

Université de Paris.
Faculté de droit.
Puissance paternelle et
tutelle à l'égard des
enfants naturels. Thèse
pour le [...]

Izouard, Fernand. Université de Paris. Faculté de droit. Puissance paternelle et tutelle à l'égard des enfants naturels. Thèse pour le doctorat... par Fernand Izouard,.... 1899.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

193
99

8°F
11667



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

PUISSANCE PATERNELLE ET TUTELLE

A L'ÉGARD DES ENFANTS NATURELS



THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 21 novembre 1899, à 1 heure

PAR

FERNAND IZOUARD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. ANDRÉ WEISS.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 { PLANIOL, }

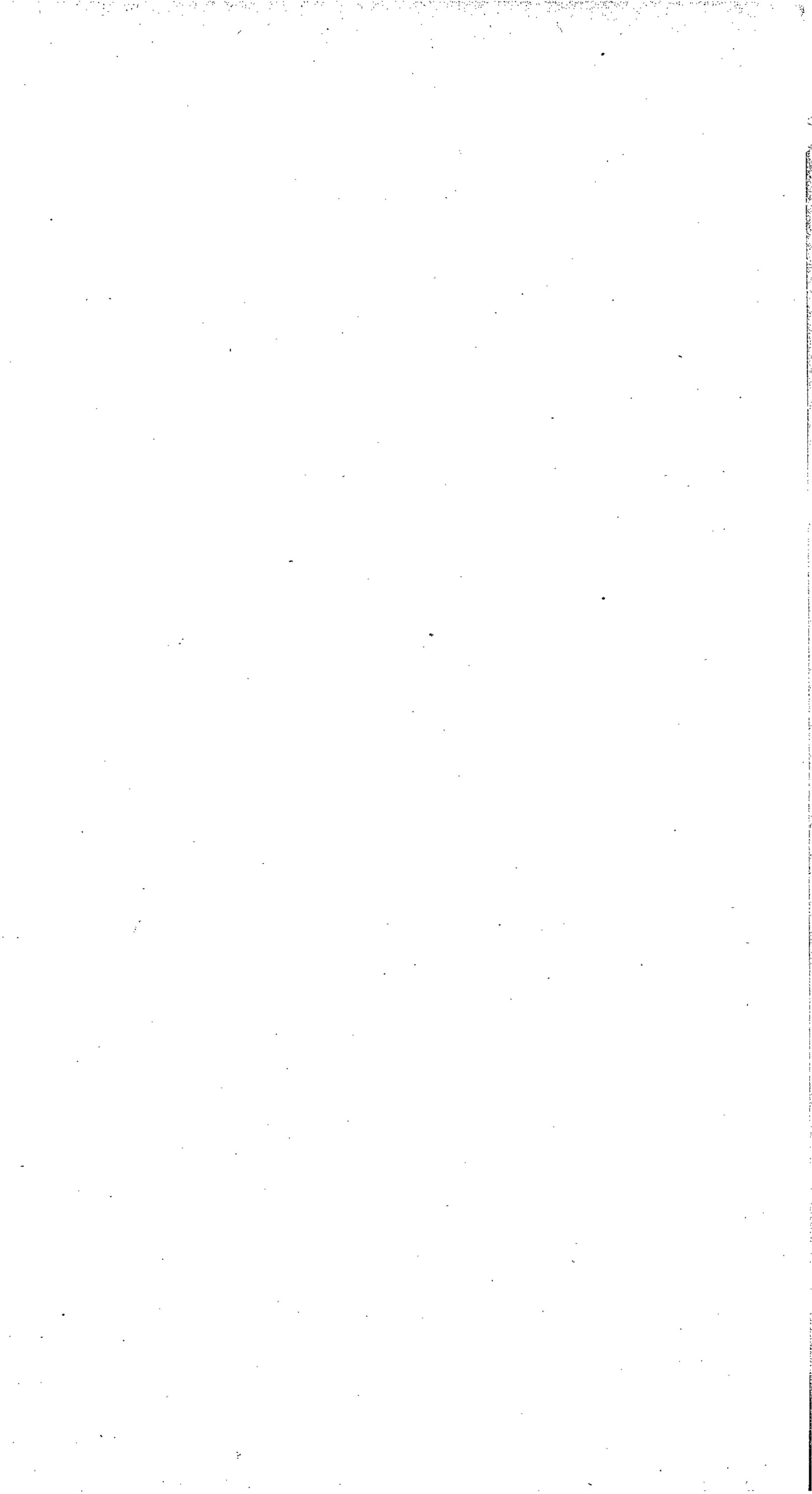
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

