, 1866, p. 233 ; Blanchet, *De la puissance paternelle*, *Rev. de dr. fr. et étr.*, t. V, p. 405 et suiv. ; R. de La Grasserie, *Conviendrait-il d'augmenter en France la quotité disponible du père de famille ?* Coirard, *De la puissance paternelle*, disc. de rentrée à la Cour de Montpellier, le 3 nov. 1880 ; abbé Allègre, *Code civil*, t. II, p. 154 ; Saleilles, *Rev. de droit public*, 1895, p. 167. — *Confer* Aubry et Rau, t. VI, § 548, p. 75. — La loi du 6 décembre 1888 a établi en Autriche la liberté de tester pour les successions rurales. La Société des Agriculteurs de France, dans sa séance du 9 mars 1898, a émis un vœu favorable, dans ses motifs, à l'augmentation de la liberté de tester.

(2) Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France ;* Le Bourdellès, *Examen d'une critique au Code civil sur l'organisation de la puissance paternelle*, *France judiciaire*, t. IV, 1re part., p. 117 et suiv. ; Meynieux, disc. de rentrée à la Cour de Limoges en 1881, *La liberté de tester ;* Leloir, *op. cit.*, t. I, nos 4, 83 ; Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, t. XVI, p. 402 ; O. Larcher, *De la liberté de tester*, 1897.

pendante de celle-ci dans sa nature et dans son origine (1). Nous croyons avoir fait justice de cette critique en remarquant qu'unique dans sa conception idéale, la puissance paternelle se présente très diverse suivant les pays et les temps quant à ses attributs. Une réforme qui la rendrait plus effective au point de vue des biens tout en en tempérant les effets sur la personne des enfants ne répondrait-elle pas à l'état actuel de nos mœurs ? Voilà la vraie question. Peu importe que ce fût au prix d'un emprunt à une théorie jusqu'alors différente. D'ailleurs, en ce qui concerne le droit d'exhérédation pour causes déterminées, il est inexact de n'y pas voir, historiquement parlant, une véritable prérogative attachée à la puissance paternelle ; la tradition s'est prolongée jusqu'à l'époque révolutionnaire.

S'il est facile d'écarter les objections théoriques faites à la proposition et de montrer que l'attribution d'un tel pouvoir au père de famille serait suffisante pour lui assurer une suprématie véritable, il est plus délicat de se prononcer sur la question de savoir s'il y a lieu de modifier en ce sens la loi française et dans quelle mesure. Pour notre part, nous n'irions pas jusqu'à reconnaître au père l'extrême et absolue liberté de tester. On nous oppose l'exemple de l'Angleterre ; mais l'Angleterre, restée encore féodale sous bien des aspects dans sa constitution, a des institutions propres : tels le droit d'aînesse et la liberté de tester, dont les effets peuvent être excellents au point de vue de la prospérité de la nation sans qu'il soit possible de les acclimater dans la France actuelle. De tradition fort ancienne, la famille française a été unie par un lien plus étroit ; la solidarité familiale, avec de très grands avantages acquis peut-être au détriment de l'initiative individuelle, a inspiré aux parents des habitudes d'économie et d'épargne au profit de leurs enfants, à ces derniers l'idée enracinée que la fortune paternelle est aussi la leur, à tous la conviction qu'une affection paternelle égale doit amener une

(1) Leloir, *op. et loc. cit.* — *Contra* Bourcart, *France judiciaire*, 1882, p. 135, 1re part.

égale distribution de la richesse entre les frères et sœurs (1). Il n'est pas même fait usage de la quotité disponible au détriment des uns ou des autres. Exagération d'un sentiment respectable et de principes vrais, c'est possible, mais il faut en tenir compte. Les parents auxquels la loi conférerait aujourd'hui la liberté complète de tester n'oseraient pas user d'une faculté condamnée par les préjugés de l'opinion publique, au risque de semer parmi leurs descendants des germes certains de désunion et de haine. Il ne serait même pas sans danger de leur confier une prérogative aussi radicale, avec laquelle l'éducation et les habitudes de notre pays ne les auraient pas rendus familiers : danger d'une décision irraisonnée de leur part, danger de manœuvres et d'intrigues de la part des héritiers présomptifs. En somme le système anglais de la liberté illimitée de tester nous paraîtrait peu pratique en France ; le milieu ne s'y prête pas.

Mais le rétablissement du droit d'exhérédation pour causes déterminées aurait, au contraire, toutes nos sympathies ; sanction suprême d'un outrage à la dignité du père, l'exhérédation serait la peine prononcée contre un indigne par la justice domestique dont l'élimination absolue au profit de la justice d'Etat nous semble regrettable. Tout en maintenant aussi le principe de la réserve pour les enfants, nous en approuverions la réduction : les fils seraient certains de n'être pas déshérités sans motifs sérieux, mais les parents auraient une arme précieuse tant pour sanctionner leur autorité que pour assurer la perpétuité d'une entreprise condamnée à disparaître s'il y a partage. Pour concilier ces deux idées également respectables, la liberté de disposition du père dérivant de son droit de propriété et le devoir lui incombant d'établir ses enfants, nos préférences intimes nous amèneraient à un système dont nous trouverions les racines dans nos traditions coutumières : le père de famille tenu de laisser dans la famille les biens familiaux, libre au contraire dans le partage

(1) Il en était ainsi dans la très grande majorité de nos coutumes, sauf pour les successions nobles: Voir O. Larcher, *op. cit.*

et la distribution des acquêts faits par lui. L'idée d'une copropriété familiale transmise fidèlement de génération en génération, chacune d'elles en étant dépositaire à son tour, est absolument réprouvée, nous l'avouons, par le Code civil, mais c'est précisément là une de ses infériorités au point de vue social. Peut-être, ce qui serait plus grave, est-elle inconciliable avec les conditions économiques de la fortune moderne ; l'absence d'une telle copropriété cependant a laissé, il faut le croire, quelques vides puisqu'on parle tant du *hofrecht* allemand ou du *homestead* américain. D'autre part, la propriété individuelle, avec le droit de transmission pour son détenteur actuel, se justifierait d'elle-même, si elle se présentait affectée à une œuvre d'intérêt général et permanent et si l'attribution des parts héréditaires répondait à cette affectation basée sur des nécessités économiques, tandis que le principe d'égalité entre les héritiers lui enlève une intégrité indispensable pourtant à sa fonction économique et sociale (1). La liberté de tester reconnue au père de famille n'assurerait-elle pas, le cas échéant, cette affectation bienfaisante ? Si le père de famille a un devoir à remplir envers ses enfants, pourquoi lui interdire d'avoir égard aux aptitudes personnelles de chacun et à la condition économique de sa fortune ; pourquoi ne pas lui laisser de ce chef toute la liberté compatible avec les exigences de sa mission ? Lorsqu'à chacun des enfants une part dans la fortune paternelle aura été garantie, suffisante pour le mettre au-dessus du besoin, l'intérêt général trouverait son compte dans la faculté pour le père de faire un aîné, de choisir le continuateur de son œuvre, le mainteneur de l'affectation familiale, sans l'obliger d'ailleurs à payer à ses frères et sœurs des soultes ruineuses pour lui.

Entrant dans cet ordre d'idées, la législation espagnole, dans un pays d'origine latine comme la France (2), distingue trois

(1) M. Saleilles, *op. et loc. cit.*, *Rev. gén.*, 1895, p. 168, a très justement analysé ce côté de la question.

(2) *Sic* dans certains cantons suisses et en Allemagne. Tel était autrefois le système adopté par la Coutume du Poitou.

parts dans la fortune du père : l'une constitue la réserve individuelle de chaque enfant, la deuxième le disponible à l'égard des étrangers ; reste un disponible dont il ne peut être fait usage qu'entre les enfants et au profit de l'un d'entre eux. Pareil système se recommande tant par un accroissement d'autorité pour les parents que par la possibilité, au point de vue économique et social, de faire des fondations d'intérêt général. Son acclimatation en France soulèverait encore bien des oppositions, mais ce n'est pas une raison pour en repousser a *priori* l'idée.

2° Parmi les diverses prérogatives qui, dans nos lois actuelles, peuvent de près ou de loin sanctionner l'obligation de respect incombant à l'enfant de tout âge envers ses parents, faut-il citer l'obligation alimentaire et le droit de substitution de l'art. 1048 C. civ. ? Ils ne se rattachent vraiment pas à l'idée de puissance paternelle, si large qu'en soit la notion ; la seconde cependant peut être aux mains du chef de la famille une arme utile contre ses héritiers dissipateurs ou prodigues. On a proposé de reconstituer d'une façon plus générale les substitutions et les majorats ; on invoquerait en ce sens de sérieux motifs d'ordre social car ce peut être un puissant moyen de maintenir l'intégrité de la famille. Nous préférons cependant, à notre point de vue spécial, la liberté pour les pères de désigner parmi leurs descendants, en connaissance de cause, le continuateur de leur œuvre ; tout au plus le bénéficiaire d'une libéralité pourrait-il être obligé à en transmettre l'intégralité à un seul de ses enfants à son choix, à charge de respecter la réserve des autres et cela pour deux générations au plus. Quant à l'obligation alimentaire, les juges devraient se montrer sévères à l'égard des descendants qui négligent sans excuse de subvenir aux besoins de leurs vieux parents. Au reste, comme nous le dirons bientôt d'une façon plus générale, toute instance judiciaire en cette matière, à raison de son caractère pénible pour le demandeur, serait suivie sans publicité autre que celle du jugement.

3° En ce qui concerne le mariage des majeurs de 21 ans, nous savons que, jusqu'à 25 ans, les garçons doivent justifier du consentement de leurs parents, que, passé cet âge, ils sont toujours tenus, ainsi que les filles majeures, de leur demander conseil. Si, postérieurement à la majorité matrimoniale, le consentement n'est pas accordé de bonne grâce, il est sollicité par acte respectueux et formel ; un mois après, il peut être passé outre au mariage en l'absence d'opposition. La loi du 20 juin 1896 est venue simplifier ces formalités et les rendre gratuites. Néanmoins on voudrait plus encore et l'on en demande la suppression complète (1). A partir de 21 ans ou de 25 ans, dit-on, chacun doit avoir assez d'expérience et de maturité d'esprit pour décider de sa vie en connaissance de cause, nonobstant le mauvais vouloir ou les préoccupations d'intérêt pécuniaire de ses parents, sans être astreint à faire un acte dont le seul effet sera de tendre davantage encore ses rapports avec ses auteurs. Nous avons apprécié plus haut la réforme opérée en 1896 et, si nous avons exprimé quelques critiques, c'est moins sur la teneur de la loi nouvelle qu'en raison de certains motifs inquiétants invoqués à son appui. Quant à la suppression complète de l'obligation pour les majeurs de consulter leurs père et mère avant de se marier, nous y sommes absolument opposés, quels que pussent être les exemples fournis par les législations étrangères.

Après tout, est-ce donc en principe rendre à un fils un mauvais service en matière aussi grave que de l'obliger à prendre le conseil de son père ? La perte de temps en résultant ne sera pas toujours à regretter : on fait des folies à tout âge surtout quand il s'agit de mariage, un mois de réflexion forcée vient parfois à propos pour les empêcher ; si la résistance des parents n'est pas fondée, l'acte respectueux permettra toujours de passer outre. Nul du reste ne prétend enlever aux ascendants le droit de faire une opposition au mariage ; tout au plus

(1) Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, 1892, t. XVI, p. 506 et suiv.

quelques-uns voudraient-ils, à tort suivant nous, les forcer à la motiver comme tous autres opposants. Or, à supposer qu'une disposition formelle de la loi exigeât toujours des publications au domicile paternel, le fils eût-il dépassé l'âge de 25 ans (1), cela ne nous semblerait pas suffisant pour prévenir le père d'un mariage que son fils a intérêt à lui cacher et l'acte respectueux a précisément cet avantage de s'adresser directement à l'ascendant pour le mettre en demeure de prendre un parti. Cette procédure mérite donc d'être conservée tout au moins vis-à-vis des père et mère.

4° Peut-être enfin pourrait-on tirer quelques conséquences pratiques du principe de morale exprimé par l'article 371 du Code civil. A l'heure actuelle, à vraiment parler, il n'a aucune portée sérieuse, il faudrait lui en donner une. Nous goûtons peu toutefois la proposition, faite par M. de Poli (2), de fonder sous le nom de tribunaux de censure, une juridiction spéciale chargée d'instruire et de juger « toutes les causes qui concernent le mécanisme, le repos et la discipline des familles » ; créer un nouveau rouage est bien peu nécessaire quand, pour obtenir un résultat analogue, il suffit de rendre les débats secrets devant les tribunaux ordinaires (3). Nous répugnerions surtout à recourir à la famille pour constituer un tel tribunal, certains parents peuvent avoir intérêt à jeter la désunion entre le père et le fils. Du moins n'y aurait-il pas lieu de généraliser la règle déjà admise parfois par le Code pénal pour aggraver la peine ordinaire dans les divers cas d'excès ou d'injure d'un fils envers son père (4) ? On exigerait

(1) La doctrine et la jurisprudence actuelle n'exigent les publications au domicile du père que si son consentement est indispensable pour le mariage.

(2) T. II, p. 503. En Pologne, des tribunaux spéciaux, dits *conseils de conscience*, jugent au civil les contestations entre parents et enfants et limitent au criminel l'autorité paternelle ; ils doivent statuer d'après le texte de la loi tempéré par des considérations d'humanité et d'équité.

(3) *Sic* H. Pascaud, *La puissance paternelle et ses déchéances nécessaires*, *Rev. crit.*, 1882, p. 700.

(4) Il faudrait toutefois procéder avec discernement. Voir, sur certaines exagérations du Code pénal qui vont pratiquement contre le but pour-

aussi, comme préliminaire indispensable à une action d'un descendant contre son ascendant, une tentative de conciliation analogue à celle admise en matière de divorce ; après les observations et les conseils du juge aux deux parties, l'affaire serait toujours instruite et plaidée en chambre du conseil, le jugement seul serait public. Enfin certains tempéraments seraient, obligatoirement ou facultativement, apportés aux mesures d'exécution contre l'ascendant.

Telles sont les modifications qui nous semblent désirables dans la liste des attributs de l'autorité paternelle. Peut-être nous accusera-t-on de conservatisme arriéré; nous ne croyons pas mériter ce reproche et nous l'allons prouver en indiquant quel contrôle nous voudrions organiser sur l'exercice de cette puissance. Que les excès et les abus puissent être réprimés, cela certes est nécessaire mais suffisant aussi ; la surveillance une fois bien organisée, nous voyons de grands avantages à fortifier l'autorité du père. Le Code civil l'avait établie sur sa véritable base en cherchant à concilier l'indépendance juridique de l'enfant et la déférence toujours due aux parents ; nous acceptons pleinement ce plan, sauf à corriger les malfaçons de son exécution.

§ II. — Puissance paternelle normale dans la famille légitime : ses limitations.

Nous avons confié l'exercice de l'autorité paternelle au père seul pendant le mariage, à moins d'incapacité physique ou morale de sa part, puis au survivant des deux époux quel qu'il soit (1). Mais le père ne doit pas être un tyran, il faut aussi prévoir ses défaillances, ses négligences plus ou moins coupables, la justice et l'intérêt commandent à la Société d'y veiller. La législation sera donc heureusement complétée

---

suivi, Coirard, Disc. de rentrée à la Cour de Montpellier, le 3 nov. 1880, p. 18.

(1) D'après le nouveau Code civil allemand, le second mariage de la mère lui fait perdre, sinon la garde de l'enfant, du moins l'autorité paternelle sur lui.

par l'institution d'un contrôle sur la façon dont les pères exercent leur autorité jusqu'à la majorité des enfants, c'est-à-dire tant que l'œuvre de l'éducation se poursuit.

Ce contrôle, nos développements antérieurs l'ont suffisamment montré, nous le voudrions établi à titre répressif sans qu'il fut d'ailleurs pénal; il ne se manifesterait qu'après preuve d'insuffisance faite contre le père. Nous réprouverions tout procès de tendance contre la puissance paternelle exercée durant le mariage, toute surveillance purement préventive. Les parents ne doivent pas être mis en tutelle, nos mœurs y répugnent et, si haute que soit leur mission, quelques responsabilités qu'elle entraîne, nous ne désespérons pas du dévouement éclairé des pères de famille au point de les juger incapables de la remplir. En dehors donc de l'action permanente et toute de persuasion de la mère pendant le mariage, la Société exercera un pouvoir de répression. Voyons quelle en sera la forme.

I. — Le rôle ainsi confié à la Société sera-t-il tenu par le Pouvoir exécutif ou par le Pouvoir judiciaire, par des fonctionnaires ou par des magistrats? De la réponse à la question dépend le succès de la réforme. Nous avons déjà manifesté nos préférences pour le second procédé. Nous croyons fermement qu'aux mains de l'Etat, le service serait exercé d'une façon oppressive à moins que, chose parfaitement possible, la loi demeurât lettre morte ; les inconvénients généraux tenant à l'inaptitude du pouvoir exécutif seraient centuplés aujourd'hui, étant donnés l'état actuel des esprits en France et les causes multiples de désunion qui y règnent. Il serait à craindre qu'une mesure prise dans l'intérêt des enfants devînt parfois un moyen d'oppression, tandis que par ailleurs la crainte seule d'un soupçon de cette nature arrêterait souvent des esprits bien disposés. Ajoutez à ces considérations primordiales la nécessité d'augmenter encore le nombre des fonctionnaires et la lourde dépense qui en résulterait; voilà plus de motifs qu'il n'en faut pour rejeter ici l'intervention

de l'Etat, et même des unités administratives inférieures, des communes par exemple : l'autonomie de ces dernières est trop incomplète pour qu'un tel service, bien que qualifié communal, ne soit pas un service d'Etat déguisé. Il deviendrait vite envahissant et prétendrait diriger d'une façon permanente l'éducation de la jeunesse par l'intermédiaire des pères, ses délégués. C'est la pure théorie révolutionnaire et nous savons quels en ont été les fruits : une jeunesse oisive, insubordonnée, n'ayant pour ses auteurs ni obéissance ni respect (1). L'histoire comme la raison nous dictent donc notre réponse. Si nous ne voulons pas détruire l'autorité paternelle en France, n'en confions pas le contrôle à l'Etat.

L'idéal serait d'avoir, pour remplir cette fonction, une magistrature absolument indépendante du Pouvoir, se recrutant elle-même et délivrée du souci de l'avancement à assurer. L'indépendance du juge, M. de Tocqueville le montre excellemment (2), serait la clef de voûte d'un système social vraiment libéral, car seuls les pouvoirs intermédiaires, c'est-à-dire des aristocraties, garantissent la liberté individuelle impunément violée par l'Etat-roi. Dans un régime démocratique, la liberté a le besoin absolu d'une magistrature assez indépendante pour reconnaître les torts de l'Etat, assez forte pour donner une sanction à cette constatation. Un tel corps rendrait spécialement en notre matière des services inappréciables : indifférent aux luttes des partis, puisant dans les traditions, toujours fortes au sein des corporations, des habitudes de modération et de prudence, il serait tout désigné pour un rôle très délicat, où il faut un tact infini et une réserve extrême. A défaut d'une telle organisation, nous nous adresserons cependant à notre magistrature. Si elle se conforme à son passé et conserve fidèlement le sentiment

(1) Voir Taine, *Origines*, t. IV, p. 108, note 2. Les enfants disent à leurs parents : « Nous sommes libres, nous sommes égaux, nous n'avons de père et de mère que la République. Si tu n'es pas content, je le suis. » Voir aussi Alb. Duruy, *Instruction publique et Révolution.*

(2) *L'ancien régime.*

du devoir professionnel qui lui avait acquis en ce siècle une auréole de respect, nous trouverons en elle le pouvoir sanctionnateur des obligations du père de famille et modérateur de ses prérogatives. Que la loi lui confie formellement cette attribution : elle est en situation d'en faire bon usage et toutes questions relatives à l'état des personnes relèvent d'elle en principe ; le juge d'ailleurs ne peut se saisir lui-même d'une question et est prémuni par là contre les excès de zèle. Ce que nous demandons en somme c'est la réglementation légale de la pratique adoptée en fait jusqu'ici (1).

L'autorité judiciaire aurait à assurer le libre exercice par les parents de leur autorité, mais aussi à protéger l'enfance moralement abandonnée ou brutalisée. Cette double mission reviendrait de droit aux juridictions civiles (2), sauf aux juridictions pénales à intervenir dans les cas graves et comme conséquence des condamnations prononcées par elles (3). L'arbitraire serait évité à la condition de préciser dans la loi les personnes pouvant déférer au tribunal la conduite du père et les mesures à prendre à l'égard de celui-ci.

II. — La liste de ceux par qui l'intervention des tribunaux serait provoquée varierait avec les circonstances. Ce droit, pendant le mariage, n'appartiendrait en principe qu'à la mère et aux ascendants du mineur, à la condition stricte que l'intérêt de celui-ci fût en jeu. En des cas particuliers, le ministère pu-

(1) Mais nous n'irions pas, avec M. Rouvin (*Mémoire sur l'éducation correctionnelle en province*), jusqu'à charger la magistrature de protéger l'enfant contre toute habitude mauvaise en pouvant faire plus tard un délinquant : l'ivresse, la débauche, le jeu, etc., et de l'envoyer en pareil cas dans une maison de réforme sur la simple demande du ministère public.

(2) Le Code civil allemand soumet l'exercice de la puissance paternelle à la haute surveillance du tribunal tutélaire libre, quand l'intérêt de l'enfant le réclame, de prescrire toutes les mesures nécessaires, v. g. d'en confier la garde à une tierce personne, exceptionnellement même de retirer aux parents la puissance paternelle.

(3) Les condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels contre un mineur le seraient en chambre du Conseil et sans publicité. M. Naudaud en avait fait, dès 1878, la proposition à la Chambre des députés (*Journ. offic.*, 30 nov. 1878).

blic, les collatéraux proches, ou même, sinon un particulier quelconque car nous n'entendons pas ouvrir ici une action populaire, du moins certaines associations bienfaisantes (1) saisiraient valablement la justice. Enfin, ceux auxquels le père aurait, par un acte solennel, conféré un des attributs de la puissance paternelle en réclameraient le maintien à leur profit quand tel serait le véritable intérêt de l'enfant. Dans tous les cas, la demande serait examinée par le président du tribunal dont l'autorisation serait nécessaire pour donner assignation au père.

1° La mère et les ascendants, disons-nous, ont, sauf exception, seuls le droit d'agir tant du moins que dure le mariage. La protection est suffisante pour l'enfant et il convient d'éviter en cette matière l'ingérence de parents éloignés, animés peut-être de sentiments peu sympathiques pour le père. Après la dissolution de l'union conjugale par la mort d'un des conjoints, nous joignons aux ascendants, s'ils existent, les parents jusqu'au degré de cousin germain à l'égard des actes du survivant (2) ; l'autorité paternelle n'a plus alors en effet son contrepoids naturel et le contrôle devient plus nécessaire. L'hésitation est permise sans doute avant d'admettre les ascendants à prendre en main les intérêts de l'enfant devant la justice contre ses parents vivants, alors qu'ils n'invoquent pas un droit à eux propre comme celui de conserver des re-

(1) Voir, comme exemple à l'étranger, P. Nourrisson, *La question des enfants martyrs et la protection des femmes à Londres*, 1897. M. Nourrisson avait, dans un rapport présenté, en 1897, au Comité de défense des enfants traduits en justice, proposé l'introduction d'une telle règle dans notre législation. Le Comité, dans sa séance du 9 févr. 1898, a adopté le texte suivant que M. Th. Roussel a déposé sur le bureau du Sénat : « Le droit soit de poursuivre par voie de citation directe, soit de se porter partie civile dans les termes des art. 63 et 182 du Code d'instruction criminelle, peut être concédé par décret spécial, après avis du tribunal de première instance, aux associations protectrices de l'enfance reconnues d'utilité publique, en ce qui touche les violences et les attentats commis contre les enfants. » Ce texte, constituant l'art. 7 d'une proposition de loi sur la répression des violences et attentats contre les enfants, a été rejeté par le Sénat, dans la séance du 22 mars 1898, à la majorité de 226 voix contre 25. (Voir *Journal officiel*, 23 mars, p. 379-384.)

(2) Nous rappelons qu'en ce cas nous n'organiserions pas de tutelle, d'où il n'y aurait pas de conseil de famille.

lations avec le mineur. Mais, surtout avec la nécessité d'obtenir l'autorisation du président du tribunal pour l'exercer, cette surveillance discrète des ascendants sur le père n'aurait pas de graves inconvénients ; elle serait même la consécration de l'autorité paternelle *lato sensu*, puisque ni la majorité du fils ni son mariage ne le rendrait absolument indépendant dans l'éducation de ses propres enfants. Les ascendants les plus proches dans chaque branche en seraient investis et les ascendantes en cas de prédécès de leurs époux. Nous avons assez bonne opinion de la sagesse des grands-parents et de leur désir d'éviter les conflits en famille pour ne pas craindre de ce chef de trop fortes entraves à l'action des parents.

C'est sur la mère que nous compterions d'ailleurs principalement pour contrebalancer, en cas de nécessité, les abus de puissance du père. Le plus souvent, son tact et son adresse permettront dans l'avenir comme dans le passé d'écarter les solutions extrêmes ; mais elle devrait pouvoir, d'abord provoquer sa séparation de corps pour cause d'injure grave quand le père se refuse à donner aux enfants une éducation et une instruction conformes à leur situation sociale, puis même protester en justice au nom du mineur contre toute décision manifestement contraire aux intérêts de celui-ci. La jurisprudence l'admet aujourd'hui sans texte. Nous voudrions voir cette solution consacrée législativement : elle n'a rien de subversif.

La mère a la jouissance de la puissance paternelle, cela est certain ; à défaut du père absent ou empêché, elle en a aussi l'exercice et, s'il en est autrement en principe au cours du mariage, c'est pour éviter les conflits, les retards inévitables résultant d'un partage de l'autorité. Or, le droit pour l'épouse d'agir en justice au nom de l'enfant n'est pas destructif de la suprématie du père et nous ne revenons pas par une voie détournée au système de M. Laurent donnant pouvoir égal aux deux époux sous la surveillance des tribunaux. Au père seul nous attribuons l'exercice de l'autorité pendant le mariage ; à lui de prendre des décisions qui seront immédiatement obligatoires nonobstant toute opposition de la

mère. Celle-ci, pour en paralyser l'effet, devra s'adresser au tribunal à charge de justifier que l'intérêt de l'enfant est sérieusement lésé : l'obligation d'agir en justice à elle seule constitue une garantie très sérieuse pour l'intégrité des droits du père, et la possibilité pour le magistrat de rejeter *de plano* une requête injustifiée enlève tout inconvénient grave à cette ingérence effective de la mère dans les prérogatives paternelles.

Il va sans dire que la mère n'aurait pas besoin en pareil cas d'une autorisation de son mari. On nous opposera peut-être l'art. 215 du Code civil et le principe de l'autorité maritale. Sans invoquer le précédent de la loi du 6 février 1893 en faveur de la femme séparée de corps, il nous suffira de faire remarquer que la femme mariée reste déjà pleinement capable pour tous les actes relatifs aux droits de famille (1) : comme épouse, elle doit soumission et obéissance à son mari; mais elle est mère aussi et assume à ce titre des devoirs analogues à ceux du père, ce dernier y forfait-il, elle aurait fort justement la faculté de les lui rappeler du moment que l'intérêt de l'enfant est en jeu. Si l'émancipation de la femme, dont on parle tant aujourd'hui, a quelque raison d'être en matière civile, c'est bien surtout dans cet ordre d'idées.

Seuls donc la mère et les ascendants seraient autorisés à déférer à la justice une mesure contraire à l'intérêt du mineur, mais ne compromettant pas gravement sa moralité ou sa vie. Nous écartons tout autre parent, *a fortiori* les étrangers et aussi le ministère public : ses fonctions déjà nombreuses restreignent forcément aux cas vraiment exceptionnels une intervention que l'intérêt social justifie seul de sa part, il ne doit donc pas pouvoir substituer trop facilement son action à celle de la famille pour poser des bornes à l'autorité paternelle. Le tribunal lui-même mettra une grande discrétion à contrecarrer les décisions du père; à cette seule condition il servira l'intérêt général. Nous ne croyons pas toutefois qu'un

(1) Par exemple dans le cas de l'art. 337 C. civ. pour la reconnaissance d'un enfant naturel.

texte législatif puisse limiter strictement les cas où le juge sera en droit de le faire ; pareille précision, excellente en théorie, serait, croyons-nous, détestable en pratique où les espèces, toujours variables, s'accommoderaient mal d'une règle inflexible. Force est donc de se fier à la prudence des magistrats en leur prescrivant une réserve prudente dans leurs incursions nécessaires mais toujours regrettables sur un terrain aussi délicat.

Toutes affaires en notre matière seraient jugées sommairement et d'urgence en chambre du Conseil afin d'atténuer la dépense et d'éviter dans la mesure du possible la publicité du conflit ; quiconque justifierait de son indigence serait dispensé de tous frais. La sentence pourrait être déclarée exécutoire nonobstant appel. Une confrontation préalable entre le plaignant et le titulaire de la puissance paternelle devant le président du tribunal aurait d'ailleurs pour résultat d'arrêter beaucoup d'instances dès le premier jour.

2° Les abus de la puissance paternelle ont parfois un caractère plus odieux ; ils compromettent gravement la moralité, la santé, voire même la vie du mineur. La mère et les ascendants peuvent encore saisir la justice ; mais la Société tout entière, profondément atteinte et lésée elle-même, ne peut s'en rapporter à eux exclusivement du soin de protéger le mineur : la mère est peut-être complice du père ou sous sa domination absolue, les ascendants sont morts, absents ou trop attachés à leur tranquillité personnelle pour formuler une plainte (1). La Société a bien son représentant naturel dans la personne du ministère public ; seulement, nous l'avons dit déjà, il est fort absorbé par les affaires criminelles et, là où l'on ne relèverait pas à la charge du père un délit nettement caractérisé, il n'interviendrait qu'à titre fort exceptionnel ; de plus, le ministère public en est venu à dépendre très étroitement du Gouverne-

(1) M. Pascaud (*La puiss. patern. et ses déch. nécessaires*, *Rev. crit.*, 1882, p. 700) propose d'autoriser à agir, outre le ministère public, la mère, les ascendants, l'Assistance publique et les établissements hospitaliers.

ment (1) et n'aurait peut-être pas toujours toute son indépendance pour agir, il serait suspect tout au moins et cela suffirait à l'entraver. Il faut donc chercher autre chose.

L'Angleterre (2) pratique une action quasi-populaire pour la protection de l'enfance ; elle admet les particuliers à traduire les parents indignes devant la justice sans avoir à justifier d'un intérêt personnel. Une semblable thèse aurait bien de la peine à s'acclimater en France : d'une part en effet la décision à prendre en pareil cas est grave, car il s'agit de soustraire l'enfant à la garde de son père ; d'autre part c'est un principe absolu jusqu'ici dans nos lois qu'un individu ne peut agir en justice que s'il est atteint dans ses intérêts. Chacun peut adresser une plainte, une dénonciation au Parquet : il n'y a là qu'un simple avertissemeut dont le ministère public tiendra tel compte que de raison, d'après la personnalité du plaignant et la vraisemblance de sa dénonciation ; ce procédé serait évidemment employé à bon droit pour signaler au magistrat les cas où son intervention deviendrait nécessaire. Mais devrait-on autoriser un particulier quelconque à citer directement un père coupable devant la justice pour lui faire enlever la puissance sur son fils ? Nous hésiterions beaucoup à l'admettre et pour des raisons multiples (3), imposât-on même à ce plaideur l'obligation de prendre l'engagement formel de subvenir de ses deniers aux besoins de l'enfant et de veiller à son éducation dans les conditions admises par le tribunal, au cas où la garde de l'enfant serait enlevée à ses parents.

---

(1) *Sic* M. Larnaude à la Société génér. des prisons, le 22 avril 1896, (*op. laud.* de M. Nourisson, p. 92).

(2) En Angleterre, il est vrai, le ministère public n'existe que depuis 1879, et encore aujourd'hui dans des conditions fort restreintes. Mais l'exercice de l'action publique par les particuliers est admis, non seulement en Angleterre, mais aux Etats-Unis, en Espagne et dans d'autres contrées encore. Voir, sur ce point, un article de M. César Bru dans la *Revue générale*, t. XVI, p. 511 et suiv., et t. XVII, p. 5.

(3) Voir, sur les inconvénients de la citation directe, le rapport de M. Nourrisson à la Société génér. des prisons précité, p. 7, et la discussion qui en a suivi la lecture.

Au contraire nous serions très disposés (1) à attribuer une pareille prérogative à des associations désintéressées, spécialement créées dans le but de protéger ou de recueillir l'enfance malheureuse, et constituées conformément aux lois (2). Ces associations, ayant un droit de poursuite ainsi spécialisé dans un but exclusivement bienfaisant et hospitalier, joueraient certes un rôle bien nouveau dans l'organisation sociale moderne ; elles soulageraient du moins l'Etat et le ministère public qui plient sous le faix de leurs fonctions multiples sans affaiblir leur action, et ces groupements, représentant par l'idée même qui leur sert de fondement un intérêt d'ordre général, auraient à tous points de vue d'heureux effets dans notre société émiettée. De leur part les attaques fondées sur des sentiments de haine ou de vengeance ne seraient pas à craindre : un frein tout naturel résulterait soit des frais des procès à couvrir, soit des dommages-intérêts que pourrait entraîner une poursuite trop légère ; une association de ce genre ne vivrait pas longtemps du reste qui se permettrait des excès de zèle (3).

Dans tous les cas, étant donnée la gravité des conséquences possibles d'une telle instance en justice en ce qui concerne le père attaqué, le ministère public, les parents autres que l'épouse et les ascendants, les associations, n'agiraient valablement que dans des cas limitativement énumérés. Nous admettrions à peu près complètement à ce point de vue l'énumération des art. 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1889 (4).

(1) Cette thèse a été adoptée, nous l'avons dit, par le Comité de défense des enfants traduits en justice. Le Sénat, saisi d'une proposition en ce sens, l'a rejetée le 22 mars 1898. Nous en avons donné le texte, *supra*, p. 482, note 1.

(2) Les lois auxquelles nous faisons allusion ainsi n'existent pas dans notre législation actuelle qui est à refaire de fond en comble au point de vue du droit d'association.

(3) Voir en ce sens le rapport précité de M. P. Nourrisson et les observations présentées sur la matière, notamment par MM. Joly, Larnaude, Picot, Bérenger.

(4) Nous ne considérerions cependant pas le fait qu'un enfant a été mis en correction par application de l'art. 66 du Code pénal comme suffisant à lui seul pour permettre d'enlever au père la garde de ses autres fils.

La demande serait intentée devant les tribunaux de répression quand il y aurait lieu à une condamnation pénale entraînant l'indignité des parents (1), sinon, soit que ces juridictions aient renvoyé l'affaire aux juges civils, soit que les condamnations aient déjà été prononcées, devant les tribunaux civils d'arrondissement, spécialement qualifiés pour ordonner des mesures édictées moins encore contre le père qu'en faveur de l'enfant. Elle ne réussirait jamais qu'à charge par son auteur d'établir, outre la réalité des faits invoqués, leur caractère gravement préjudiciable pour la moralité, la santé ou la vie des mineurs. Si le fait même de la condamnation suffit souvent à effectuer cette démonstration (2), il n'en est pas toujours ainsi : l'ivrognerie, même habituelle, même suivie de condamnations, bien plus l'inconduite elle-même, fût-elle notoire, quoique plus rarement, sont conciliables avec des sentiments affectueux et dévoués ; un ivrogne peut être en définitive un bon père de famille, sinon un modèle (3). Or, l'autorité paternelle ne peut être touchée que si son maintien est de nature à gravement préjudicier à l'enfant.

La garde d'un mineur pourrait donc être contestée à son père à charge de démontrer le danger en résultant pour ledit mineur. Mais le plaignant, autre que le ministère public, devrait s'offrir à faire les frais de l'éducation de l'enfant, au cas où les biens personnels de celui-ci n'y suffiraient pas. Cette obligation en même temps que la crainte d'une condamnation à des dommages-intérêts en cas de rejet de la requête maintiendraient les choses dans de justes limites. Les membres de la famille trouveraient dans leur affection pour le mineur, les

(1) Seuls le ministère public et les associations pourraient saisir les tribunaux criminels; les individus même parents ne pourraient s'adresser qu'aux juges civils tant qu'une instance ne serait pas intentée devant les juges de répression.

(2) Lorsqu'un père veuf est condamné aux travaux forcés à perpétuité par exemple, il va de soi que ses enfants mineurs auront besoin de quelqu'un pour prendre soin de leurs personnes.

(3) On sait qu'en 1888, le Conseil d'Etat avait refusé de consacrer cette cause de déchéance.

œuvres d'assistance dans leur dévouement, des motifs suffisants pour passer outre en cas de nécessité ; mais les attaques contre la puissance paternelle seraient effectuées avec circonspection et à bon escient. Tout le monde y gagnerait : les pères coupables seraient frappés ; les innocents ne seraient pas inquiétés.

3° Enfin nous déclarerions valables et obligatoires les contrats relatifs à certains attributs de la puissance paternelle qui seraient conclus devant la justice, soit au cours du mariage, soit même, mais avec la future épouse seulement, antérieurement au mariage. C'est, dira-t-on, mettre la puissance paternelle dans le commerce, alors que le Code n'autorise même pas son titulaire légal à s'en dépouiller par un acte de libre volonté ; c'est organiser la traite des blancs et acclimater en France les habitudes justement stigmatisées en Australie. Nous ne croyons pas mériter ces reproches. Respectueux de la puissance paternelle dans son principe et son essence, nous ne pensons pas lui porter une atteinte irréparable en attribuant force obligatoire à une libre convention, quand ce pacte conclu devant la justice présente toutes les garanties désirables ; nous croyons en revanche répondre par là à un véritable besoin social constaté depuis le début du siècle et y répondre de façon plus efficace et libérale que ne l'a fait la loi de 1889.

La traite des blancs c'est un mot épouvantail facile à écarter. S'il est un pays où la liberté individuelle soit particulièrement respectée, c'est l'Angleterre, cependant l'Angleterre, comme les États-Unis, consacre et pratique journellement le contrat de dessaisissement. Pour n'avoir pas à encourir le reproche d'aller chercher exemple en ces pays après avoir posé en principe une différence fondamentale entre leurs mœurs et les nôtres, examinons seulement ce qui se fait chez nous. La puissance paternelle est indissolublement liée à la qualité de père ; mais ce dernier y peut renoncer par pur caprice, sous forme d'émancipation, dès que le mineur a 15 ans. Elle ne peut être cédée à un tiers ; mais le contrat d'ap-

prentissage lie le père en ce sens qu'une rupture injustifiée entraîne pour lui des dommages-intérêts, et, si du moins alors il peut reprendre son enfant, il en est autrement en fait quand il l'a remis à l'Assistance publique : à sa revendication fondée en droit on oppose un refus formel, on pèse sur lui de toutes façons, on l'effraie et le plus souvent on obtient son abstention. Nous avons vu d'ailleurs que l'Assistance publique fait signer aux parents qui lui apportent l'enfant un engagement par lequel ils consentent à ne jamais savoir par la suite où il sera placé; n'est-ce pas là un vrai contrat de dessaisissement? Quand de pareilles combinaisons ont paru nécessaires quoique extra-légales, comment justifier l'indignation que soulève l'idée de légaliser le dessaisissement en l'entourant de garanties sérieuses par l'intervention de la justice au lieu et place d'un fonctionnaire subalterne, pour lui faire produire des effets beaucoup plus modestes ! Ce que nous demandons en effet uniquement, c'est qu'après l'adhésion formelle et solennelle donnée par le père à la prise en garde de son fils par un tiers, la cession ne puisse pas être révoquée contrairement à l'intérêt de l'enfant. Jusqu'ici le père insolvable peut se rire de sa signature, laisser le contrat s'exécuter tant que cela lui profite et le résilier ensuite à son gré ; nous voulons une sanction au contrat quand il y va de l'intérêt du mineur, cela n'est ni excessif ni destructif de l'autorité paternelle qui subsiste quant aux autres attributs.