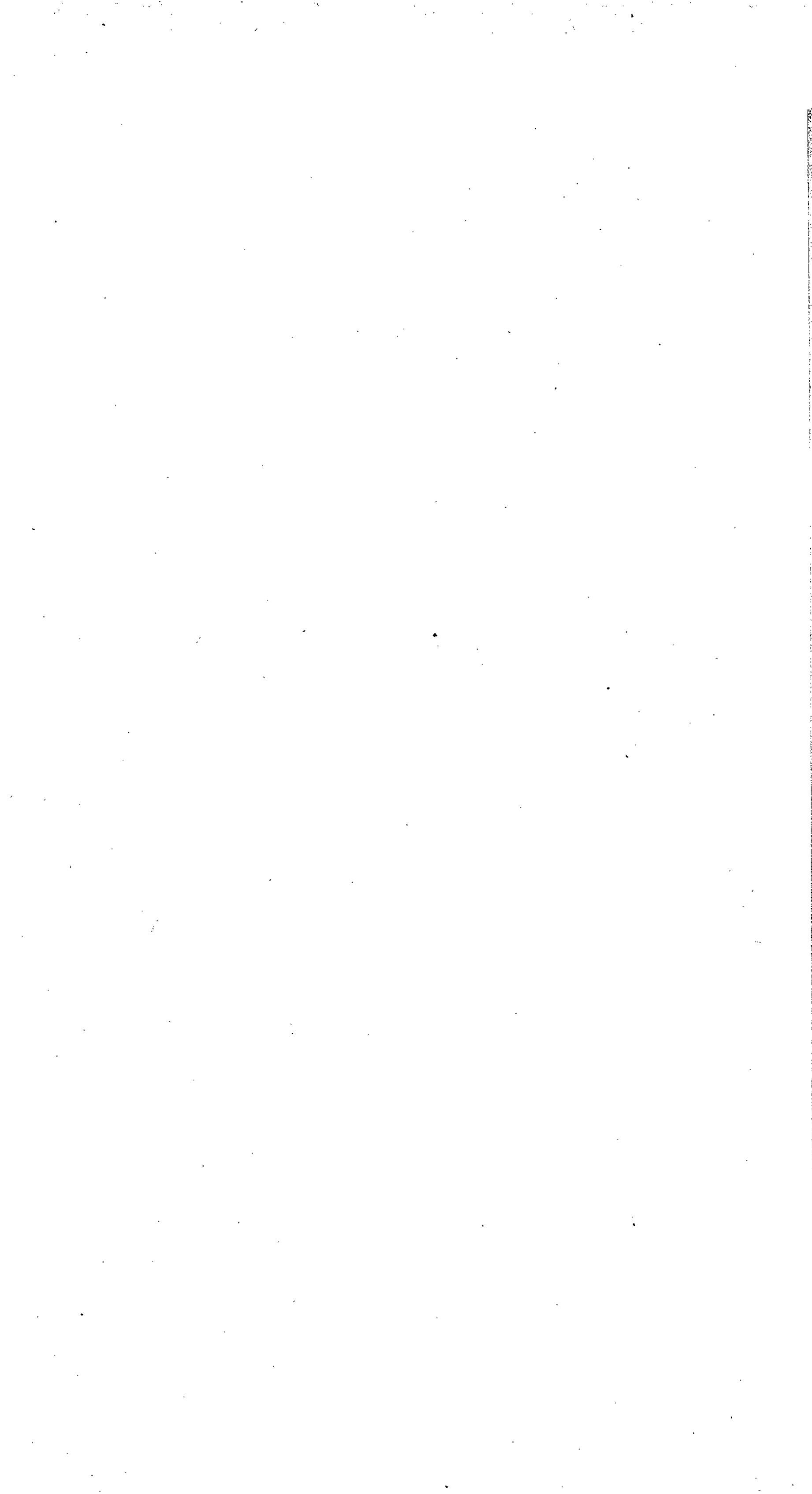
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899



A MES PARENTS



PUISSANCE PATERNELLE EN FEMME

A L'ÉGARD DES ENFANTS NATURELS.