De telles conventions n'auraient d'effet légal en principe que si elles se plaçaient postérieurement au mariage et à la naissance des enfants : alors seulement en effet le promettant appréciera complètement l'importance de son engagement. Elles ne vaudraient aussi qu'après consentement de la mère et homologation de justice : par analogie avec les règles de la loi du 4 mars 1851, on exigerait tout au moins, pour leur passation, la présence du juge de paix à moins que l'importance plus grande du contrat ne semblât comporter l'intervention du président du tribunal civil. Le magistrat, après avoir montré au père la gravité de sa décision, examinerait

si le cocontractant présente toutes les garanties de moralité et de solvabilité désirables et d'autre part si la convention paraît avantageuse pour le mineur, faute de quoi il refuserait son homologation ; il veillerait aussi à ce que les droits transmis fussent réduits au minimum indispensable, le surplus restant sur la tête du père, titulaire légal de l'autorité. La présence du juge à un tel contrat et son contrôle sont suffisants pour écarter tout soupçon de livrer la puissance paternelle au hasard des volontés individuelles.

Là même ne se borneraient pas les garanties. Seul, le droit de garde serait déclaré cessible avec la faculté de requérir l'internement correctionnel de l'enfant comme sanction ; encore l'exercice de ces prérogatives elles-mêmes resterait-il subordonné à la surveillance du père en ce sens que l'internement, toujours facultatif pour la justice, ne serait jamais requis par le tiers que sous réserve du droit d'opposition des parents. Ces derniers pourraient même, après un certain délai du moins, réclamer devant les tribunaux la résiliation de leur convention ; l'intérêt de l'enfant justifie à nos yeux le transfert du droit de garde qu'il a motivé, il suffirait aussi à justifier le retour de l'enfant chez ses auteurs. Liberté donc aux juges de rompre les conventions conclues devant eux entre parents et institutions charitables publiques ou privées. Il y a peu de dangers que ces institutions résistent à une revendication bien fondée, car elles rencontreraient un frein puissant tant dans la prudence des tribunaux auxquels le dernier mot appartiendrait toujours que dans l'opinion publique avertie par la presse. Rien de plus juste en revanche que de les autoriser à contester une réclamation intempestive dont le premier effet serait la destruction de leur œuvre de régénération. Le contrat de dessaisissement conférerait du reste au tiers, en propre et non pas en qualité de subalterne de l'État comme l'a fait la loi de 1889, l'exercice et la jouissance de tous les droits cédés par les parents, tant qu'il n'y aurait pas résiliation judiciaire.

Une objection s'élève cependant. Toute la théorie est juste

à la condition que le tiers gardien poursuive vraiment une œuvre de dévouement et de moralité ; elle s'écroule s'il est dominé par une pensée de lucre ou s'il n'apporte pas à l'accomplissement de la tâche par lui acceptée tout le soin qu'elle comporte. Le juge homologuant le contrat a pu être trompé, ou bien les conditions de morale et d'hygiène, bonnes au début, ont changé après coup. Pour conjurer ce danger facile à prévoir, il suffit d'organiser un contrôle sérieux sur la convention elle-même et sur son exécution. Les tiers éducateurs seront ou de simples particuliers, ou, plus fréquemment, des établissements à ce spécialement destinés.

A l'égard des particuliers, le contrôle antérieur à l'homologation du contrat serait tout judiciaire et consisterait en une enquête sérieuse, comme en matière d'adoption, sur la moralité et les ressources de qui s'offre comme gardien. Quant aux directeurs d'œuvres privées agissant en cette qualité, il leur faudrait avant tout faire une déclaration d'ouverture d'établissement à l'usage d'enfants abandonnés ou cédés, analogue aux déclarations de l'enseignement primaire ; une enquête suivrait sur les qualités morales du personnel et sur les conditions d'hygiène de l'établissement. Après un mois passé sans opposition ou après mainlevée de l'opposition par les tribunaux, l'œuvre serait autorisée à recevoir des mineurs, réserve faite d'ailleurs à l'autorité judiciaire du droit d'examiner pour chaque espèce dans quelles conditions le placement aurait lieu.

Une fois la convention conclue et homologuée, son exécution resterait soumise à une double surveillance de la part tant des parents que de la Société. Les premiers, privés par l'effet du contrat de certains attributs seulement, notamment du droit de garde, seraient dans la situation faite aujourd'hui aux époux divorcés auxquels cette prérogative a été enlevée : il leur serait par exemple permis d'exiger que leurs enfants reçussent une éducation religieuse et fussent élevés dans le même culte qu'eux-mêmes. D'autre part, certains fonctionnaires, inspecteurs des enfants assistés ou du travail dans les ateliers, auraient entrée chez les gardiens pour s'as-

surer de l'observation des règles de l'hygiène, de la moralité et des lois sur le travail ; en cas d'infraction, ils provoqueraient une condamnation de la part des tribunaux, au besoin même dans les cas graves, la rupture par jugement de la convention naguère homologuée. La même faculté appartiendrait au ministère public.

En règle générale, une telle cession, pour être obligatoire, devrait suivre le mariage et la naissance des enfants, un contrat de cette gravité exigeant chez le cédant une notion exacte de la situation. Nous validerions cependant les contrats passés devant la justice entre les futurs époux quant à la direction générale de l'éducation des enfants ; nous donnerions effet par exemple aux promesses faites par le père, en cas de mariage mixte, touchant la religion dans laquelle les enfants seront élevés. Très souvent, cette promesse est la condition essentielle du mariage ; est-il juste qu'un homme puisse la violer impunément? En somme la femme a, elle aussi, la jouissance de la puissance paternelle et nous l'autorisons, à titre de contrôle sur les actes du père, à recourir aux tribunaux toutes les fois que l'intérêt de l'enfant est en jeu, ce qui se produirait à nos yeux si le père refusait de lui faire donner toute éducation religieuse. *A fortiori* un droit semblable et même plus fort doit être reconnu à la femme quand, préalablement au mariage et dans un acte solennel, elle a posé au mari des conditions librement acceptées: la justice serait tenue de donner suite à sa requête tendant à faire observer lesdites conventions. Il n'y a pas empiétement sur les attributions du père puisqu'il aurait seul le choix des moyens nonobstant toute stipulation contraire ; mais nous ne voyons pas pourquoi il ne s'obligerait pas valablement par avance à faire donner à son fils une éducation religieuse ou une instruction rentrant dans l'enseignement secondaire. La jurisprudence a considéré parfois, et non sans raison, comme une injure grave légitimant une demande en séparation de corps le refus par un mari de remplir les engagements d'honneur qu'il avait pris vis-à-vis de sa future femme ; pourquoi mettre ainsi

cette dernière dans l'obligation de choisir entre ses devoirs de mère et d'épouse, entre l'intérêt primordial de son enfant et la continuation de la vie commune avec son mari? Rendre obligatoires des stipulations de ce genre équivaudrait à supprimer des fraudes honteuses : se sentant vraiment tenu, le futur époux les ferait avec plus de réflexion et, du moment qu'il les aurait consenties, il s'y conformerait ; une source de graves conflits dans le ménage serait tarie.

III. — Le père a manqué à ses devoirs ; quelle sera la sanction permise aux juges ? Nous avons vivement critiqué le système pénal de la loi de 1889 avec son caractère aggravant d'indivisibilité et de perpétuité en fait (1). La règle serait donc une privation des attributs de la puissance prononcée à titre provisoire et temporaire (2), sans qu'il fût besoin d'une procédure de réhabilitation (3) pour la faire cesser. De plus, sauf en des cas exceptionnels soigneusement énumérés, la privation ne serait pas totale mais, dans chaque hypothèse, les magistrats auraient la faculté en même temps que le devoir d'en proportionner strictement l'étendue aux besoins constatés.

Les cas de déchéance complète seraient très réduits ; encore cette déchéance se distinguerait-elle profondément de celle si largement appliquée par la loi de 1889 en ce que jamais une procédure préalable de réhabilitation ne serait nécessaire au père pour s'en faire relever. La puissance paternelle est très différente de la tutelle et, si l'intérêt de l'enfant prescrit parfois d'en enlever l'exercice à des pères indignes, il convient de marquer dans la législation son carac-

(1) Ce n'est pas à dire que nous proscrivions toute aggravation de pénalité en cas de violences, voies de fait ou tortures infligées à des mineurs par leurs parents comme par tous autres gardiens ; nous ne parlons ici que de la déchéance de la puissance paternelle, abstraction faite de tout délit caractérisé.

(2) M. Pascaud, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1882, p. 703, voudrait aussi que la déchéance pût être temporaire.

(3) *Sic* M. Pascaud, *op. et loc. cit.*, p. 702, quand il y aurait déchéance en dehors d'une condamnation.

tère tout spécial en organisant seulement, entre parents et enfants, une séparation d'habitation analogue à la séparation de corps entre époux. La déchéance ainsi comprise résulterait de condamnations pénales graves, telles que celles prévues par la loi du 24 juillet 1889, art. 1er, mais non de plein droit (1) : elle devrait toujours être prononcée par les tribunaux. Même en de tels cas, elle ne serait pas nécessairement générale et absolue et pourrait à l'occasion être limitée à la perte pour les parents des droits d'éducation, de garde et de correction.

La déchéance du père n'aurait d'effet à l'égard de la mère que sur une déclaration formelle de la justice et après démonstration de l'impossibilité pour la femme d'assurer la bonne éducation de ses enfants ; la mère, ainsi privée de la garde de sa descendance, conserverait du moins un droit de surveillance tout spécial sur le tiers désigné par le tribunal. Elle ne s'appliquerait par ailleurs que dans les rapports du coupable avec ses enfants actuellement vivants ; nous n'admettons pas que ses effets puissent s'étendre aux enfants à naître, il y aurait là une mesure préventive, à long terme parfois, qui nous paraît injustifiée. La leçon a pu suffire et, sous prétexte de simplification, il ne faut pas fermer la porte au repentir ; pendant la jeunesse des enfants à venir les tribunaux n'auront-ils pas la faculté de pourvoir à leur sort. *A fortiori* refuserions-nous de frapper ainsi un célibataire. Bien mieux, et c'est faire une nouvelle brèche à la prétendue règle d'indivisibilité de la puissance paternelle posée en 1889 sans tomber dans l'exagération contraire de l'art. 335 C. pén., les juges auraient le pouvoir de limiter la portée de leur sentence, générale en principe, aux rapports du père

(1) Le Code civil allemand la fait découler de plein droit de toute condamnation, pour crime ou délit intentionnel contre l'enfant, à un emprisonnement de six mois au moins ; il la rend facultative pour le tribunal tutélaire toutes les fois qu'il y a danger pour la santé de l'enfant ou pour son éducation intellectuelle ou morale. M. Leloir (*La question des enfants martyrs*, *France judiciaire*, t. XVI, 1re part., p. 155) s'élève avec raison contre les cas de déchéance obligatoires pour le juge.

coupable avec un seul de ses enfants, sa victime. Le cœur de l'homme est complexe et renferme souvent des sentiments contradictoires; il faut pouvoir proportionner la sanction aux espèces variées.

Du reste, en dehors de la perte possible de leurs droits, les parents, auteurs de violences et de tortures à l'égard de leurs enfants mineurs, se verraient justement, à notre sens, infliger des peines plus sévères qu'en cas de coups et blessures ordinaires (1).

Pour remplacer l'autorité paternelle quand elle serait supprimée et à défaut de la mère empêchée par sa cohabitation avec son mari, une tutelle de droit commun serait organisée, ou l'enfant confié à la garde d'un particulier, d'une institution charitable publique ou privée, sous la surveillance de la mère, des ascendants et des inspecteurs départementaux. Il n'y aurait rien là de perpétuel : l'intérêt de l'enfant exige bien que sa situation ne soit pas trop souvent modifiée, mais un délai d'épreuve de 3 ans, soit entre le juge-

(1) Tel était l'objet d'une proposition de loi de MM. Engerand et Leydet, déposée à la Chambre des députés le 17 décembre 1891. Mais elle outrepassait le but en déférant au jury toutes voies de fait d'un ascendant sur son descendant, au risque d'y comprendre des actes constituant l'exercice légitime du droit de correction, et en prononçant contre les délinquants des peines vraiment excessives. D'autre part, s'appliquant aux seuls enfants légitimes ou naturels reconnus, elle ne visait pas une catégorie de mineurs particulièrement exposés aux excès de leurs gardiens, les enfants naturels non reconnus, et ne frappait pas les alliés coupables, une marâtre par exemple, mais seulement les parents et ascendants. Pour établir une protection efficace, il faudrait permettre aux juges correctionnels d'aggraver la peine prononcée en cas de coups et blessures à l'égard de tous gardiens de mineurs de 16 ans coupables envers eux de violences, voies de fait, tortures par actes ou omissions (voir G. Leloir, *La question des enfants martyrs*, *France judiciaire*, t. XVI, 1892, 1re part., p. 144 et suiv.). Le Sénat, dans les séances des 21 et 22 mars 1898, a voté en un sens analogue une proposition de loi déjà adoptée par la Chambre des députés. (*Journal officiel*, 1898, Sénat, 22 mars, p. 356, et 23 mars, p. 379.)

Au Congrès international pour la protection de l'enfance, tenu à Paris en juin 1883, MM. Sedley Taylor et Cercueil avaient proposé une autre sanction contre les parents ne s'occupant pas de l'éducation de leurs enfants et ne pourvoyant pas à leurs besoins : savoir, la perte du droit de suffrage à la 3e infraction (compte rendu du Congrès par M. Bonjean, t. I, p. 120, 222).

ment et la première réclamation, soit entre chacune des demandes en restitution de la puissance paternelle par le père condamné, répondrait suffisamment à ce besoin.

Le plus souvent, nous venons de le voir, la déchéance ne serait pas complète. Elle ne le serait même jamais, à notre sens, dans les hypothèses prévues à l'article 2 de la loi de 1889 : limitant ses effets au strict nécessaire, nous enlèverions seulement aux parents, en principe, les droits d'éducation et de garde ; sauf décision contraire du juge, ils conserveraient la faculté de critiquer les actes du gardien et devraient être consultés par lui avant toute réquisition d'emprisonnement correctionnel du mineur. D'une façon générale, le principe de l'indivisibilité absolue, posé par la loi de 1889 pour la déchéance, disparaîtrait et les magistrats détacheraient du faisceau telle ou telle prérogative en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant. En même temps, innovation aussi utile que peu grave, la garde du mineur de 16 ans traduit en justice et renvoyé indemne pour défaut de discernement, ou condamné à une courte peine, pourrait être confiée, soit de suite même dans le second cas sauf à le placer dans un quartier pénitentiaire distinct, soit, pour le mineur condamné, à l'expiration de sa peine, à des institutions charitables publiques ou privées jusqu'à sa majorité : le gardien aurait l'exercice des droits appartenant d'ordinaire aux parents à défaut de réclamation ultérieure de la part de ces derniers reconnue légitime par les tribunaux. Pourquoi du reste ne pas établir, par analogie avec les dispositions de la loi du 30 décembre 1874, une responsabilité pénale, à titre de complices, à la charge des parents dont les enfants sont arrêtés comme coupables de vagabondage habituel ?

Déchéance absolue, dans un très petit nombre d'hypothèses, avec faculté, même alors, pour la justice d'en restreindre l'étendue ; d'une façon plus générale, liberté pour le juge de priver les parents d'un ou plusieurs de leurs attributs, possibilité par là même d'assurer la répression de tous les abus et de proportionner la pénalité aux besoins

constatés ; enfin droit pour les parents frappés, soit de contrôler l'action des tiers gardiens, soit du moins de réclamer en justice et sans réhabilitation préalable l'exercice de leurs prérogatives, passé un délai de trois ans depuis la sentence : voilà ce qui nous paraît équitable et suffisant. Le père privé seulement des droits de garde et d'éducation conserverait, il est vrai, la faculté d'émanciper son fils ; mais la justice, saisie par le tiers gardien, pourrait restreindre la portée de cet acte et ne lui donner effet qu'à l'égard de son auteur, s'il avait été uniquement posé pour faire échec à la décision antérieure.

§ III. — Puissance paternelle dans des cas exceptionnels : divorce ou séparation de corps, enfants naturels, enfants abandonnés.

Les règles admises comme principe, quand la puissance paternelle est exercée par les époux pendant le mariage ou par le survivant d'eux, ne sont plus intégralement de mise en certains cas spéciaux. La mésintelligence survenue entre les parents les a conduits au divorce ou à la séparation de corps ; la naissance irrégulière d'un enfant naturel le prive des garanties résultant forcément de l'existence d'une famille normalement organisée ; des mineurs sont laissés dans un abandon absolu : le droit de l'enfant à la protection sociale devient ici plus étroit, son intérêt plus pressant (1). Notre législation est sur ce point fort imparfaite (2), il importe de l'améliorer.

---

(1) La plupart des mineurs traduits en justice appartiennent à des familles désorganisées. A. Guillot, *Rapport au Comité de défense*, *Bull. pris.*, 1891, p. 873 ; Choppin, *Rapport à la société des prisons*, *Bull. de la société*, 1878, p. 112.

(2) La législation des enfants assistés à l'heure actuelle se composant de textes innombrables et contradictoires, la jurisprudence s'est substituée au législateur et se met couramment en opposition avec des textes impératifs. (Brueyre, *Projet de revision de la législation des enfants assistés*, voir *Bull. pris.*, 1891, p. 195 et suiv.)

A. — Divorce (1) et séparation de corps.

En cas de divorce ou de séparation de corps entre les parents, l'autorité judiciaire sera fatalement amenée à se préoccuper des enfants et son intervention suffira amplement à répondre aux besoins constatés. La loi n'aura qu'à développer les règles posées par le Code civil, art. 238-240, 302, et déjà généralisées par la pratique judiciaire quant à la garde et à l'éducation des mineurs (2).

Avant tout, il faut attribuer législativement aux tribunaux en matière de séparation les pouvoirs qui leur sont reconnus déjà au cas de divorce. Ils confieraient valablement la garde de l'enfant à l'un ou à l'autre de ses auteurs ou même à un tiers, en maintenant aux parents exclus le droit de surveiller le gardien et de soumettre leurs critiques à la justice. Ils pourraient même, réserve faite du même contrôle, investir le tiers des droits de correction et d'administration, la jouissance légale subsistant alors, conformément au texte de l'art. 386 C. civ., aux mains de l'époux au profit duquel le divorce ou la séparation aurait été prononcé, à la charge par lui de fournir à l'administrateur ainsi nommé une juste rétribution de ses peines et soins. Ce serait là d'ailleurs une mesure tout exceptionnelle : à l'avenir comme dans le passé, seul en principe le droit de garde serait retiré au père coupable. Tel qui donne à sa femme de graves sujets de plainte ne devient pas par le fait même incapable de régir la fortune de ses enfants.

Seulement, quand un tiers a été investi du droit de garde sous la surveillance des époux, il reste à préciser auquel de ces deux derniers on attribuera l'exercice du droit de correction et l'administration légale, car la prééminence du père se justifie moins dès que cesse la vie commune. Néanmoins

(1) Nous parlons du divorce parce qu'il existe actuellement dans notre législation, mais cela n'emporte pas de notre part adhésion à une institution néfaste pour l'existence de la famille ; nous demanderions au contraire vivement sa suppression.

(2) La loi autrichienne fait élever par la mère et aux frais du père les garçons jusqu'à 4 ans, les filles jusqu'à 7 ans.

nous donnerions encore à celui-ci, en principe du moins, la préférence, la séparation ou le divorce eût-il été prononcé contre lui ; cela, tant en raison de l'esprit général de la loi que pour éviter autant que possible les contestations judiciaires entre des époux déjà aigris l'un contre l'autre. S'il faut remettre à un seul l'exercice de la puissance paternelle sur la personne (1), l'unité de direction est indispensable aussi en ce qui concerne le patrimoine à moins de tomber dans l'anarchie : le père conservera donc l'administration des biens de l'enfant. Mais en même temps, *a fortiori* de ce que nous avons admis au cours du mariage, la mère aura une action en justice pour faire respecter les intérêts de son fils toutes les fois qu'ils risqueraient d'être compromis.

Les décisions des tribunaux, relatives au sort des enfants d'époux divorcés ou séparés de corps, ne sauraient survivre à la situation qui les a provoquées ; elles tomberaient immédiatement si lesdits époux reprenaient la vie commune par suite d'une réconciliation ou d'un nouveau mariage. Jusque-là, au contraire, elles s'imposeraient, tant qu'elles ne seraient pas modifiées, pendant toute la minorité de l'enfant, dont l'émancipation par le père serait déclarée inopérante à l'égard de la mère ou du tiers constitué gardien si elle avait été inspirée par le désir de faire échec au jugement.