INTRODUCTION.

Le mépris dans lequel la plupart des législations ont longtemps tenu l'enfant naturel n'a cessé de décroître depuis l'antiquité et semble devoir, un jour, définitivement disparaître de nos Codes, où il contredit les plus élémentaires principes du droit naturel.

Toutes les raisons d'utilité sociale qu'on s'est avancées pour justifier la défaveur qui frappe cette catégorie d'enfants ne sauraient prévaloir contre une vérité éternelle : tant les lois et tous les préjugés aujourd'hui abolis : c'est que l'enfant ne peut, dès sa venue au monde, être marqué d'une tache qu'il conservera toute son existence. Tous les privilèges de naissance n'ont été supprimés en 1789 : c'est injustement que le Code civil en a rétabli quelques-uns en faveur des enfants légitimes : et il est profondément regrettable que l'assimilation consacrée par la Révolution entre ces derniers et les légitimes n'ait pas été maintenue dans nos lois.

Personne n'ose contester, cependant, qu'il ne doive y avoir égalité de droits entre tous les enfants, et l'on

convient que « dans l'ordre de la nature, la condition des bâtards et des enfants légitimes est la même parce qu'ils sont enfants du même sang » (1).

Mais, immédiatement, on s'empresse de déclarer que le droit civil a rendu inégale cette condition et a « *imposé une peine au bâtard à raison de la faute du père* ».

Et, malgré l'injustice évidente d'une telle proposition, les auteurs s'accordent généralement à reconnaître que l'intérêt de la société exige qu'on frappe ainsi l'innocent pour punir le coupable, au mépris de ce *principe fondamental* du droit qu'« on ne doit pas faire un mal imérité à une personne humaine » (2).

Y eût-il vraiment un intérêt pour la société à user de tels moyens qu'il nous paraîtrait quand même qu'on dût hésiter à les employer, tant ils comportent d'iniquité et de cruel égoïsme ! Mais encore reste-t-il à prouver qu'ils sont indispensables au bon fonctionnement du mécanisme social. Ainsi que l'enseigne fort justement M. Boistel, un droit ne saurait exister que s'il est à la fois *licite* et *utile*. La raison et les faits démontrent clairement que le *droit des bâtards* n'est ni l'un ni l'autre.

On cherche à protéger par sa sévérité l'institution du mariage et l'organisation des familles (3). Regardons le résultat et demandons-nous si véritablement le mariage et la famille ont bénéficié des mesures destinées à les favoriser.

Est-ce aux époques et chez les peuples où l'on a le

(1) Merlin, *V^o Bâtards*, p. 8.

(2) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, *Principes fondamentaux*.

(3) Paroles de Bigot-Préameneu au Corps législatif. Fenet, *Travaux préparat. du Code civil*, t. 10, p. 45 et s.

plus cruellement sévi contre les bâtards que le mariage a été davantage en faveur ou la famille plus solidement établie?

Est-ce au contraire quand les législations se sont montrées douces à l'égard de ces enfants que mariage et famille ont eu particulièrement à souffrir de cette bienveillance?

Imagine-t-on, d'autre part, que la condition déplorable des enfants adultérins ou incestueux soit un obstacle à la fréquence des infidélités conjugales ou la cause de la rareté de l'inceste?

A toutes ces questions les faits répondent : non.