B. — Enfants naturels.

Le Code civil et la loi du 24 juillet 1889, nous l'avons vu, présentent de graves lacunes en ce qui touche l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants naturels. Le premier, par son silence même, refuse aux parents tout droit sur les biens de leurs enfants illégitimes et laisse une large place à l'interprétation quant aux attributs relatifs à leur personne : il ne précise même pas auquel des deux auteurs appartiendra la puissance. La seconde est absolument muette à l'égard des enfants naturels et il est inutile d'insister sur la gravité de

(1) *Sic*, en Autriche, pour le consentement au mariage.

cette omission. A vraiment parler, la législation ici est à faire tout entière.

Si les père et mère ont en pareil cas des droits égaux, faute de puissance maritale, quand ils ont l'un et l'autre reconnu l'enfant, leur en permettre l'exercice à l'un et à l'autre parallèlement et sur un pied d'égalité parfaite serait, encore ici, provoquer des contestations d'autant plus inévitables qu'il n'y a pas de lien légal entre les parents et qu'ils sont d'ailleurs fort souvent de conditions sociales très diverses. Conformément à l'esprit des textes français antérieurs et à la lettre même des Codes italien et espagnol, la loi nouvelle assurerait la prépondérance des droits du père (1), toutes les fois qu'il aurait lui-même reconnu l'enfant, la faculté étant réservée à la mère de déférer ses actes à la justice. L'exercice entier de la puissance paternelle appartiendrait à la femme survivante. En dehors d'une reconnaissance régulière, aucune prérogative ne serait attribuée aux parents, faute d'un lien de droit existant entre eux et le mineur.

Les attributs de la puissance aux mains des parents naturels seraient les mêmes que pour les parents légitimes, avec des variantes cependant basées sur une idée très morale dont s'inspiraient à juste titre les rédacteurs du Code civil. Les auteurs d'un enfant naturel ont une faute à se reprocher, leur autorité sur lui doit donc être plus limitée et surtout plus étroitement surveillée car elle offre moins de garanties, l'expérience le prouve surabondamment. Il ne faut pas toutefois, pensons-nous, exagérer les conséquences de ce principe au point de refuser, en punition de la procréation d'un enfant illégitime réputé par là même *nullius filius*, toute autorité sur lui à ses parents tenus d'ailleurs de lui fournir des aliments jusqu'à sa majorité. L'auteur de cette proposition (2)

(1) Pascaud, *op. cit.*, *Rev. gén.*, t. XVI, 1892, p. 508 ; Leloir, t. I, n° 386 et suiv. — *Contra* Lambrecht, *Six projets de loi sur la recherche de la paternité*, *Rev. cath. des inst. et du droit*, 1894, p. 544-556, 1895, p. 113-122, 210-226, 322-335. Selon cet auteur la prédominance du père ici est injustifiable.

(2) Lambrecht, *op. et loc. cit*, *Rev. cath. des inst. et du droit*, 1895, p. 213-215, 323 et suiv. Le Code civil allemand assimile, à l'égard de la mère,

demande en même temps, il est vrai, et avec beaucoup de raison, que la légitimation devienne possible, soit par testament comme en Portugal, soit par déclaration judiciaire comme en Danemark, soit par rescrit du prince comme en Autriche, en Allemagne et en Italie ; mais, tant qu'elle ne se serait pas produite, la filiation établie par simple reconnaissance forcée ou même volontaire ne conférerait, selon lui, aucun droit civil à l'enfant par rapport à son père. Le fils n'entrerait pas dans la famille de ce dernier, ne prendrait pas son nom et ne serait pas légalement appelé à sa succession. L'Etat, représenté par des conseils de tutelle (1), se chargerait du mineur et confierait aux parents ou à des tiers le soin de son éducation ; le patrimoine paternel, du vivant du père ou même après sa mort, répondrait des dépenses effectuées (2). Ce système nous paraît contraire à nos mœurs et trop extensif aussi des attributions de l'Etat : pratique dans des contrées où la communauté ou commune, vivante et active, joue déjà un rôle habituel de surveillance dans les rapports de famille, il aboutirait en France, où la commune n'est presque qu'un cadre administratif, à donner au Pouvoir central, impersonnel et trop éloigné des individus à protéger, des prérogatives aussi tyranniques qu'inefficaces. Jamais, à nos yeux, les père et mère, même naturels, ne doivent être les simples délégués de l'Etat. Nous nous bornerions donc à restreindre quelque peu la puissance paternelle entre leurs mains.

Les droits sur la personne de l'enfant appartiendraient au père : éducation, garde et correction. Mais l'emprisonnement correctionnel du mineur ne pourrait être poursuivi que par

---

l'enfant naturel à un enfant légitime au point de vue du nom et des droits héréditaires ; il le fait entrer ainsi que ses descendants dans la famille de sa mère sans que celle-ci exerce la puissance paternelle. A l'égard du père, la filiation naturelle produit seulement : 1° un empêchement à mariage ; 2° une dette alimentaire jusqu'à la 14e année de l'enfant, obligation transmissible aux héritiers du père qui peut être réglée à forfait avec l'autorisation du juge tutélaire (art. 1571, 1573, 1575, 1576).

(1) *Confer* en Angleterre les *Wards of chancery*.

(2) *Sic* en Angleterre et en Autriche (C. civ. autrichien, art. 163).

voie de réquisition ; la justice ne serait pas obligée de déférer *de plano* à une demande tendant à lui faire réintégrer, *manu militari* au besoin, le domicile paternel, l'intérêt du jeune fugitif dicterait la décision ; enfin la volonté du père naturel n'imposerait jamais à son fils mineur un changement de nationalité. La mère aurait, bien entendu, un droit général de contrôle et de critique et de plus le ministère public devrait exercer une surveillance toute particulière bien que discrète sur cette situation anormale : il aurait, ainsi que les associations dont nous avons déjà parlé, bien souvent à intervenir.

Quant aux droits sur les biens, administration et jouissance légale, réservés jusqu'ici aux parents légitimes, nous ne verrions nul inconvénient à en investir les père et mère naturels et le premier de préférence, s'ils sont en concurrence (1). Le silence du législateur de 1804 sur ce point s'explique par le motif que nous invoquions nous-mêmes en tête de ces explications : il ne faut pas donner une prime à la débauche en reconnaissant aux parents naturels les mêmes pouvoirs qu'aux père et mère légitimes. Mais l'administration légale ne constitue ni une faveur ni un avantage pour le père, c'est une nécessité pratique en même temps qu'un profit pour le mineur. En fait, le gardien de la personne n'est-il pas tout indiqué pour gérer la fortune ? En droit, l'administration légale n'est-elle pas surtout une charge, corollaire de l'obligation d'entretenir les enfants ? Reste l'usufruit légal ; mais ce privilège n'est pas concédé gratuitement, cette jouissance est affectée à l'exécution des devoirs découlant de la paternité. L'intérêt de la Société comme celui des enfants illégitimes eux-mêmes demandent, croyons-nous, l'attribution de ces deux prérogatives aux parents. A supposer même qu'il y ait là pour certains un motif de reconnaître le mineur, mieux vaut, pour celui-ci et pour la Société, la constitution d'une famille irrégulière que l'absence complète de famille ; les biens

(1) Pascaud, *op. et loc. cit.*, *Rev. gén.*, t. XVI, p. 508-510. Telle est la règle admise par le Code civil espagnol de 1889.

de l'enfant, s'il en a, seront en même temps plus régulièrement administrés, car, avec le système actuel, ou ils le sont par les parents sans droits et sans garanties, ou, plus rarement, ils sont régis par un étranger n'ayant aucune affection pour lui. Du reste rien n'empêcherait d'exiger des parents naturels, comme en Espagne encore, un cautionnement garantissant leur gestion ; surtout les tribunaux auraient toujours la faculté d'enlever ces attributs comme les autres aux parents qui en feraient mauvais usage.

En dehors des droits dont la réunion constitue la puissance paternelle *stricto sensu*, nous n'en reconnaîtrions guère d'autres aux parents naturels. Ainsi les diverses prérogatives à tirer du principe abstrait écrit dans l'article 371 Code civil seraient réservées à la famille légitime, les parents naturels perdant même les pouvoirs que leur confère l'art. 158 C. civ. pour le mariage de leur fils du jour où il aurait atteint l'âge de 21 ans : l'intérêt de la famille justifie seul la prolongation de la minorité en matière de mariage et la nécessité des actes respectueux et il n'y a pas de tradition familiale au cas de filiation naturelle. De même, le survivant des parents n'aurait pas la faculté de désigner un tuteur à ses enfants mineurs ; le père émancipateur demeurerait tenu d'entretenir et nourrir l'émancipé jusqu'à 21 ans. Enfin et surtout, au point de vue du droit de disposition appartenant au père naturel sur ses propres biens, nous n'appliquerions pas les règles que nous avons admises en matière de filiation légitime ; nous ne souscririons pas davantage à toutes les innovations de la loi du 25 mars 1896.

On a relevé, avec raison peut-être, la part héréditaire de l'enfant naturel dans la succession paternelle ; le nouvel art. 908 C. civ. fixe à bon droit le maximum de ce qu'il peut recevoir en présence des membres les plus proches de la famille légitime. Mais nous voudrions voir limiter aussi sévèrement sa capacité quant aux libéralités testamentaires qu'à l'égard des donations entre vifs, le motif de distinguer nous échappe véritablement. De plus, si dure

que puisse paraître notre décision, nous eussions fort hésité à conférer à l'enfant naturel, non seulement le titre d'héritier et la saisine légale, mais encore et surtout le bénéfice de la réserve : le droit de réclamer une pension viagère à titre alimentaire eût été son lot, sauf à n'être pas exercé en cas de libéralités à lui faites par son auteur. Ce qui justifie à nos yeux l'institution de la réserve, c'est moins l'intérêt de l'enfant que celui de la famille dont l'esprit et la tradition se transmettent avec les biens familiaux de génération en génération ; ce motif manque dans la famille naturelle : faute de tradition à perpétuer, la réserve n'a plus de raison d'être. Que dans la succession paternelle l'enfant naturel soit traité un peu comme l'est le conjoint survivant depuis la loi du 9 mars 1891, rien de mieux ; lui accorder une réserve est peut-être excessif.

Nous avons signalé déjà à plusieurs reprises le pouvoir de contrôle qu'auraient les tribunaux sur l'exercice de l'autorité paternelle par les parents naturels. Les mêmes principes ne s'appliqueraient que pour la famille légitime : déchéance absolue, mais toujours révocable, dans des cas très graves et limitativement énumérés ; ailleurs, privation proportionnée aux besoins constatés et à l'intérêt du mineur. Il y aurait toutefois quelques différences quant aux personnes pouvant saisir la justice. Evidemment, en présence d'une situation mettant en danger sa vie, sa santé ou sa moralité, l'enfant naturel a droit aux mêmes garanties que l'enfant légitime. Evidemment aussi, les tiers constitués gardiens en vertu d'un contrat conclu en justice avec le père s'en prévaudront valablement devant les tribunaux. Mais, dès que les intérêts, même pécuniaires, de l'enfant sont menacés, il faut quelqu'un pour les défendre, d'autant plus que le père présente moins de garanties au point de vue moral et ne trouve plus dans les conventions sociales d'aussi sérieuses barrières. Ceux qui remplissent cette mission à l'égard de l'enfant légitime ne se rencontrent plus ici : il n'y a pas d'ascendant ni même de mère légale quand seul le père a reconnu l'en-

fant. Ne conviendrait-il pas dès lors d'appeler dans tous les cas à contrôler les agissements du titulaire de l'autorité paternelle, à côté de l'autre auteur de l'enfant, et le ministère public, chargé par ses fonctions de prendre la défense de tous les citoyens incapables et sans protection, et, le cas échéant, les personnes ayant légalement recueilli le mineur en dehors même de tout contrat consenti par le père ? *A fortiori* reconnaîtrions-nous aux particuliers ou aux établissements tant publics que privés ayant régulièrement pris la direction de l'enfant avec autorisation de justice, antérieurement à toute reconnaissance, la faculté de surseoir à la remise dudit enfant jusqu'à décision du tribunal, malgré la revendication formulée par un père auteur d'une reconnaissance ultérieure.

Nos explications ne visent évidemment que les enfants naturels reconnus, les seuls qui aient avec leurs parents un lien légal. Quant aux autres, peu importe qui les élève, père, mère ou tiers: si leurs gardiens les maltraitent ou les corrompent, le ministère public et les associations créées en faveur de la jeunesse malheureuse pourraient s'adresser à la justice pour faire cesser une telle situation.

C. — Enfants moralement ou matériellement abandonnés.

Nous ne pouvons nous appesantir longuement sur la réforme de notre législation en matière d'assistance de l'enfance. Cette question a tant d'aspects divers, tant d'intérêts sont en jeu et le côté budgétaire y prend une telle importance qu'on conçoit les travaux considérables comme les graves discussions provoqués par elle, que l'on conçoit aussi la difficulté de la faire aboutir (1). Nous n'avons pas la prétention d'épuiser en passant un pareil sujet qui excède de beaucoup les limites de notre cadre. Nous voulons signaler du

(1) Voir le projet de loi déposé au Sénat le 18 fév. 1892, le rapport et les annexes sur le service des enfants assistés (*Journal officiel*, sess. 1892, Sénat, ann. n° 27). Nous renvoyons surtout au remarquable ouvrage de M. Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés et délaissés*.

moins quelques idées générales relativement à l'exercice en ce cas de la puissance paternelle.

Les mineurs à protéger, qu'ils soient nés d'un mariage légitime ou d'une union irrégulière, ont été matériellement ou moralement abandonnés. Les premiers sont assez facilement caractérisés : ce sont en somme les enfants nés de parents connus ou inconnus n'ayant absolument personne qui s'occupe d'eux et en prenne la responsabilité. Rentrent dans la catégorie des moralement abandonnés, à notre sens, tous les enfants laissés soit par leurs auteurs soit par leurs gardiens de droit ou de fait (dans cette dernière catégorie rentrent les parents naturels avant toute reconnaissance) dans un état habituel de mendicité, de vagabondage ou de prostitution (1). Ces divers enfants, même avant tout délit motivant un renvoi devant les juges de répression, pourraient être placés sous le patronage du service départemental des enfants assistés, d'une association ayant, après déclaration régulière, ouvert un établissement à eux destiné (2), ou même d'un particulier honorable. Un tel placement exigerait évidemment l'intervention des juges, qu'il y eut acquittement du mineur pour défaut de discernement (3) ou même, avant toute sentence de cette nature, simple demande des particuliers et des administrations ayant recueilli l'enfant ou offrant de le recueillir.

On suivrait une procédure analogue à celle inaugurée par la loi du 24 juillet 1889, art. 19 et suiv. Le particulier ou l'association qui a offert l'hospitalité à un mineur doit, dans les trois jours, en faire la déclaration au maire de la commune ou au commissaire de police pour qu'elle soit notifiée aux parents s'ils sont connus ; mais il peut, nonobstant toute opposition de ceux-ci, demander au tribunal civil qu'il lui soit

(1) Nous nous sommes inspirés sur ce point, dans une très large mesure, des idées exprimées sous forme de projet de loi par M. Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés*, p. 724 et suiv.

(2) Voir plus haut, p. 492.

(3) Les mineurs traduits en justice devraient être jugés en chambre du Conseil en dehors de toute publicité.

attribué les droits d'éducation et de garde sur ce mineur. Le tribunal prononce après examen en chambre du conseil et audition des parents, ascendants ou tuteur de l'enfant. La décision rejette la requête ou y souscrit dans la mesure jugée utile; si d'ailleurs, le père étant indigne de conserver la puissance, le tribunal ne considère pas le demandeur comme présentant assez de garanties, il lui est loisible, à défaut de tout autre demande identique, de ranger l'enfant parmi les enfants assistés du département. Les parents peuvent provoquer le retrait du jugement; mais des conclusions en ce sens, une fois rejetées, ne sont plus renouvelables qu'après trois ans.

Les établissements publics ou privés et les particuliers ainsi désignés par la justice obtiendraient très généralement l'exercice des droits d'éducation, de garde, de placement en apprentissage, puis, à titre exceptionnel quand les parents seraient inconnus ou entièrement dépouillés de leur autorité, les droits d'émancipation et de consentement au mariage jusqu'à la 21e année du pupille (1). Ils pourraient, en cas de nécessité, requérir l'emprisonnement correctionnel de ce dernier mais non agir par voie d'autorité : le tribunal prononcerait sur la question, les parents entendus en principe, et l'envoi du mineur dans une colonie pénitentiaire serait ordonné, le cas échéant, jusqu'à sa majorité au maximum. Les enfants recevraient nécessairement dans la colonie un enseignement moral, civique et religieux (2) : rien en effet de

(1) M. Lallemand, *op. cit.*, p. 711, exigerait de la part du pupille des actes respectueux jusqu'à 25 ans.

(2) Ce dernier point paraît complètement passé sous silence dans la colonie modèle inaugurée en 1895 pour les enfants abandonnés de la Seine. Le Conseil général exige une « éducation strictement laïque »; il alloue même une prime aux établissements supprimant toute éducation religieuse. (Voir Beaune, *L'assistance publique et les enfants assistés, Rev. cath. des inst. et du droit*, t. XIV, juillet 95, p. 33-39.) — L'enseignement religieux est au contraire prescrit partout à l'étranger, en Russie par exemple (A. de Moldenhamen, *Les colonies pénitentiaires correctionnelles pour les filles en Pologne, Bull. pris.*, 1890, p. 693 et suiv.), aux Etats-Unis (voir, sur le *New-York catholic protectory*, Lallemand, *Bull. pris.*, 1890, p. 943, 1891,

plus salutaire, de plus indispensable même que l'influence religieuse et le développement du patriotisme pour ces jeunes âmes, sinon déjà souillées, du moins portées par l'éducation première à la rébellion. Suivant leur âge, leurs aptitudes et les débouchés prévus, ils seraient affectés aux travaux agricoles ou instruits d'un métier leur constituant un honorable gagne-pain pour plus tard.

En somme, sur la personne du mineur, les gardiens auraient tous les droits réclamés dans l'intérêt du pupille lui-même avec, comme sanction suprême, la faculté de le mettre en correction s'il se montrait profondément vicieux et difficile (1). Du reste, MM. Ch. Lucas et Lallemand l'ont fait dès longtemps remarquer, la colonie pénitentaire doit être exclusivement réservée aux coupables, l'enfance abandonnée a beaucoup plus besoin de direction affectueuse et soutenue que de rigueurs. En vain donc on chercherait à organiser l'éducation préventive et hospitalière par une refonte de la loi de 1850, il faut se placer nécessairement sur un autre terrain à l'égard d'enfants bien plus malheureux que coupables, la justice veut qu'un pauvre petit abandonné sur la voie publique ne soit pas *ipso facto* traité comme un malfaiteur. C'est une œuvre d'assistance, non de correction, qu'il faut poursuivre (2).

Les gardiens seraient également chargés, s'il était nécessaire, de l'administration des biens, des enfants ; mais l'usufruit légal ne leur serait jamais attribué, on leur allouerait seulement sur les revenus des biens, qu'auront d'ailleurs fort rarement les pupilles, une certaine somme fixée par le tribunal pour faire face, partiellement au moins, aux frais de cette administration. Les parents solvables seraient toujours obligés par jugement à subvenir, dans une mesure proportionnée à leurs ressources, aux frais de l'éducation à faire.

---

p. 287). Les divers congrès pénitentiaires internationaux se sont prononcés dans le même sens (Rapport de M. Voisin sur le congrès de St-Pétersbourg, *Bull. pris.*, 1891, p. 91).

(1) *Sic* projet déposé par le gouvernement le 18 fév. 1892, art. 26, 27.

(2) *Sic* MM. Brueyre, Duverger, pasteur Robin (*Bull. pris.*, 1890, p. 499, 509, 513).

Les associations ou particuliers gardiens ne pourraient demander sur les fonds publics aucune allocation, pension ou indemnité personnelle à un enfant; rien certes ne serait plus légitime qu'une subvention des communes, des départements ou de l'Etat même, aux institutions charitables privées dégrevant le budget d'une lourde charge, mais ce serait ouvrir la porte à de graves abus que d'autoriser les unités administratives à payer pension pour certains mineurs à l'exclusion de tous autres (1).

Les divers droits, accordés aux gardiens par décision de justice, leur compéteraient, nous insistons sur ce point, en jouissance comme en exercice, qu'il s'agît d'un particulier, d'une institution de bienfaisance privée ou des représentants du service départemental des enfants assistés. Nous répudions donc, comme superflue et même dangereuse, l'idée, consacrée par la loi de 1889, d'un pouvoir éminent de tutelle conféré de plein droit à l'Assistance publique (2). Mais une surveillance s'impose et, si l'on croit devoir instituer des garanties pour l'enfant légitime contre l'omnipotence de son père, une précaution analogue est nécessaire a *fortiori* quand le mineur est confié à des mains étrangères; on ne peut d'ailleurs guère compter sur les parents le plus souvent inconnus et désireux de ne pas se faire connaître. Par suite, le contrôle sur les tiers gardiens appartiendrait non seulement aux parents, s'ils existent et sont connus, mais encore à des inspecteurs *ad hoc* représentant le service départemental des enfants assistés. Une commission départementale, tutrice des enfants recueillis par la bienfaisance officielle, serait avisée de toutes les décisions remettant un mineur aux mains d'une association privée ou d'un particulier et s'assurerait de quelle façon ils sont élevés; en cas d'abus constatés, la justice, saisie par elle, prononcerait une

(1) *Sic* Lallemand, *op. cit.*, p. 728.

(2) M. Bérenger avait proposé au Sénat un amendement supprimant ce monopole et M. J. Simon s'y était rallié. L'amendement a été repoussé par 153 voix sur 271 votants (*Journ. offic.*, 6 juill. 1883).

réprimande, au besoin le retrait des enfants, ou même la fermeture de l'établissement (1). Enfin le ministère public interviendrait spontanément ou sur dénonciation et plainte quand les actes des gardiens mettraient en danger la vie, la santé ou la moralité de leurs pupilles. Les abus d'autorité seraient ainsi évités, semble-t-il, relativement à la personne des mineurs.

Reste l'hypothèse fort rare où ils ont des biens personnels qu'administreraient les gardiens : de ce chef encore, des garanties sont nécessaires à prendre, alors surtout que, dans un établissement recueillant un certain nombre d'enfants, le total de ces petits patrimoines aura quelque importance. Les administrateurs, tenus de restituer un jour à leurs pupilles ces capitaux, précieux si minimes qu'ils soient pour des enfants sans famille, verraient leurs immeubles frappés d'une hypothèque générale ou spéciale suivant l'appréciation du tribunal (2) ; ils auraient en outre, auprès d'eux, pour donner leur adhésion aux actes comportant en cas de tutelle l'intervention du conseil de famille, une assemblée analogue sous la présidence du juge de paix, un représentant de la commission départementale tutrice des enfants assistés en ferait nécessairement partie (3).

Les règles protectrices varieraient nécessairement quelque peu à l'égard des enfants recueillis par l'Assistance officielle et placés dans des établissements départementaux ; malgré notre confiance dans l'initiative privée jouissant d'un régime de liberté, nous ne nous dissimulons pas que le nombre de ces enfants serait grand, dans les premières années surtout. Ayant ainsi sous sa garde la majorité des abandonnés matériellement ou moralement, la commission départementale des enfants assistés ne présenterait d'autre garantie que sa

(1) *Sic* Lallemand, *op. cit.*, p. 726, art. 7 du projet de loi.

(2) Telle est la solution donnée par la loi du 24 juill. 1889, art. 10, relativement au tuteur de droit commun nommé en cas de déchéance de la puissance paternelle.

(3) *Confer* M. Lallemand, *op. cit.*, p. 727.

multiplicité et sa composition ; mais cela suffirait, étant donnés les éléments divers qui la constitueraient (1). Un de ses membres, pris comme tuteur, agirait, sans subrogé tuteur, au nom du pupille et exercerait à son égard les droits d'éducation, de mise en garde ou en apprentissage, de correction, d'émancipation, de consentement au mariage jusqu'à la majorité, sous réserve, pour tous les actes importants, de l'adhésion de la commission tout entière. Il serait ainsi même dans le département de la Seine (2). L'hypothèque grevant d'ordinaire les biens du tuteur dans l'intérêt du pupille serait suppléée ici par le cautionnement du receveur chargé du maniement des deniers (3) ; une partie seulement des revenus du mineur serait affectée au remboursement des frais effectués pour lui.

La commission tutrice élèverait à son choix ses pupilles dans des écoles spéciales (4) ou les placerait au dehors, chez des particuliers surveillés par ses agents. Sous une forme ou sous une autre, l'éducation serait, comme dans les œuvres privées, religieuse, professionnelle et avant tout hospitalière ; aux insoumis et aux vicieux seraient réservées les colonies pénitentiaires dans lesquelles ils seraient envoyés par décision de justice (5). Les parents ou ascendants légitimes et, après reconnaissance, les parents naturels, s'ils justifiaient de ressources suffisantes pour élever l'enfant, seraient admis à le reprendre du consentement de la commission hospitalière ou par jugement du tribunal après enquête sur leur moralité, sans qu'on pût opposer comme un obstacle absolu à leur revendication l'impossibilité où ils seraient de rembourser inté-

(1) Voir la composition proposée par M. Lallemand, *op. cit.*, p. 716, art. 6 de son projet de loi.

(2) *Confer* projet de loi du 18 fév. 1892, art. 10.

(3) Même projet, art. 12. — Projet de M. Lallemand, *op. cit.*, p. 712, art. 11.

(4) Des maisons de ce genre, dites maisons de préservation, ont déjà été fondées par le Cons. génér. de la Seine à Izeure, à Moulins, à Montesson. Seulement l'élément religieux en est le plus possible écarté.

(5) Projet du 18 fév. 1892, art. 26, 27.

gralement les dépenses occasionnées par le pupille. L'intérêt de l'enfant doit être le seul mobile de la décision à intervenir. D'autres parents plus éloignés, réclamant aussi les enfants, pourraient se les voir attribuer, mais à titre purement gracieux et toujours révocable : ils seraient les préposés de l'administration hospitalière (1).

§ IV. — Role de l'État.

Dans l'œuvre si importante de l'éducation de la jeunesse, nous avons volontairement omis de donner un rôle à l'Etat. Les motifs de cette exclusion, toute relative d'ailleurs, nous allons le voir, ont été fournis : nous craignons d'augmenter encore une puissance déjà exagérée et surtout de la faire intervenir dans la sphère des rapports de famille. Nous n'en faisons pas abstraction du reste et il y aurait encore beaucoup à faire en la matière pour l'autorité publique et l'administration. Faciliter l'œuvre des pères de famille soucieux de remplir leurs devoirs tout en respectant leur liberté légitime, telle est, et elle est large, la part que nous réservons à leur activité.

On accuse les parents, à juste titre même, de ne pas réagir efficacement contre l'insubordination et la démoralisation de l'enfance ; on l'a dit, sous forme de critique adoucie, « les enfants sont l'âme de la famille française, nous vivons avec eux, pour eux, en eux » (2) ; en d'autres termes, les parents ne savent plus commander. Sans vouloir justifier les particuliers, réservons quelques critiques pour l'administration. Les pères doivent se faire obéir, c'est entendu, mais le pouvoir public ne fait rien pour fortifier et aider leur autorité. Ils voudraient faire interner leurs enfants ; les établissements correctionnels spéciaux, toujours promis, sont encore à créer. S'agit-il de l'instruction à donner aux mineurs et les parents, trop pauvres pour avoir le choix entre

(1) Projet du 18 fév. 1892, art. 15 et 16. Projet de M. Lallemand, art. 26, *op. cit.*, p. 717.

(2) O. Gréard, *L'éducation morale et physique*, *Rev. bleue*, 20 juill. 1889.

plusieurs établissements d'enseignement, jugent-ils, non sans raison, que l'éducation religieuse est nécessaire pour assurer chez un écolier le respect de toute autorité morale, l'administration exagère encore ce que nous n'hésitons pas à considérer comme la grande erreur de la loi du 28 mars 1882 : elle laisse dégénérer en hostilité ouverte la neutralité voulue par le législateur et s'efforce de ruiner les établissements scolaires contraires à ses vues. Ce n'est pas le moyen de développer le respect et de resserrer le lien familial, que de prendre ostensiblement ainsi parti contre les croyances du père, d'en inculquer au fils le mépris.

D'une façon plus générale, n'a-t-on pas encouragé de toutes façons un individualisme excessif, destructeur de la famille, qui, sous couleur de liberté individuelle, garantit à tous une égalité grossière dans la servitude universelle ? La loi est sévère, et justement sévère, contre les parents qui mettent en péril la moralité de leurs enfants en les employant à la mendicité ou à la débauche. L'administration n'a-t-elle plus la police des rues ? Les mendiants y abondent et non seulement on se préoccupe peu d'établir des colonies agricoles de répression, comme en Belgique et en Hollande (1), mais on ose à peine appliquer la loi du 7 décembre 1874, la mendicité s'exerce publiquement ; une répression un peu sévère serait pourtant un procédé efficace d'écarter les mineurs de ce qui pour beaucoup devient une profession (2). Des étalages malpropres, des exhibitions malsaines de toute nature souillent, sur les voies publiques, les jeunes imaginations ; à

(1) Proposition de loi en ce sens déposée, à la Chambre des députés, le 19 juin 1895.

(2) *Sic* Bournat, *Bull. pris.*, 1891, p. 557. Appliquer la loi de 1874 contre les mendiants jeunes, dit encore M. Guillot (rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice, *Bull. pris.*, 1891, p. 872), c'est faire acte de protection, c'est arracher de pauvres êtres aux dangers de la rue, à d'odieuses exploitations et à d'abominables provocations. Le conseil général de la Seine s'est prononcé dans le même sens, le 28 octobre 1891, sur le rapport de M. G. Berry.

tous instants on les dénonce, rares sont les poursuites exercées; s'il y a une amélioration relative, elle est due à l'initiative privée (1). La surveillance est peu sérieuse sur la prostitution qui s'étale au grand jour, sur la tenue des garnis, brasseries et autres foyers de corruption, sur les agences de jeu de tout ordre, etc. Le législateur lui-même est peu pressé de combattre l'outrage aux bonnes mœurs ou d'édicter des mesures efficaces contre les souteneurs ou gérants d'hôtels louches (2); la police reste impassible devant les manifestations multiples du vice et de la débauche. Cependant ce sont là les causes principales de la démoralisation de la jeunesse (3) et l'autorité paternelle ne saurait réagir efficacement.

A un autre point de vue, la multiplication injustifiée des bourses dans les lycées et collèges communaux augmente sans cesse le nombre des déclassés qui méprisent et abandonnent la profession paternelle, parfois même leurs parents. La maladie de l'examen sévit intense et, pour l'obtention des fonctions sociales, le diplôme seul, à l'exclusion des qualités morales, le dispute à la faveur. Alors qu'il y a déjà pléthore de diplômés, l'Etat semble prendre à tâche d'en augmenter encore la phalange. Sans parler du danger social que l'on crée ainsi à plaisir (4), est-ce là une manière de fortifier le pouvoir du père et l'esprit de famille ?

Le rôle de l'Etat, en matière de puissance paternelle, serait précisément de prendre le contrepied de pareils errements. Que pour les pères de famille remplissant vraiment leur mission l'Etat favorise la création d'établissements où les enfants les plus pauvres puissent recevoir, gratuitement au besoin, l'instruction primaire ; qu'il en fonde lui-même à

(1) L'honneur en revient à la Société contre la licence des rues, fondée par M. Bérenger.

(2) Une proposition de loi, déposée à ce point de vue au Sénat par M. Bérenger, a été enfin votée et promulguée le 16 mars 1898.

(3) *Sic* A. Guillot, *Les prisons et les prisonniers.*

(4) Voir MM. de Vogué, *Les terroristes russes, Revue des deux mondes,* 1er mars 1894, p. 205 ; H. Joly, *La France criminelle, passim.*

charge d'y faire pratiquer, comme en Angleterre et en Belgique, la véritable liberté de conscience et d'y prescrire l'enseignement religieux (1), sauf pour ceux des élèves dont les parents s'y opposent formellement. Que les communes ouvrent ou subventionnent des garderies (2) recueillant les enfants à l'heure de leur sortie de l'école, quand les parents doivent demeurer plus tard à l'atelier (3). Qu'on établisse des colonies correctionnelles et pénitentiaires pour donner aux enfants rebelles à la voix paternelle une éducation moralisatrice et qu'on y fasse une large part à la religion, car « il faut tourner les yeux de l'enfance vers une justice supérieure moins trompeuse que celle de ce monde (4). » En même temps, s'abstenant de faire appel aux convoitises et de jeter

(1) « Donnez au peuple qui travaille et qui souffre, donnez au peuple pour qui ce monde-ci est mauvais, la croyance à un meilleur monde fait pour lui. » V. Hugo, *Claude Gueux*.

(2) Une loi hongroise du 5 mai 1891 (*An. lég., étr.*, 1892, p. 442) réglemente dans ces conditions la création de crèches pour les enfants de 3 à 6 ans. Le conseil municipal de Bordeaux vote chaque année une subvention pour des heures de classe supplémentaires dans le même but.

(3) En fait, l'interdiction du travail dans les usines et manufactures pour les mineurs a eu ce mauvais côté de les livrer au vagabondage et à l'abandon pendant quelques heures chaque jour. Voir *Bull. pris.*, 1891, p. 551.

(4) A. Guillot, *Bull. pris.*, 1891, p. 307. Sur la nécessité de la religion pour les prisonniers, les esprits éclairés sont unanimes aujourd'hui. « L'idée religieuse est un des plus puissants moyens d'éducation et de réformation. » (Docteur Marjolin, lecture à l'Académie des sciences morales et politiques.) Howard (*Histoire des lazarets*, t. II, p. 276 et 286) veut « réformer les coupables au moyen d'une détention solitaire, d'un travail bien réglé et d'instructions pieuses. » A une séance de la Société générale des prisons en 1892 (*Bull. pris.*, 1892, p. 551 et suiv.), MM. Stevens pour la Belgique, Armangol et Cornet pour l'Espagne, Joly, Bérenger, abbé Fortier pour la France, s'accordaient à désigner les congréganistes comme pouvant être, au point de vue de la moralisation des coupables, les meilleurs gardiens des prisons. Le congrès pénitentiaire réuni à Paris en juillet 1895 a émis, dans sa 3e section, à l'unanimité moins une voix, un vœu en faveur du développement de l'éducation religieuse comme un moyen efficace de moralisation. *Sic* au congrès de Saint-Pétersbourg, rapport de M. Voisin, *Bull. pris.*, 1891, p. 91. — A l'égard des jeunes détenus, remarquons-le, la neutralité de l'enseignement n'a pas même ce semblant de justification qu'on invoque pour l'école, à savoir la possibilité pour la famille de s'occuper de l'instruction religieuse hors de l'établissement scolaire.

inconsciemment tant de jeunes intelligences dans la lutte sauvage pour la vie d'où elles sortent brisées, déséquilibrées et pleines de fiel contre la Société, que les pouvoirs publics poursuivent les trafiquants de débauche, les excitateurs au désordre moral, quels qu'ils soient (1).

Ce ne sont là que des indications générales, mais le programme est vaste, on le voit, et son exécution même partielle ne pourrait avoir que d'heureux effets. Quant aux enfants abandonnés ou martyrs, l'Etat ne leur manifesterait pas sa sollicitude en s'arrogeant le monopole exclusif de leur formation. Qu'il se contente d'encourager la formation d'œuvres privées analogues aux écoles industrielles d'Angleterre ou d'Amérique et soigneusement surveillées, puis distribue équitablement entre elles quelques subventions ; il déchargera ainsi le budget de l'assistance départementale bien plus qu'il ne grèvera le sien et nul doute qu'en France, comme là où ils sont établis dès longtemps, ces établissements n'obtiennent de précieux résultats au point de vue de la moralisation de l'enfance abandonnée (2). Enfin, comme de l'abandon moral naît trop souvent la criminalité pour la jeunesse, que, sous la protection bienveillante de l'administration, des colonies pénitentiaires s'organisent à l'usage exclusif des mineurs, dans le sens préconisé aux congrès d'Anvers et de Saint-Pétersbourg ; qu'elles se doublent de sociétés de

(1) Une loi anglaise du 10 juillet 1891 (*An. lég. étr.*, 1892, p. 797) autorise les autorités communales à interdire aux enfants mineurs de 14 ans et aux filles, avant 16 ans, la vente ou la distribution d'imprimés, fleurs ou autres objets après 8 heures du soir, dans les lieux publics. — Voir, quant à la législation essentiellement restrictive du droit de vendre aux mineurs de 16 ans du tabac et des liqueurs aux Etats-Unis, les diverses lois énumérées dans l'*An. lég. étr.* en 1891 et 1892, p. 895, 933, 936, 947.

(2) Voir M. le pasteur Robin, rapport lu, le 5 janvier 1878, à la Société des prisons, sur les écoles industrielles. En Angleterre, en dix ans, la criminalité de l'enfance a baissé de plus d'un tiers. Dans le même sens, voir Brueyre, *Bull. pris.*, 1890, p. 73 et suiv. M. Herbette seul s'est montré à la Société des prisons (*Bull. pris.*, 1890, p. 267) hostile aux établissements privés.

patronage, subventionnées au besoin par l'Etat, pour suivre le délinquant après sa libération (1).

Telle est, brièvement indiquée, la place que nous assignerions aux pouvoirs publics dans cette œuvre éminemment nécessaire de l'éducation de l'enfance, suprême raison d'être de la famille et de l'autorité paternelle.

---

(1) Le 20 février 1895, la Chambre a inscrit au budget une somme de 20.000 fr. en faveur des sociétés de patronage. Dès longtemps cette organisation existe en Angleterre, en Allemagne, en Suisse et aux Etats-Unis. La société de patronage pour les jeunes détenus de la Seine a fait baisser le chiffre des récidivistes parmi eux de 75 °/₀ à moins de 5 °/₀.

CONCLUSION

Nous en avons fini avec cette trop longue étude sur une question vitale pour l'avenir de la société française. Nous recueillons à l'heure actuelle les fruits d'une législation qui a fait trop bon marché de tous les groupements naturels et artificiels consacrés par le temps : ils sont amers et les penseurs s'en effraient. L'individu qu'on a prétendu émanciper est en réalité écrasé par la collectivité sociale sans trouver aucune force intermédiaire où appuyer une résistance. Ce qu'il y a de plus immuable chez un peuple, ce qu'il importe par suite de ne toucher qu'avec d'extrêmes précautions, c'est le sol et la famille. Or, au début du siècle, la législation relative au sol et à sa propriété a été profondément transformée ; les règles concernant la famille avaient été à peu près maintenues, mais les voici à leur tour remises en question. Pour des raisons multiples, la famille est aujourd'hui gravement atteinte. Quelques-uns proposent comme remède de parachever sa destruction et aux fonctions toujours plus nombreuses de l'Etat d'ajouter celles découlant de la paternité. Nous sommes au contraire d'accord, en principe du moins et sauf à discuter les procédés d'application, avec ceux qui cherchent à protéger contre tout nouvel affaiblissement, à resserrer même le lien familial et à combattre les excès de l'individualisme.

Nous demandons qu'on respecte et fortifie l'autorité paternelle, au nom des intérêts sociaux, au nom des droits du père imprescriptibles parce qu'ils sont antérieurs à toute législation positive (1). La puissance du père doit être con-

(1) « La société domestique a sur la société civile une priorité logique et une priorité réelle auxquelles participent nécessairement ses droits et ses devoirs. » Encyclique *De conditione opificum*.

trôlée parce qu'il est homme et sujet aux faiblesses humaines, parce qu'aussi l'exercice de son droit est inséparable de l'accomplissement d'un devoir sacré, à peine de dégénérer en injustifiable tyrannie. Mais elle doit être grande : fondée « sur la dignité créatrice et sur l'amour paternel, la plus durable et la moins égoïste des affections humaines (1) », elle est encore « de toutes les puissances celle dont on abuse le moins (2) » ; c'est aussi celle qui avec le moins de moyens apparents peut produire les effets les plus grands et les plus salutaires. Fortifier l'autorité paternelle en l'épurant, tel est donc le but à poursuivre dans l'intérêt des particuliers comme de la Société (3).