Notre ancien droit ne fut pas tendre envers les bâtards que l'influence du droit germanique et du droit canonique faisait traiter très durement. Cependant les mœurs du XVIII^e siècle ne réprouvaient nullement la bâtardise ; et rien n'était commun comme de voir les enfants naturels considérés dans le monde à l'égal des enfants légitimes : l'exemple n'était pas rare, alors, de pères affichant ouvertement — comme Lord Chesterfield, — leur paternité adultérine (1).

Les peuples primitifs n'ont pas connu les rigueurs exercées contre les bâtards par les législations postérieures. Il n'en résultait pas, cependant, que la famille y fût désorganisée ; chez les Hébreux, où régnait une égalité absolue entre tous les enfants, les textes nous représentent cette famille paisiblement unie sous l'auguste puissance du patriarche respecté de tous. Un tel tableau n'aurait rien à souffrir de la comparaison avec certains ménages modernes des plus légitimes.

L'adultère, révolte de l'amour brisant la chaîne du

(1) Bernard, *Hist. de l'autorité paternelle en France*, p. 166 et suiv.

mariage — odieuse parfois pour être, trop souvent, inconsiderément rivée — durera autant que l'amour même : éternellement. Les mesures les plus rigoureuses et la peine de mort (1) elle-même n'en eurent jamais raison. Espère-t-on le faire disparaître en punissant non plus les coupables mais les fruits — j'allais dire les victimes — de la faute ? Ce châtiment infligé à l'enfant est-il seulement connu des parents adultères ? Et s'il est connu d'eux, ont-ils souci d'une sanction très aléatoire et dont ils pensent toujours pouvoir détruire les effets ?

L'inceste, enfin, ne doit son peu de fréquence qu'à la réprobation qu'il soulève chez tous les peuples civilisés, par suite de la transmission, à travers les générations successives, d'une idée primitive de danger pour la race, lentement transformée en idée d'immoralité ? Mais il n'est nul besoin — en France, tout au moins — d'une répression pénale quelconque pour l'empêcher de se produire ? Pourquoi dès lors exercer des rigueurs contre les rares enfants qu'il fait naître (2) ?

*
**

La cause véritable à laquelle est dû le plus ou moins grand nombre d'unions illégitimes et d'enfants naturels n'est donc pas la plus ou moins grande rigueur des lois à l'égard de ces derniers.

On a observé que les armées permanentes — qui rassemblent, en un seul point, nombre de jeunes hommes enlevés à leur femme ou à leur fiancée, — que les

(1) Constantin, L. 30, § 1, C. *Ad leg. Jul. de ad.*

(2) Il est vrai que, pour augmenter le nombre de ces derniers, des auteurs enseignent une opinion défavorable à la légitimation de certains d'entre eux. Nous la réfutons au chapitre consacré à ces enfants.

grandes fabriques — qui créent des promiscuités dangereuses, — sont l'origine de bien des bâtards ; que les entraves à la liberté de l'industrie ou au libre établissement — qui sont une gêne pour l'union légitime —, que la complication et le prix, toujours trop élevé (1), des formalités exigées pour le mariage, sont l'origine de bien des concubinages (2).

Connaissant les causes, il serait facile de trouver le remède efficace ; il est évident qu'en premier lieu il serait nécessaire de faciliter la célébration du mariage, que nos lois semblent, comme à plaisir, hérissier d'obstacles variés. Sans doute faudrait-il encore rendre plus respectable l'institution elle-même, que le régime de la dot transforme trop souvent en marchandage honteux, sans rapport aucun avec l'idée de famille. Mais il ne faut pas se dissimuler que les lois seraient longtemps impuissantes à changer des mœurs aussi solidement enracinées :

Quid leges sine moribus?.....

En tous cas, c'est contre de pareilles coutumes que devraient s'exercer les rigueurs du législateur et non, je le répète, contre de malheureux enfants. Les premières risqueraient d'être efficaces, les secondes sont, sans contredit, inutiles et inhumaines.

*
* *

Non seulement la morale et la famille ne profitent en

(1) L'expédition gratuite des actes est accordée, il est vrai, aux indigents. Mais nombreux sont les ouvriers qui, n'étant pas précisément indigents, ne peuvent bénéficier de cette mesure et reculent devant la dépense entraînée par le mariage.