Ce doit être évidemment et avant tout l'œuvre des mœurs sur lesquelles, redisons-le encore une fois, la religion seule a une prise efficace : les nations impies ne connaissent plus la famille hiérarchiquement et normalement organisée. Mais le législateur a également un rôle à jouer en la matière, et c'est pourquoi nous avons proposé des réformes à nos lois. Peut-être sembleront-elles insuffisantes aux uns, excessives aux autres. Nous nous sommes efforcés du moins de maintenir dans ses grandes lignes la théorie du Code civil en tenant compte des besoins manifestés par la pratique, pour obtenir ce qui reste à nos yeux l'idéal : la famille fortement constituée avec un chef à l'autorité certes limitée mais aussi considérable et respectée. Accroître la puissance du père, c'est augmenter sa responsabilité, c'est donc le rattacher à une œuvre que lui seul peut mener à bien.

Les mesures législatives que nous proposons n'auraient sans doute pas pour effet de supprimer tous les abus ; nous avons affaire à des hommes et l'âge d'or, comme la perfection,

(1) Le Play, *Réf. soc.*, p. 414.

(2) Montesquieu, *Lett. pers.*, n° 79.

(3) « Si vous scrutez les antécédents des détenus de nos prisons, vous verrez que, pour une très grande partie, la prison n'est que la conséquence naturelle et presque inévitable de l'état où ils ont passé les premières années de leur jeunesse.» Conseiller Illing, au Congrès pénitentiaire de Stockholm en 1878.

n'est pas de ce monde. Du moins de graves inconvénients seraient évités et, s'il est vrai de dire avec Lamennais : « La société humaine est fondée sur le don mutuel ou le sacrifice de l'homme à l'homme, et le sacrifice est l'essence de toute vraie société », maintenons pieusement la famille et l'autorité paternelle. Il n'est pas de meilleure école du sacrifice.

APPENDICE

Législations étrangères

Nous avons, au cours du présent travail, en regard des règles posées par la loi française, indiqué les solutions fournies par les législations étrangères sur les divers points où la théorie générale de la puissance paternelle d'après le Code civil a été partiellement, indirectement même pourrait-on dire, modifiée, en matière d'enseignement par exemple ou de législation du travail. Nous avons d'autre part noté sommairement l'esprit des législateurs étrangers et leur conception générale de l'autorité du père, très distincte de la notion française chez les peuples anglo-saxons. Pour compléter ces observations, nous croyons devoir entrer un peu plus dans le détail, préciser quels droits chaque nation reconnaît aux parents, qui les peut exercer et sous quel contrôle, voir aussi comment cette puissance est limitée dans l'intérêt de l'enfant et comment elle prend fin. Telle va être la matière de ce dernier chapitre. Il nous sera permis d'être brefs, car certains détails n'ont qu'un intérêt de pure érudition et surtout nous pouvons d'une façon presque absolue, réserve faite des documents législatifs plus récents, nous en référer au compte rendu, publié par la Société de législation comparée, de sa session extraordinaire et internationale de 1889, toute remplie par cette importante question de la puissance paternelle. Un résumé succinct nous paraît donc suffisant.

Section I. — *Puissance paternelle sur les enfants légitimes.*

§ I. — Droits qu'elle comporte.

A l'étranger comme en France, la puissance paternelle emporte toujours et sauf limitations les droits d'éducation, de garde et de correction. Seulement pour la première de ces pré-

rogatives la plupart des autres législations, le nouveau Code civil allemand par exemple, font, mieux que la nôtre, ressortir qu'elle constitue en même temps un devoir pour les parents tenus de prendre soin de la personne de l'enfant, de pourvoir à son entretien, à son éducation et à son instruction. Indépendamment du retrait de l'autorité paternelle, sanction très générale des manquements graves à cette obligation, la loi anglaise évalue à 20 shellings par mois le subside qui peut être exigé, à peine d'amende, des parents pour l'entretien du mineur et les rend passibles d'amende et de prison s'ils ne l'envoient pas à l'école (1). De même aux Etats-Unis, dans les Etats de New-York et de Massachussetts (2) spécialement, une action est ouverte tant à l'enfant lui-même qu'aux personnes pourvoyant à ses besoins pour obliger un père à remplir son devoir d'éducation.

Considérée en tant que droit aux mains des parents, l'éducation leur confère en général les mêmes prérogatives qu'en France quant au choix du degré ou du genre d'instruction, tant religieuse que profane, et d'une profession pour l'enfant. Cependant le Code néerlandais exige qu'il lui soit donné une formation selon sa fortune et permet au juge de fixer le chiffre de la somme à ce destinée. Ailleurs les enfants, mécontents de la profession qu'on leur a fait embrasser, peuvent saisir de la question une juridiction : le tribunal des orphelins en Russie, le tribunal tutélaire en Norwège, en Prusse à compter de leur 14e année et en Hongrie à compter de leur 16e. Relativement à l'éducation religieuse, les principes varient : en certains pays, le père a la faculté de choisir la religion dans laquelle ses enfants seront élevés (Angleterre, Belgique, canton de Glaris en Suisse) (3) ; en d'autres, les enfants appartiennent obligatoirement à la même confession que lui (Prusse, en vertu d'une ordonnance de 1823) ; tandis qu'en

(1) Lois 15 août 1876 et 26 août 1880. *Sic* ch. 671 en 1894 dans l'État de New-York (*An. législation étrang.*, 1895, p. 919).

(2) Loi 28 mars 1891.

(3) *Bulletin législation comparée*, sess. extr. de 1889, p. 195.

Hongrie (1) et dans le droit commun allemand (2), s'il y a mariage mixte, tout d'abord les stipulations écrites au contrat de mariage sont obligatoires quant à ce, puis, à défaut de clause formelle, les fils suivent la religion du père, les filles celle de la mère, jusqu'à l'âge (14 ans en général) où les mineurs sont libres de faire un choix par eux-mêmes.

Le droit de garde est partout consacré comme le moyen unique pour les parents d'accomplir leur devoir d'éducation; l'exercice en est toutefois atténué par le contrôle de la justice ou de l'autorité tutélaire. Le père, en Russie, garde ses enfants chez lui ou les place dans un établissement de son choix, soit public, soit privé, à la condition de leur faire donner l'éducation sur le territoire russe de 14 à 18 ans. Les lois anglaise, autrichienne et espagnole lui donnent la faculté de faire ramener *manu militari* à son domicile un enfant fugitif sur un ordre du tribunal. Il en est de même en Italie sauf le cas d'engagement militaire dans l'armée nationale, tandis que la loi du 20 mai 1891 à Genève (3), abrogeant les art. 371 à 387 du Code civil français jusqu'alors suivi, reconnaît semblable faculté au père sans aucune restriction de cette sorte.

Le droit de correction domestique est consacré à peu près par toutes les législations à charge de consister en châtiments modérés sans danger pour la santé de l'enfant et de ne pas dégénérer en coups ou blessures comportant une répression pénale. Il en est ainsi en Belgique, en Hollande, en Angleterre (4), en Suède, en Allemagne et en Autriche, en Suisse, en Italie, en Espagne et au Brésil. Dans le Dane-

(1) Loi XXXII de 1894 (*An. lég. étr.*, 1895, p. 384). Antérieurement, les enfants appartenaient obligatoirement, d'après leur sexe, à la religion de l'un ou de l'autre de leurs auteurs.

(2) Le nouveau Code civil laisse ce point sous l'empire des législations particulières.

(3) *An. lég. étr.*, 1892, p. 727.

(4) La loi du 17 août 1894, art. 24, le proclame à nouveau formellement (*An. lég. étr.*, 1895, p. 156).

mark et la Russie (1), le père conserve cette attribution à l'égard de ses enfants même majeurs qui continuent d'habiter sous son toit. Seulement un grand nombre de ces législations chargent les tribunaux tutélaires ou les autorités locales d'empêcher tout excès de sévérité (Allemagne d'après son nouveau Code civil, Autriche, Pologne, Danemark, canton suisse de Fribourg).

Quant à la faculté de faire incarcérer l'enfant même pour de graves motifs, elle est refusée aux parents en Angleterre, en Autriche, en Pologne et en Norwège et remplacée au Brésil par la possibilité pour le père d'interner, à titre de punition, le fils dans sa propre maison. Elle est au contraire admise dans les autres pays précités conformément aux principes français avec quelques variantes toutefois dont la principale consiste à répudier l'incarcération par voie d'autorité. En Prusse, avant l'adoption du Code civil allemand, la détention n'était possible que sur l'ordre du ministre de la justice ou du roi. Le Code espagnol autorise le père à agir par voie d'autorité jusqu'à la majorité de l'enfant sauf en certains cas exceptionnels (2). Au contraire en Hollande, au Portugal (3), en Italie et dans les cantons suisses de Vaud et de Genève, le Code civil français a été modifié en ce sens que seule est ouverte la voie de la réquisition. A Genève, la loi précitée du 20 mai 1891 autorise les parents à demander au tribunal l'internement de leur enfant dans une maison de correction ou une colonie agricole jusqu'à sa majorité; le tribunal règle souverainement la durée de la détention, tout en étant tenu, si elle doit excéder une année, de statuer à nouveau tous les ans, et fixe à qui incomberont les frais de la détention (art. 14, 15). Dans le canton de Neuchâtel, la même peine peut être prononcée pour 3 mois au plus ou 6 en cas de récidive (4). A Fribourg, le père

(1) Sauf pour les provinces baltiques.

(2) Second mariage du père, charge ou office rempli par le fils.

(3) La détention a lieu dans des maisons à ce destinées sur l'ordre du juge, le ministère public entendu; elle ne peut excéder un mois.

(4) Code pénal du 29 mai 1891, art. 83. La demande en peut être faite au

doit s'adresser à la Direction des orphelins, seule qualifiée pour réclamer de la justice l'incarcération du mineur. Le Code civil italien permet enfin au père d'éloigner *proprio motu* de sa maison son fils mineur à titre de punition, à la condition de lui assurer des ressources suffisantes.

La loi française reconnaît au père des droits et sur la personne et aussi sur les biens de son enfant mineur. A ce second point de vue les législations étrangères forment deux groupes bien distincts.

Dans le premier (Angleterre, Autriche, Russie, États-Unis), le droit d'administration légale est consacré, mais non la jouissance légale. En Angleterre, le père administrateur perçoit les revenus des biens de son fils auquel, à sa majorité, il rendra des comptes ; il peut uniquement s'attribuer les gains et bénéfices réalisés sur le travail du mineur vivant avec lui ou à sa charge ou, s'il est lui-même sans ressources, se faire autoriser par la Cour de chancellerie à employer une part des revenus propres de son fils à lui faire donner une éducation convenable. Le *Svod* russe laisse le père comptable de toutes les économies qu'il a pu réaliser sur les biens de l'enfant, mais lui confie l'administration desdits biens pendant la minorité de leur propriétaire et même plus tard, dans une certaine mesure tout au moins, si l'enfant n'est pas séparé de biens, c'est-à-dire n'a reçu aucun avancement d'hoirie.

Le second groupe comprend les législations attribuant, comme la loi française, aux pères la jouissance en même temps que l'administration des biens de leurs enfants mineurs, certains cas étant exceptés, v. g. si ces biens ont été acquis à l'aide d'une industrie séparée ou par l'effet d'une donation faite sous la condition que les revenus appartiendront exclusivement au donataire. Telle est la règle en Allemagne, en Hongrie, en Pologne et dans les provinces baltiques de la Russie, en Belgique. Le Code civil néerlandais adopte aussi les principes de la loi française en les posant plus explicitement. Les

tribunal, non seulement par les parents, mais par les tuteurs, les commismissions scolaires, les conseils communaux.

cantons suisses font persister l'usufruit légal après l'émancipation (1), même après la majorité de l'enfant, sauf convention contraire, si ce dernier continue d'habiter la maison paternelle (2). Le nouveau Code italien réglemente avec le plus grand soin les deux attributs du père sur les biens et interdit notamment l'hypothèque de la jouissance légale. En Espagne, cette jouissance est reconnue à l'exception du cas où, du consentement des parents, l'enfant vit indépendant d'eux. Au Brésil, la théorie romaine des pécules subsiste : le père, propriétaire du pécule profectice, a l'usufruit et l'administration du pécule adventice ordinaire (3).

Faisons d'ailleurs deux remarques en ce qui touche les législations du second groupe. 1° Sauf en Belgique, en Pologne et dans le canton de Genève où l'on suit la règle française, sauf aussi en Hollande où la jouissance légale s'éteint à la vingtième année de l'enfant, partout ailleurs elle subsiste jusqu'à sa majorité tout au moins. En Hongrie, la juridiction des tutelles la peut toutefois faire cesser à compter de sa 18e année. 2° En Allemagne, en Hongrie, en Suisse, en Italie et en Espagne, l'usufruit et l'administration du père ne vont pas sans de sérieuses garanties pour le mineur : a) une caution doit être fournie par le père en état de faillite (Prusse), ou mettant en péril par son insolvabilité le patrimoine de l'enfant (canton de Fribourg), ou même dès que la fortune du mineur comprend soit de l'argent comptant, soit des valeurs (Hongrie). Le Code espagnol ordonne en divers cas l'inscription d'une hypothèque sur les biens du père ; b) l'autorisation du tribunal ou de l'autorité tutélaire est nécessaire pour tous les actes à faire par le père qui excèdent les facultés d'un usufruitier ou d'un administrateur ordinaire, pour tous les actes transformant le patrimoine (Allemagne,

(1) Voir notamment, pour Genève, l'art. 6 de la loi du 20 mai 1891 modifiant en ce sens l'art. 384 du Code civil français.

(2) Canton de Vaud ; canton de Fribourg pour la moitié seulement de l'usufruit.

(3) Communication du baron d'Ourem à la Société de législation comparée, session extraordinaire de 1889, p. 149 et suiv.

Hongrie, Italie, Espagne, Fribourg, Glaris). La loi du 20 mai 1891 à Genève, dans ses articles 10 à 12, excepte certains biens de l'administration légale et fait nommer par la justice un tuteur *ad hoc* à l'enfant toutes les fois que son intérêt est opposé à celui du père.

D'autres prérogatives sont d'ailleurs presque partout reconnues aux parents. Ainsi la tutelle légale sur le mineur appartient de plein droit, en Hongrie et en Angleterre, au survivant des époux, fût-ce la mère depuis la loi du 25 juin 1886 (1). Le nouveau Code civil allemand ne fait pas en pareil cas s'ouvrir la tutelle, le survivant, quel qu'il soit, conserve purement et simplement la puissance paternelle dans son intégrité. Les lois russe, hongroise, italienne, suisse (2), anglaise (3), autorisent le dernier vivant des époux à désigner un tuteur à l'enfant. Relativement au consentement au mariage, à l'exception de la Norwège qui l'exige seulement pour le mariage des filles et permet du reste à l'autorité tutélaire de suppléer à un refus, les législations européennes en font un attribut de la puissance paternelle. Seulement, en Autriche, en Allemagne d'après la loi du 6 février 1875 et le Code civil nouveau, et en Angleterre, le consentement des parents n'est requis que jusqu'à l'âge ordinaire de la majorité (4), encore l'enfant peut-il recourir en justice contre un refus et au besoin, en Angleterre, réclamer des dommages-intérêts pour opposition injuste ; chez tous ces peuples les actes respectueux sont inconnus. Le Danemark, la Belgique,

(1) Le père prémourant peut d'ailleurs lui adjoindre un conseil.

(2) Cantons de Vaud et de Fribourg.

(3) Dans l'Inde, le droit de désigner un tuteur à un sujet anglais mineur appartient à chacun de ses auteurs ; s'ils en usent tous les deux, les tuteurs devront agir conjointement (*Act* VIII, lég. 1890, approuvé le 21 mars 1890, *An. lég. étr.*, 1891, p. 262).

(4) Dans les colonies anglaises et aux Etats-Unis, la nécessité pour les enfants qui veulent se marier d'obtenir le consentement de leurs parents cesse même beaucoup plus tôt, par exemple à 18 ans pour les garçons et 16 ans pour les filles dans l'Etat de Massachussetts (Loi 18 mai 1894, *An. lég. étr.*, 1895, p. 910). En Nouvelle-Zélande on a élevé cet âge de 14 à 15 ans au cours de l'année 1895.

l'Italie et les cantons suisses, au contraire, ont, comme la France, une majorité spéciale et retardée pour le mariage ; du moins la nécessité des actes respectueux cesse-t-elle lorsque ladite majorité est atteinte. Le Code civil espagnol exige des fils de famille, quel que soit leur âge, qu'ils demandent l'avis de leurs parents avant de se marier (1).

§ II. — Qui exerce la puissance ?

La puissance paternelle apartient aux deux époux, telle est la règle presque universellement suivie ; mais, en général aussi, le rôle de la mère se réduit à une simple influence morale tant que le mariage subsiste et que le père ne devient pas incapable, en fait ou en droit, d'exercer son autorité. Il en est ainsi en Russie, en Hongrie, en Suisse, en Belgique, en Suède, en Italie et en Espagne. Toutefois le Code civil portugais, art. 138, et le nouveau Code allemand associent la mère à son mari dans l'exercice même de l'autorité : elle doit être consultée sur tous les actes intéressant le gouvernement de la personne de l'enfant, sauf, en cas de dissentiment, à devoir s'incliner devant l'avis du père. En Autriche, le droit d'éducation appartient au père seul ainsi que la faculté de consentir au mariage de l'enfant (2), mais les deux époux partagent le droit de correction et ont un égal pouvoir quant au choix d'une profession pour lui. Dans les provinces baltiques et en Allemagne, la mère peut au moins recourir aux tribunaux quand elle est en désaccord avec son mari. En fait, il en est de même aujourd'hui en Angleterre où la femme mariée, libre de signaler à la Chancellerie les abus de pouvoir du père, sinon par elle-même du moins par un « prochain ami » jusque en 1886, et depuis lors directement en qualité de tu-

(1) Rappelons une observation déjà faite, à savoir qu'en l'absence de certains procédés sanctionnateurs admis en France, beaucoup de législations consacrent une très grande liberté pour le père dans la disposition de sa fortune personnelle et par là même un puissant moyen d'assurer son autorité.

(2) *Sic* en Angleterre quant à ce dernier point.

trice légale, se fera à l'occasion confier la garde de ses enfants jusqu'à leur 7e et même leur 16e année (1).

Le père vivant encore est-il incapable, empêché ou déchu, la suppléance de la mère, qu'on induit en France des nécessités pratiques, est explicitement consacrée dans la plupart des législations étrangères, notamment dans le nouveau Code civil allemand qui toutefois réserve au père la jouissance légale. Par exception à la règle générale, les lois de l'Autriche, de la Hongrie et du canton de Glaris font en pareil cas nommer un tuteur au mineur.

Quand le père vient à mourir, la mère a l'exercice de la puissance, c'est un point universellement admis (2), sauf à être privée parfois de la jouissance légale (3). S'il y a divorce et qu'il soit prononcé contre le père, le droit d'éducation passe *de plano* à la mère d'après la loi autrichienne. Le Code civil allemand, consacrant une règle très rationnelle, confie, en cas de divorce, la garde des enfants et le soin de leur personne à celui des conjoints en faveur de qui la sentence est rendue; si le divorce est prononcé aux torts des deux époux, les filles sont confiées à la mère, les fils à elle aussi jusqu'à 6 ans puis ensuite au père. Du reste une décision différente est licite de la part des juges qui doivent s'inspirer avant tout de l'intérêt de l'enfant.

A l'étranger la puissance paternelle n'a pas le plus souvent le caractère d'incessibilité absolue que nous avons noté en France. En Angleterre, le père délègue valablement, en vertu d'une convention obligatoire pour lui, partie de son autorité à la mère ou à un tiers quelconque, le maître d'école par exemple. De même la loi prussienne du 5 juillet 1875 autorise la cession faite par lui à un tuteur. Nous avons déjà vu qu'en Allemagne et en Hongrie notamment, les futurs

(1) Loi du 24 avril 1873.

(2) *Contra* cependant la législation du canton de Glaris qui, en présence de la mère veuve, fait nommer un tuteur chargé de veiller même sur la personne des enfants mineurs.

(3) Loi du 20 mai 1891 à Genève : si la mère se remarie et que la tutelle ne lui soit pas conservée.

époux peuvent insérer à leur contrat de mariage des stipulations relatives à l'éducation religieuse des enfants en cas de mariage mixte, stipulations parfaitement légales et obligatoires.

§ III. — Limitations et fin de la puissance paternelle.