(2) Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relative aux enfants nés hors mariage : Considérations générales.*

rien des déchéances qu'on fait peser sur les bâtards, mais encore est-il aisé de démontrer qu'elles n'y peuvent que perdre. Non seulement ce droit n'est pas *utile* mais encore est-il *nuisible*.

Ces déchéances amènent, en effet, les résultats les plus imprévus et les plus propices à briser les liens familiaux qui doivent, pour être solides, dériver de la nature et non des dispositions parfois artificielles du droit civil.

C'est ainsi qu'en certains cas, un père naturel pourra léguer à son enfant une partie de son avoir plus grande, s'il ne l'a pas reconnu, que s'il a accompli ce devoir : c'est ce qui se produira lorsque ce père mourra sans héritiers réservataires, mais laissera des frères, des sœurs ou des descendants légitimes de ces derniers : non reconnu, l'enfant pourrait, en pareil cas, recevoir par testament la totalité du patrimoine paternel ; reconnu, il n'aura droit qu'aux trois quarts (art. 759, 908 et 914 du Code civil). La loi du 25 mars 1896, qui a marqué une étape dans l'évolution tendant à égaliser la situation de tous les enfants, n'a cependant fait qu'atténuer cette anomalie, sans la supprimer : auparavant l'enfant reconnu n'eût, dans l'exemple signalé, eu droit qu'à la moitié et, il n'eût, le père fût-il mort sans héritiers légitimes, jamais pu recevoir plus des trois quarts. Il faut convenir que de telles dispositions ne sont pas faites pour favoriser les reconnaissances légales ; surtout si l'on restreint, comme l'enseignent de nombreux auteurs, les effets de cette reconnaissance et si l'on diminue de la sorte les avantages qu'elle peut offrir au père ou à l'enfant. Ainsi l'on enseigne que l'enfant légalement reconnu ne peut être adopté par son père naturel ; quelle que soit la valeur juridique de ce système, sa conséquence pratique est

bien certaine : le plus souvent, il détournera le père de la reconnaissance en vue d'une adoption qui donne à son enfant tous les droits d'un légitime.

Dans ces exemples, du moins, la reconnaissance est seulement peu favorisée, point interdite. Mais que penser de notre législation, lorsque, toujours afin de protéger la famille et le mariage, elle supprime toute possibilité de mariage et de famille ?

Un adultère est commis dont est né un enfant. Le père, par exemple, est célibataire. Au nom de quelle morale, au nom de quel utilitarisme, l'empêcher de reconnaître cet enfant qu'il sait sien ? Et, si le mariage de sa complice vient à se dissoudre par la mort ou par le divorce, pourquoi empêcher l'union de deux êtres qui s'aiment et fonderaient sans doute une famille unie et heureuse (1) ? Pourquoi s'opposer à la légitimation de l'enfant qui sera le lien d'affection et la base de cette famille ? Les articles 335, 298 et 331 du Code, cependant, empêchent en pareil cas toute reconnaissance, tout mariage, toute légitimation. Et la société compte un concubinage de plus et un enfant dépourvu de famille.

Nous ne parlons pas de l'inceste entre gens qui peuvent se marier avec dispense. La jurisprudence a heureusement, sur ce point, montré plus d'humanité et de sagacité qu'un parti important de la doctrine, en autorisant la légitimation des enfants issus de semblables unions. Nous traiterons de l'importante controverse qui divise les auteurs sur ce sujet, dans le chapitre consacré aux enfants adultérins ou incestueux.

(1) Les lois prussienne et badoise permettent le mariage entre complices de l'adultère après la mort du conjoint trompé.

*
* *

Ainsi, tous les motifs d'utilité sociale, invoqués à l'encontre des principes de justice et d'humanité, se trouvent sans valeur. Pourquoi donc persister à appliquer des lois qui révoltent à la fois le cœur et la raison ? Pourquoi persister à distinguer deux sortes de paternité alors que la nature n'en connaît qu'une seule ?