L'autorité des parents cesse dans la plupart des contrées en cas de mort des deux parents ou de l'enfant, en cas de majorité, mariage ou émancipation de celui-ci. L'Italie, l'Espagne et le Portugal, la Grèce, la Belgique, la Hollande, la Norwège (où l'émancipation résulte pour l'enfant du choix de la profession de marin), l'Allemagne, le Danemark, la Suisse, la Pologne et les provinces baltiques, l'Autriche, la Hongrie et les pays slaves du sud suivent cette doctrine. Notons seulement que l'âge de la majorité varie, dans ces divers pays, de 18 à 24 ans (1) et de plus qu'en Autriche, en Hongrie et aux pays slaves la minorité peut être prolongée par autorité de justice.

A ces causes d'extinction, le Code espagnol ajoute le second mariage de la mère veuve et, avec la loi grecque, l'adoption de l'enfant par un tiers. La loi du canton de Fribourg y joint de son côté l'interdiction, la faillite et l'absence prolongée du père ; celle du canton de Glaris la nomination du fils à certaines fonctions. Dans la législation particulière de la Prusse, l'émancipation n'est possible qu'à compter de la 20e année et, si de la part de l'enfant le fait de quitter la maison paternelle fait alors cesser la puissance du père, il en est autrement de son mariage en ce qui concerne du moins les fils.

En Angleterre et en Ecosse où la puissance paternelle proprement dite cesse à la 14e année de l'enfant, époque de sa puberté, pour demeurer jusqu'à ses 21 ans ou son mariage un simple droit de contrôle sur sa personne, le seul mode d'é-

(1) 18 ans en Danemark (sauf pour le mariage), 21 en Norwège, 24 en Allemagne, en Autriche et en Hongrie.

mancipation reconnu est le mariage. A l'opposé, l'autorité paternelle est perpétuelle en Russie et ne cesse que s'il y a mort de l'enfant ou des parents, ou encore en cas de dégradation civique encourue par ces derniers quand leur descendance ne les accompagne pas au lieu où ils subissent leur peine. La législation brésilienne ignore aussi l'effet extinctif de la majorité: mettent seuls fin d'après elle à l'autorité du père sur le fils la mort, l'engagement, soit de l'un, soit de l'autre, dans un ordre religieux, l'annulation du mariage des parents et l'émancipation expresse, tacite ou forcée de l'enfant (1).

Toutes ces législations s'accordent du reste en principe pour limiter l'autorité des parents qui agissent au rebours de leurs devoirs essentiels et pour organiser sur leurs actes le contrôle de la justice ou d'une autorité publique quelconque (2). Beaucoup d'entre elles aussi, pour ne pas dire toutes, admettent la possibilité d'une déchéance prononcée contre eux quand ils ont à se reprocher des faits graves préjudiciables aux intérêts de l'enfant. Laissant de côté pour le moment la question de déchéance proprement dite, nous devons constater la supériorité des législations étrangères par rapport à la nôtre au point de vue des limitations et du contrôle de l'autorité paternelle; seules, la Belgique, la Roumanie et la Pologne s'en sont tenues aux règles de notre Code civil. Il faut distinguer néanmoins, car les nations sur ce point se séparent en deux groupes profondément dissemblables: dans l'un, l'enfant est très largement protégé au détriment de l'autorité paternelle assimilée ou à peu près à la tutelle et nous avons, dans les chapitres précédents, protesté contre l'introduction en France de pareils principes contraires à nos mœurs et à nos traditions nationales; dans l'autre, l'intervention des magistrats en matière d'exercice de la

(1) Voir, sur les divers cas d'émancipation tacite ou forcée, la communication précitée du baron d'Ourem (session extraordinaire, p. 163 et suiv.).

(2) Voir, pour les détails, M. Pradines, *Limites apportées à la puissance paternelle* (*Bull. légis. comp.*, 1879-1880, t. IX, p. 113 et suiv.).

puissance paternelle est admise encore, mais, à titre exceptionnel et répressif surtout, en cas d'abus constatés.

Le premier groupe, comprenant les législations d'origine germanique (Angleterre, Ecosse, Suède, Norwège et Danemark, Suisse, Allemagne, Autriche; il y faut joindre aussi quoique d'origine différente les lois de Hongrie et de Serbie), considère avant tout la puissance paternelle comme un pouvoir de protection. Aussi y voit-on organisés, au-dessus et le plus près possible des parents, des pouvoirs tutélaires, autorités ou juridictions le plus souvent spéciales, qui les assistent obligatoirement pour les actes importants concernant les mineurs, parfois même pour les simples actes d'administration (1), et sont toujours prêts à les suppléer dès que les intérêts de l'enfant le réclament. Tel est le rôle de la justice de paix du cercle, de la direction des orphelins ou de la municipalité, sous le contrôle, soit de la direction de la justice, soit du conseil du district, en Suisse (2); du préfet en Danemark; de la justice de paix d'après le Code civil allemand unifiant la pratique antérieure (3), des tribunaux de comtés et des cours de juridiction sommaire qui, en Angleterre, ont remplacé dans cette fonction la cour *of Chancery* depuis 1886 (4); ailleurs des tribunaux de tutelle; en Norwège, de la commis-

(1) Cantons suisses de Glaris et Fribourg, Hongrie d'après la loi xx de 1877. La loi de Glaris qualifie tutelle paternelle le pouvoir du père.

(2) Eugène Gaulis, communication à la Société de législation comparée, session extraordinaire de 1889, p. 234 et suiv. *Adde*, à Neuchâtel, lois du 23 mars et du 27 avril 1889, *An. lég. étr.*, 1889, p. 694.

(3) Voir les lois des 25 juillet 1879, 13 février 1880, 6 avril 1887 (*An. lég. étr.*, 1879, p. 251, 1880, p. 178, 1887, p. 372), pour les villes hanséatiques; la loi du 11 juin 1887 (*An. lég. étr.*, 1887, p. 359), pour le grand-duché de Hesse; celle du 5 juillet 1875 (*An. lég. étr.*, 1875, p. 421), pour la Prusse; celle du 18 juillet 1890 pour l'Alsace-Lorraine. Voir aussi, sur le droit saxon et bavarois, Pradines, *Bull. légis. comp.*, t. IX, p. 157-160.

(4) Voir Barclay, session extraordinaire de 1889, p. 193 et suivantes; Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, 1885; Pradines, *op. cit.*, p. 171. *Acts*, 21 août 1871, 15 août 1876, 12 août 1885, 10 août 1866, 14 août 1866, 2 août 1880, 26 et 30 août 1889, 21 août 1894, remplaçant et complétant celui du 26 août 1889, le *children's charter*. Une règle analogue existe en Australie, depuis 1894, par exemple dans la Nouvelle-Galles du Sud.

sion des pauvres, composée de pasteurs et de notables : de la Zadrouga en Serbie.

En Prusse, le juge unique constituant le tribunal de tutelle pouvait être saisi par l'enfant en désaccord avec son père sur le mode d'éducation à lui faire donner ; il était en droit, depuis la loi du 13 mars 1878, de placer, sauf appel de sa décision, dans une famille présentant certaines conditions le mineur de 6 à 12 ans auteur d'un acte punissable, il devait toutefois préalablement entendre les parents ou autres représentants légaux du coupable, les maires et agents de la police locale. Aujourd'hui, le Code civil allemand autorise le juge à enlever aux parents convaincus d'abus de puissance la garde de leurs enfants ou tel autre attribut qu'il jugera nécessaire, à l'exception de la jouissance légale. L'autorité tutélaire hongroise a d'une façon absolue la même faculté, après audition des parents proches et sauf appel aux tribunaux (1). Le tribunal de tutelle autrichien prive du droit de garde le père oublieux de ses devoirs et confie l'enfant, aux frais de son auteur, à une autre famille. Le chef de la Zadrouga ou communauté serbe a le pouvoir de contraindre, même par les voies judiciaires, un parent à remplir ses obligations d'entretien et d'éducation envers ses enfants jusqu'à 21 ans pour les garçons et jusqu'au mariage pour les filles. L'Autriche, la Hongrie et la Serbie admettent encore la suspension de la puissance à titre de peine. Dans les cantons suisses, en dehors de Genève, l'autorité cantonale est le subrogé tuteur né des mineurs et contrôle toutes les décisions des pères comme des tuteurs ; elle transfère discrétionnairement des parents à un tiers la garde d'un enfant et les pouvoirs sur lui, il y a là pour ce tiers, dans la Suisse allemande, une charge obligatoire (2). Même règle, sauf sur ce dernier point, dans la Grande-Bretagne, où tout mineur de 16 ans

(1) Loi du 4 juillet 1877 (*An. lég., étr.*, 1878, p. 284).

(2) Voir Pradines, *Limites apportées à la puissance paternelle* (*Bull. législ. comp.*, 1879-1880, t. IX, p. 139-151). — *Contra*, pour Genève, loi 20 mai 1891, art. 33 (*An. législ. étr.*, 1892, p. 729).

est valablement soustrait par les tribunaux de police à la garde de parents indignes: il est ensuite soit placé, aux frais de ceux-ci, dans une maison d'éducation préventive ou correctionnelle, dans une école industrielle ou de réforme, suivant qu'il est déjà ou non délinquant, soit confié à une société privée ou à un particulier. La mère anglaise peut d'ailleurs toujours faire intervenir le tribunal du comté dans ses démêlés avec son époux quant à la garde et à la surveillance d'un enfant commun et se faire attribuer ces droits.

Ces décisions, dans les divers pays précités, sont possibles à rendre même d'office en général. Dans tous les cas, nombreuses sont les personnes qui ont la faculté de les provoquer (1), la mère figure naturellement en première ligne. En Angleterre (2), depuis la loi du 26 août 1889 modifiée et complétée par celle du 17 août 1894 (3), une société privée (4), un particulier quelconque qui dénoncera sous serment à un magistrat les faits de sévices qu'il a constatés contre un mineur de 16 ans obtiendra contre les parents un mandat d'amener l'autorisant à conduire l'enfant victime dans un lieu de sûreté jusqu'à ce qu'il soit statué sur son sort par la justice; le concours de la police lui est acquis. Tout constable, sur la simple présomption de semblables délits, peut enlever l'enfant à ses gardiens et provoquer de la Cour des juridictions sommaires les décisions que comportent les circonstances (5).

(1) La mère, un parent, le conseil communal, la commission scolaire, un établissement public de charité, parfois un particulier quelconque ou une société privée.

(2) *Sic* en Autriche.

(3) *An. lég. étr.*, 1890, p. 25, 1895, p. 156.

(4) La *national society for preventing cruelty to children* a signalé en 5 ans 11.690 cas d'indignité relatifs à 24.583 enfants. Le budget de cette société était, en 1889, de 95 000 francs, il atteint 1.674.375 francs en 1896; le nombre de ses inspecteurs a passé, de 10 à 137. L'Etat de la Louisiane a suivi cet exemple (Loi 7 juillet 1894, *An. lég., étr.*, 1895, p. 908) et armé des mêmes pouvoirs la société *La Louisiana*.

(5) Grâce au tact et à l'habileté des agents de l'autorité et aux mœurs anglaises, les résultats de la loi du 26 août 1889 ont été excellents. Sur 47.000 plaintes formées jusqu'en 1894, 5.000 seulement avaient été reconnues sans fondement, 28.000 ont été suivies d'avertissements (*Warnings*) aux parents,

Les tribunaux règlent souverainement tout ce qui concerne la garde de l'enfant. De plus, si des mauvais traitements ou des violences (*ill-treatement, assault*) ont été commis contre lui, l'article 1er de la loi de 1894 détermine les peines à prononcer contre leur auteur : amende, emprisonnement, servitude pénale avec un maximum de cinq ans; si le gardien est un ivrogne d'habitude, l'article 11 permet de le placer dans un des lieux de retraite prévus par les lois sur l'ivresse de 1879 et 1888. Aux Etats-Unis, dans les Etats de New-York et de Massachussetts en particulier, toute personne pourvoyant aux besoins d'un enfant est autorisée à réclamer le montant de ses débours aux parents sous la sanction de la contrainte et, dans le second de ces Etats, la cour des testaments, lorsqu'elle enlève la garde d'un enfant à son père, oblige légalement ce dernier à contribuer à l'entretien du mineur dans la proportion et aux époques qu'elle précise (1).

Le second groupe de législations auquel nous avons fait allusion plus haut comprend le Portugal, l'Espagne, l'Italie, la Grèce, les Pays-Bas et la Russie. La loi grecque autorise expressément les tribunaux à priver les parents indignes de la garde de leurs enfants. Au Portugal, contre le père condamné pour abus commis dans l'exercice de ses pouvoirs, la privation à temps ou à perpétuité de l'exercice de ses droits de puissance paternelle est prononcée par la justice à la requête du ministère public ou de la famille. Le Code civil espagnol autorise les juges à enlever la jouissance légale aux parents convaincus de mauvaise gestion et à prendre, quant à la personne du mineur, toutes les mesures nécessaires si le père se rend coupable à son égard de mauvais traitements ou de corruption. En Russie, le tribunal des orphelins a qualité pour permettre à l'enfant d'abandonner la maison paternelle en

---

il y a eu enfin 5.792 poursuites avec 5.460 condamnations. Le nombre des récidivistes est infime. Voir P. Nourrisson, *La question des enfants martyrs et la protection des femmes à Londres* (1897), extrait du *Correspondant*.

(1) Loi 28 mars 1891.

cas d'inconduite notoire de ses auteurs et pour prononcer sur le conflit né entre père et fils quant au choix d'une profession pour celui-ci ; la loi pénale punit d'ailleurs de 4 à 16 mois de prison les parents qui obligent un enfant à contracter mariage ou à entrer dans un couvent. Le Code italien enfin est le plus large du groupe pour admettre le contrôle des tribunaux sur l'exercice de l'autorité paternelle et le plus protecteur pour le mineur. Le président du tribunal peut, par ordonnance non motivée et après enquête, éloigner l'enfant du domicile paternel, même à titre préventif, si tel est son intérêt; le tribunal a de plus la faculté, en cas d'abus de pouvoir du père ou de négligence par lui de ses devoirs, de nommer un tuteur à la personne de l'enfant ou un curateur à ses biens et de prendre toutes les mesures nécessitées par la situation. Mais jamais, pas plus en Italie que dans les autres pays précités, l'autorité judiciaire n'intervient d'office, elle doit être saisie soit par le ministère public soit par un membre de la famille. Le législateur lui-même (c'est la caractéristique de ces législations) limite soigneusement les cas d'intervention de la justice qui, au contraire, dans les pays germaniques, exerce librement son contrôle, sans autre barrière que les recommandations de l'autorité supérieure et surtout les mœurs nationales.

A un autre point de vue encore dont nous n'avons pas parlé jusqu'ici, les deux groupes se distinguent grandement. Dans le premier, la déchéance de la puissance paternelle est admise d'une manière très large et rien n'est plus logique dès lors qu'on y voit un pouvoir de protection assimilable à la tutelle. En dehors des cas graves où elle a lieu de plein droit, elle est prononcée facultativement pour des causes nombreuses et très souvent en dehors de toute condamnation des parents ; elle l'est toutes les fois que l'intérêt de l'enfant le demande (1) : l'autorité du père est un pouvoir de protection toujours sus-

(1) Seulement en plusieurs pays, notamment dans les cantons suisses, la déchéance facultative ne peut être provoquée que par certaines personnes limitativement énumérées.

ceptible de réduction par le juge, elle doit même disparaître dès lors qu'elle ne remplit plus son but pour céder la place à l'autorité sociale. Telle est la règle adoptée en Angleterre, en Allemagne, en Autriche-Hongrie, en Suisse et dans la Serbie, toutes les fois que, par son indignité ou son incapacité, le père compromet la santé, l'intelligence ou la moralité de l'enfant (1). Bien qu'il n'existe pas de texte semblable dans le droit roumain, la jurisprudence consacre néanmoins une solution semblable. Du reste, perdant ses droits, le père n'est pas affranchi de ses devoirs et, tout déchu qu'il est, est tenu en principe de supporter les frais occasionnés par l'enfant. La restitution de l'autorité est possible à charge par le parent demandeur de prouver que les causes ayant provoqué sa déchéance ont disparu. Mais, d'abord, on lui impose en général un temps d'épreuve à compter de la sentence qui l'a frappé (2) ; de plus les tribunaux ont un pouvoir absolu de décision et rejettent la requête s'ils le jugent préférable pour l'enfant (3) ; enfin il y aura parfois des droits acquis aux tiers gardiens, particuliers ou administrations tant publiques que privées de bienfaisance, droit à une indemnité toujours, puis même droit sur l'enfant. A New-York par exemple (4), toute personne qui recueille un mineur abandonné et se charge de le nourrir et de l'entretenir peut l'adopter, et, dès

(1) Voir, comme documents législatifs les plus récents sur la question, la loi du 23 mars 1889 du canton de Neuchâtel, art. 60-80, et celle du 20 mai 1891, à Genève, art. 20-30 (*An. lég. étr.*, 1890, p. 691 et suiv, 1892, p. 729). — Dans tous les pays que nous venons de citer du reste, remarquons qu'en dehors des cas où elle a lieu de plein droit, la déchéance n'est qu'une des solutions offertes au juge libre toujours de ne s'en prendre qu'à un ou à quelques-uns des attributs du père.

(2) Un an à Neuchâtel, deux à Genève.

(3) Voir en ce sens le *Custody of children act* du 26 mars 1891 en Angleterre (*An. lég. étr.*, 1892, p. 14). L'article 4 de cette loi porte toutefois que la cour, refusant la remise de l'enfant, peut néanmoins ordonner qu'il sera élevé dans la religion que son père a le droit de lui faire suivre, sauf à lui de se prononcer plus tard lui-même à ce sujet.

(4) Ch. 58, approuvé le 13 mars 1889, modifiant le ch. 830 des lois de 1873 (*An. lég. étr.*, 1890, p. 922).

lors, les parents perdent le droit de le réclamer tout comme s'ils avaient donné leur consentement à l'adoption.

Dans le groupe latin, les déchéances sont plus ou moins larges, mais le juge doit attendre pour agir qu'il y ait eu abus de pouvoir et abus prévu par la loi, on part du point de vue répressif. De plus la déchéance est réservée pour des cas graves et résulte presqu'exclusivement de condamnations pénales; elle est alors forcée, c'est le système français du tout ou rien. Telle est la solution du Code pénal belge de 1867 (art. 378-382) et du Code pénal néerlandais de 1881 (art. 28-30). En Grèce, l'inceste et l'excitation d'une fille à la débauche entraînent la déchéance. Le Portugal dans son Code civil de 1880 (art. 138 et 141), l'Espagne depuis 1888 (1), (C. civ., art. 154 et suiv.), admettent aussi la possibilité de cette pénalité dans des hypothèses déterminées. L'Italie elle-même suit cet exemple dans son Code pénal du 30 juin 1889 (art. 223, 331 et suiv., 349) : la puissance paternelle disparaît de plein droit par l'effet de certaines condamnations de son titulaire (condamnations à l'ergastule ou à la réclusion par exemple), et, si nous avons vu par ailleurs les grands pouvoirs attribués aux tribunaux par cette législation, nous savons du moins qu'un nombre restreint de personnes, les parents ou le ministère public seuls, ont le droit de provoquer leurs décisions.

Avant de quitter ce sujet des limitations apportées à la puissance paternelle, rappelons que, dans la seconde moitié de ce siècle principalement, de nombreuses dispositions législatives ont, dans les divers pays, posé et sévèrement sanctionné des prescriptions et des interdictions diminuant les pouvoirs des pères en vue de protéger les intérêts, surtout les intérêts moraux, de l'enfant. Citons par exemple l'obligation pour les parents de faire vacciner leurs enfants (2) et de

(1) En cas d'abus du droit de correction, de prostitution d'une fille, de séparation de corps prononcée contre le père.

(2) Loi anglaise des 10-14 août 1866.

leur faire donner au moins l'instruction primaire (1), l'interdiction d'employer les mineurs avant un certain âge à des exercices dangereux de gymnaste ou d'acrobate (2), à la vente de menus objets sur la voie publique (3), à la mendicité (4) ou de les maintenir dans les locaux destinés à la vente des liqueurs pendant la nuit (5). Mentionnons encore la limitation des heures de travail pour les mineurs dans l'industrie et la prohibition, en ce qui les concerne (6), des travaux trop péni-

(1) Loi anglaise du 26 août 1880 (*Ann. lég. étr.*, 81, p. 21). Loi suédoise du 1er juin 1883. En Belgique, loi du 20 sept. 1884 (*Ann. lég. étr.*, 85, p. 492). En Hollande, loi du 8 déc. 1889 (*Ann. lég. étr.*, 90, p. 568). En Suisse, lois du 9 mai 1889 pour le canton de Vaud, du 21 mai 1890 pour Neuchâtel, du 8 nov. 1890 pour Zurick, du 6 mai 1894 pour Berne (*Ann. lég. étr.*, 91, p. 661, 646, 668 ; 95, p. 606). Aux Etats-Unis, loi du 28 mai 1891 et ch. 671 de 1894 pour New-York (*Ann. lég. étr.*, 92, p. 947 ; 95, p. 919).

(2) Lois italienne et belge des 21 déc. 1873 et 28 mai 1888. Aux Etats-Unis, lois de New-York, mai 1892, et de la Louisiane, 15 juill. 1892 (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 921, 901). Loi anglaise du 17 août 1894, art. 2 (*Ann. lég. étr.*, 95, p. 158).

(3) Ordonn. 27 janvier 1892 pour Lubeck (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 293). Loi anglaise précitée du 17 août 1894.

(4) Lois italienne et belge des 21 déc. 1873 et 28 mai 1888. Loi de juill. 1892 pour la Louisiane (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 901). Loi anglaise précitée du 17 août 1894. Dans le même ordre d'idées, la loi anglaise du 29 mars 1892 (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 6) punit le fait d'exciter un mineur à emprunter de l'argent.

(5) Loi 1er oct. 1893 pour le canton de Saint-Gall (*Ann. lég. étr.*, 94, p. 557). Loi anglaise précitée du 17 août 1894, art. 2.

(6) Lois danoise du 23 mai 1873 et espagnole du 24 juill. 1873 (*Ann. lég. étr.*, 74, p. 330). Loi fédérale suisse, 23 mars 1877. Lois anglaises du 27 mai 1878, résumant les nombreux bills rendus depuis 1802 (*Ann. lég. étr.*, 79, p. 15) et du 28 juin 1892, *shop hours act*, (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 6). En Suède, loi du 1er juin 1883. En Autriche, loi du 8 mars 1885 (*Ann. lég. étr.*, 86, p. 184); le premier document sur la matière y date du 17 février 1787. Loi russe du 3 juin 1885 et avis du conseil de l'Empire approuvé par l'empereur le 24 avril 1890 (*Ann. lég. étr.*, 86, p. 557, et 91, p. 693). En Italie, loi du 11 fév. 1886 et décret du 8 avril 1888 (*Ann. lég. étr.*, 87, p. 395, et 89, p. 511). Aux Etats-Unis, lois des 25 mai 1887 et 18 mai 1892 pour New-York (*Ann. lég. étr.*, 88, p. 882, et 93, p. 923); des 1er juill. 1886 et 15 juill. 1892 pour la Louisiane (*Ann. lég. étr.*, 87, p. 786, et 93, p. 901); du 17 juin 1891 pour l'Illinois (*Ann. lég. étr.*, 1892, p. 937); du 3 juin 1893 pour la Pensylvanie (*Ann. lég. étr.*, 94, p. 806). Loi néerlandaise du 5 mai 1889 et arrêté royal du 11 août 1892 (*Ann. lég. étr.*, 93, p. 494). Loi du 13 déc. 1889 en Belgique (*Ann. lég. étr.*, 90, p. 515). Décret n° 1313, du 17 janv. 1894, au Brésil (*Ann. lég. étr.*, 95, p. 1007).

bles, ou de nuit, la fixation d'un jour de repos hebdomadaire (1), etc.

SECTION II. — *Puissance paternelle sur les enfants naturels reconnus.*

La réglementation des rapports entre parents et enfants naturels varie beaucoup suivant les législations. Quelques-unes adoptent les mêmes principes que le Code civil français : telles les lois belge et hollandaise qui accordent au père les mêmes droits qu'à l'égard de l'enfant légitime sauf la jouissance légale sur les biens ; telle la loi du 20 mai 1891 pour le canton de Genève (2) ; tel aussi le Code civil italien avec cette remarque qu'il appelle tutelle légale cette autorité des parents naturels (3). Le Code espagnol confère également aux parents naturels et au père en principe la puissance sur les enfants légalement reconnus ; il leur attribue même les droits d'administration et de jouissance légales comme vis-à-vis d'enfants légitimes, à charge par eux de fournir un cautionnement arbitré par le juge pour garantir l'exactitude de leur gestion.

Dans les législations anglo-saxonnes au contraire (Angleterre, Allemagne, Autriche, Suède, Suisse allemande, Etats-Unis), auxquelles il faut joindre la Russie et le Brésil, la question est réglée tout différemment. Au Brésil, sauf légitimation par mariage subséquent, les enfants naturels même reconnus sont sous la juridiction exclusive de l'autorité tutélaire (4). Le Svod russe dénie aux enfants naturels tout rap-

(1) Lois fédérale suisse du 23 mars 1877, anglaise du 27 mai 1878, belge du 13 déc. 1889, précitées. Avis du Conseil de l'Empire russe du 24 avril 1890. Décret portugais du 14 avril 1891 et loi hongroise du 14 avril 1891 (*Ann. lég. étr.*, 1892, p. 412 et 531). Loi allemande d'avril 1892. Décret brésilien du 17 janvier 1894.

(2) *Ann. lég. étr.*, 1892, p. 727.

(3) Rapport de M. Fossa Mancini à la Soc. de lég. comp., sess. extr. de 1889, p. 206.

(4) Rapport de M. le baron d'Ourem, *ibidem*, p. 135.

port juridique avec leurs auteurs au nom et aux biens desquels ils n'ont aucun droit; seulement, pour la masse de la nation russe, des usages plus indulgents (1) confèrent à l'enfant naturel demeuré dans la maison de son père un droit héréditaire égal à celui des enfants légitimes. En Suède, le père n'a de pouvoirs sur son fils illégitime que s'il l'élève lui-même chez lui; sinon il n'a aucun droit mais seulement le devoir de subvenir à son entretien et à son éducation d'après l'état social de la mère jusqu'à ce que ledit mineur se puisse suffire à lui-même (2). D'après les lois autrichienne et prussienne, l'enfant naturel est en tutelle dès sa naissance et peut réclamer des aliments à ses parents; la loi du 5 juillet 1875 en Prusse désigne comme tuteur légal le père de la mère naturelle, cette dernière conserve d'ailleurs toujours la garde de l'enfant si elle en exprime le désir et l'élève convenablement. Le nouveau Code civil allemand place l'enfant dans la famille de sa mère sans attribuer à celle-ci la puissance paternelle; vis-à-vis du père la filiation naturelle produit seulement un empêchement à mariage et, pour l'enfant, une créance alimentaire jusqu'à sa 14e année. Dans les canton suisses de Vaud et de Fribourg, les tribunaux décident souverainement auquel de ses deux auteurs l'enfant naturel sera confié: le gardien est dès lors tenu de pourvoir à l'entretien du mineur tant que celui-ci n'est pas en âge de subvenir seul à ses besoins, il n'a aucun droit sur ses biens et exerce la fonction éducatrice sous le contrôle des autorités communales. A Glaris, l'enfant, entretenu aux frais du père, appartient à la mère dont il prend le nom et la bourgeoisie. L'enfant illégitime anglais, placé sous la surveillance des *wards of chancery*, ne peut jamais acquérir de parenté légale avec ses auteurs, fussent-ils unis plus tard par les liens du mariage; il n'a droit qu'à une créance alimentaire contre son père de 325 fr. par an jusqu'à sa 16e année; la mère, jusqu'au

(1) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, p. 431.

(2) Rapport de M. d'Olivecrona à la Soc. de lég. comp., sess. extraord. de 1889, p. 190.

même âge, le doit traiter comme un membre de sa famille et a le droit de garde sur lui. La situation est sensiblement la même aux Etats-Unis, la mère conservant l'enfant et ayant droit de réclamer au père une pension alimentaire annuelle pendant dix années; dans certains Etats toutefois, le mariage subséquent emporte légitimation.

La légitimation résulte très généralement du mariage ultérieur entre les parents naturels. Elle est de plus possible par testament en Portugal, par déclaration judiciaire au Danemark, par rescrit du prince en Autriche, en Allemagne et en Italie.

Section III. — *Rôle de la Société à l'égard des enfants moralement ou matériellement abandonnés.*

L'intervention de la Société dans l'œuvre de l'éducation et de la moralisation de la jeunesse malheureuse ou même coupable a été admise dès longtemps dans les pays étrangers; les *industrial schools* comme les *reformatories* de l'Angleterre et des Etats-Unis étaient, en 1880, présentés avec raison par M. le pasteur Robin à la Société générale des prisons comme des modèles à imiter en France. L'Angleterre depuis 1854, la Prusse depuis 1878 et 1884, le grand-duché de Bade à partir de 1886 (1) ont légiféré sur la question des enfants moralement abandonnés. Pour le passé, nous nous en référons aux remarquables rapports de M. Roussel au Sénat en 1882 et 1883 (2); nous retenons seulement cette observation que, nulle part à l'étranger, le service prenant soin de ces malheureux n'était alors un service d'Etat: les groupements inférieurs, communes, paroisses, etc., devaient suffire à cette tâche sur leur territoire.

Depuis la loi française de 1889 ce mouvement ne s'est pas ralenti. En Suisse, nous rencontrons, pour Neuchâtel,

(1) *An. lég. étr.*, 1879, p. 143 ; 1885, p. 208; 1887, p. 186.
(2) Sénat, sess. ord, 1882, annexe, n° 451, et 1883, annexes, nos 232, 263.

la loi du 23 mars 1889 (1), art. 13-59, et le Code pénal du 29 mai 1891 : l'assistance n'est pas un droit pour l'enfant indigent mais un devoir social pour la commune tenue subsidiairement et à défaut de parents, sauf recours ouvert contre eux s'ils en ont les moyens, de pourvoir à l'entretien des mineurs abandonnés ou auteurs d'infractions commises sans discernement; ces mineurs sont placés par elle, suivant les cas, dans des établissements d'éducation, des familles honnêtes pour y être préparés à une carrière conforme à leurs aptitudes et à leurs goûts, ou dans des maisons de correction, des établissements de réforme et de discipline. A Genève, une loi sur l'enfance abandonnée du 30 mars 1892 (2) la place sous la protection de l'Etat. A Bâle-ville, la loi du 9 mars 1893 (3) crée des maisons spéciales de correction pour les enfants moralement abandonnés de nature rebelle. Au Brésil, deux décrets des 31 mai et 12 août 1890 (4) organisent l'assistance par l'Etat des enfants abandonnés de 6 à 12 ans. Citons encore les lois rendues en 1893 dans les Etats d'Ontario, Massachussetts et Pensylvanie (5), ces deux derniers autorisant les juges à confier les mineurs abandonnés, orphelins ou incorrigibles, le premier à l'Etat, l'autre, mieux inspiré à notre sens et dont l'exemple a été suivi depuis par la Louisiane (6), à des sociétés charitables.

Mais, parmi ces documents législatifs divers, la loi du 18 juillet 1890 pour l'Alsace-Lorraine (7) nous paraît mériter une place à part par la façon sage et prudente dont elle est conçue. En dehors des cas prévus par l'art. 56 du Code pénal de l'Empire qui permet aux juges d'acquitter un prévenu de 12

(1) *An. lég. étr.*, 1890, p. 691 et suiv.

(2) *An. lég. étr.*, 1893, p. 592. Elle a été complétée par un règlement du 31 janvier 1893 (*An. lég. étr.*, 1894, p. 514).

(3) *An. lég. étr.*, 1894, p. 481.

(4) *An. lég. étr.*, 1891, p. 892. Remarquons cet exemple isolé de l'intervention de l'Etat en cette matière.

(5) *An. lég. étr.*, 1894, p. 900 (*act* XLV d'Ontario), 782 (Loi du 24 avril 1893 au Massachussetts), 794 (Loi du 8 juin 1893 pour la Pensylvanie).

(6) Loi 7 juillet 1894 (*An. lég. étr.*, 1895, p. 908).

(7) *An. lég. étr.*, 1891, p. 317.

à 18 ans en le renvoyant dans un établissement d'éducation ou de correction, la loi précitée détermine les mesures à prendre à l'égard des mineurs moralement abandonnés. Elle pose en principe, dans son article 1er, que l'Etat doit se substituer aux parents dans le cas de nécessité absolue seulement, en présence de faits très graves, d'un péril pressant pour la santé, l'intelligence ou la moralité d'un enfant ou s'il est complètement laissé à lui-même. L'intervention administrative est subordonnée à une autorisation de justice toujours motivée et susceptible d'appel. Comme procédés de moralisation, les mineurs les plus vicieux sont internés dans de grands établissements publics, les autres reçoivent l'éducation isolée dans d'honnêtes familles adoptives ; les frais sont avancés par le Trésor et remboursables sur le patrimoine personnel du pupille ou des personnes tenues de l'entretenir. Cet état de choses dure jusqu'à la 18e année de l'enfant à moins d'une prolongation possible de deux ans par décision de justice ; il peut prendre fin plus tôt provisoirement ou définitivement si les juges estiment que le résultat cherché est obtenu. Cette loi fait une grande place à la religion dans l'éducation de cette jeunesse plus ignorante que perverse.

Il y a là du reste une idée commune à toutes les législations étrangères que nous avons déjà signalée. La loi anglaise du 30 août 1889 (1) nous en fournit un nouvel exemple : donnant de très grands pouvoirs aux tiers gardiens d'enfants abandonnés par leurs parents, elle les oblige du moins à les élever dans la croyance religieuse à laquelle ces mineurs appartiennent et autorise formellement (art. 5 et 6) les divers ministres du culte à visiter et à instruire leurs jeunes coreligionnaires.

(1) *An. lég. étr.*, 1890, p. 28. Voir, dans le même sens, le ch. 54 de 1894 (14 fév.), pour l'Etat de New-York (*An. lég. étr.*, 95, p. 919).

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Rapport de M. R. Dareste sur le concours pour le prix Bordin à décerner en 1897 1

INTRODUCTION. 13

CHAPITRE Ier. — *Coup d'œil historique sur les législations anciennes. — Droit romain. — Coutumes germaniques* . 37

Section Ire. — Droit romain 39

Section II. — Coutumes germaniques. 54

CHAPITRE II. — *Coup d'œil historique sur la législation française antérieure au Code civil* 58

Section Ire. — Ancien droit 58

Section II. — Droit intermédiaire 70

CHAPITRE III. — *La puissance paternelle aux débuts du droit moderne* 75

Section Ire. — Puissance paternelle sur les enfants légitimes 76

§ Ier. — Attributs de la puissance paternelle. 79

A. — Puissance paternelle *stricto sensu*. 80

I. — Droits sur la personne. 81

II. — Droits sur les biens. 87

B. — Puissance paternelle *lato sensu*. 93

§ II. — A qui appartient la puissance paternelle ? . . . 100

§ III. — Limitations et contrôle. 111

§ IV. — Fin de la puissance paternelle. 116

§ V. — La puissance paternelle en droit international privé d'après le Code civil. 120

Section II. — Puissance paternelle sur les enfants naturels . 124

Section III. — Enfants dont les parents sont morts, incapables ou inconnus 129

Section IV. — Résumé critique de la législation 137

CHAPITRE IV. — *Le Code civil appliqué : jurisprudence et pratique.* 154

Section Ire. — Jurisprudence 151
§ Ier. — Contrôle de l'exercice de la puissance paternelle par les tribunaux. 152
A. — Droits sur les biens. 153
B. — Droits sur la personne. 160
a. — Enfants naturels. 161
b. — Enfants légitimes. 163
C. — Décisions rendues entre personnes de statuts personnels différents. 179
D. — Enfants assistés 181
§ II. — Respect dû aux droits des ascendants. 182
§ III. — Droit de disposition du père sur ses propres biens. 186
§ IV. — Limites et appréciation du rôle de la jurisprudence. 195
Section II. — Pratique. 207
I. — Mineurs traduits en justice. 207
II. — Mineurs matériellement ou moralement abandonnés. 209

CHAPITRE V. — *Législation postérieure au Code civil : Limitations de la puissance paternelle.* 220
Section Ire. — Lois relatives aux droits de l'administration gardienne des mineurs. 225
A. — Enfants assistés 226
B. — Mineurs en correction 229
I. — Loi du 5 août 1850. 230
II. — Application de la loi 232
III. — Conséquences de son inapplication 239
Section II. — Lois réglementant la garde et l'éducation des enfants aux mains des préposés des parents. . . . 243
I. — Loi du 22 février 1851 246
II. — Mineurs dans l'industrie 248
III. — Loi du 7 décembre 1874. 255
IV. — Loi du 23 décembre 1874. 257
Section III. — Limitations générales et directes des droits des parents. 261
A. — Caisses d'épargne et de retraites 261
B. — Lois scolaires 264
I. — Principes directeurs des lois récentes sur l'enseignement primaire 267
II. — Appréciation de cette législation 280
C. — Consentement au mariage. 290

CHAPITRE VI. — *Coup d'œil d'ensemble sur les restrictions apportées aux pouvoirs du père. — Résultats obtenus. — Besoins subsistant* 293

CHAPITRE VII. — *Législation postérieure au Code civil : Déchéance de la puissance paternelle. Loi du 24 juillet 1889.* 302
Section Ire. — Travaux préparatoires à la loi de 1889 . . . 304
I. — Proposition Voisin. 305
II. — Proposition Roussel 305
III. — Projet du Gouvernement 309
IV. — Texte voté au Sénat 310
V. — Projet gouvernemental de 1888 318
Section II. — Réformes opérées par la loi du 24 juillet 1889 . 320
§ Ier. — Perte de la puissance paternelle. 322
A. — Déchéance. 323
a. — Causes de déchéance 323
I. — Causes de déchéance obligatoire 323
II. — Causes de déchéance facultative 327
III. — Effets de la loi du 26 mars 1891. 336
b. — Comment la déchéance est-elle encourue? . 338
c. — Portée et effets de la déchéance 343
B. — Dessaisissement. 354
a. — Divers cas de délégation judiciaire 356
b. — Procédure de la délégation judiciaire . . . 364
c. — Portée de la délégation judiciaire 366
C. — Substitution de la cession judiciaire à la déchéance. 367
§ II. — Restitution de la puissance paternelle. . . . 370
I. — Nécessité d'un jugement 370
II. — Conditions et procédure 375
§ III. — Dévolution de la puissance paternelle. . . . 381
A. — Tutelle individuelle. 383
B. — Tutelle administrative et collective. 387
Section III. — Idées directrices de la loi de 1889 405
§ Ier. — Caractère pénal de la loi de 1889. 407
I. — Application limitée aux cas prévus. 409
II. — Indivisibilité d'application. 414
§ II. — Centralisation de la tutelle. 430
Section IV. — Premières applications de la loi du 24 juillet 1889. 438

CHAPITRE VIII. — *La puissance paternelle dans l'avenir.* . . . 445
Section Ire. — Mouvement actuel des idées 446
Section II. — Réforme proposée 458

§ Ier. — Puissance paternelle normale dans la famille légitime : ses attributs. 463
A. — Puissance paternelle *stricto sensu*. 463
a. — Droits sur la personne. 464
b. — Droits sur les biens. 466
B. — Puissance paternelle *lato sensu*. 470
§ II. — Puissance paternelle normale dans la famille légitime : ses limitations. 478
I. — Intervention des tribunaux. 479
II. — Qui la provoquera ? 481
III. — Sanction des infractions. 494
§ III. — Puissance paternelle dans des cas exceptionnels : divorce ou séparation de corps, enfants naturels, enfants abandonnés. 498
A. — Divorce et séparation de corps. 499
B. — Enfants naturels. 500
C. — Enfants moralement ou matériellement abandonnés. 506
§ IV. — Rôle de l'État. 513

CONCLUSION. 519

APPENDICE. — *Législations étrangères* 522
Section Ire. — Puissance paternelle sur les enfants légitimes. 522
§ Ier. — Droits qu'elle comporte. 522
§ II. — Qui exerce la puissance ?. 529
§ III. — Limitations et fin de la puissance paternelle. . 531
Section II. — Puissance paternelle sur les enfants naturels reconnus. 541
Section III. — Rôle de la Société à l'égard des enfants moralement ou matériellement abandonnés. 543

BIBLIOTHÈQUE

IMPRIMÉ

Sur les presses de NOEL TEXIER,



A LA ROCHELLE.