Si l'on tient à faire des distinctions dans la paternité, il n'en est qu'une que saurait admettre le législateur, car celle-ci est juste et conforme au droit naturel : c'est la distinction entre la paternité *reconnue* et la paternité *incertaine*.

Le père qui refuse de reconnaître comme sien un enfant dont la paternité lui paraît douteuse, ne saurait témoigner à cet enfant que de l'indifférence, quand ce n'est pas de la haine. Confier à ce père, fût-il légitime, les attributs de la puissance paternelle est plus dangereux peut-être que les confier à un tiers.

Par contraire, le père qui accepte un enfant pour sien aura presque toujours pour celui-ci une affection permettant de lui attribuer, sans crainte, la plénitude des droits et devoirs que la loi reconnaît à la paternité. Qu'importe à quel moment et de quelle manière l'enfant a été conçu ? L'homme qui, de son plein gré, le reconnaît sera, neuf fois sur dix, un père excellent.

De ces deux propositions qui se vérifient par elles-mêmes, quelles seront les conséquences pratiques ?

Pour la première, c'est qu'il ne faut en aucun cas imposer à quelqu'un une paternité douteuse et contre laquelle il proteste. De là résulte que la recherche de la paternité ne saurait être admise — tout au moins d'une manière générale.

Notre ancien droit offre à cet égard l'exemple d'une législation aussi déraisonnable que possible ; car, d'une part, la filiation pouvait y être établie par tous les moyens possibles, quant au père aussi bien que quant à la mère. On y acceptait même cette maxime extraordinaire : *Virginini parturienti creditur*, qui suppose que la femme en proie aux douleurs de l'enfantement ne saurait altérer la vérité ; — d'autre part, cette filiation, une fois établie, ne donnait à l'enfant que le droit de réclamer des aliments : il ne succédait ni à son père ni à sa mère et était même frappé à leur égard, dans une large mesure, de l'incapacité de recevoir (1). Ce système bizarre ne pouvait manquer d'amener les résultats les plus scandaleux et l'article 340 du Code civil, qui interdit toute recherche de la paternité, a été la conséquence d'une réaction salutaire contre la dangereuse maxime (2).

Mais peut-être la réaction fut-elle exagérée. Car l'on peut penser qu'en certains cas, — lorsqu'il y a, par exemple, cohabitation absolue et régulière depuis un temps assez prolongé entre un homme et une femme, que de cette union est né un enfant qui a été nourri et élevé sous le toit commun —, il existe une présomption de paternité assez forte pour permettre à la mère et à l'enfant, s'ils viennent à être abandonnés par le père, de prouver sa paternité.

Mais si, en dehors du mariage ou d'une cohabitation y équivalant en fait, on ne doit pas imposer à un homme

(1) Emile Acollas, *L'enfant né hors mariage*, p. 17.

(2) Déjà, des protestations s'étaient produites, dans l'ancien droit, contre cette législation tyrannique. L'avocat général Servan s'élevait avec éloquence contre la « rigoureuse maxime qui permettait de condamner un citoyen sans l'entendre d'après le dire d'un témoin qui déposait sur ses propres intérêts ».

une paternité douteuse, on ne saurait l'imposer davantage au mari.

La maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, traduite par l'article 312 : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », est aussi injuste et aussi fausse que la maxime : *Virginii parturienti creditur*. Le mariage est évidemment une présomption de paternité d'une grande puissance ; mais ce n'est qu'une présomption. C'est une présomption légale *juris tantum* permettant la preuve contraire, car elle n'est certainement pas visée par l'article 1352, alinéa 2. Cette preuve contraire devrait donc pouvoir, d'après le droit commun, être administrée par tous les moyens qu'organise la loi.

Ce n'est cependant pas à ce principe qu'a obéi le législateur. Tout en reconnaissant un désaveu possible de la part du père, il l'a limité de telle manière que l'action ne peut être recevable dans la plupart des cas, l'enfant désavoué fût-il nègre ou peau-rouge. « Ainsi l'exigent, affirme-t-on, l'honneur du mariage et l'intérêt si puissant de la légitimité des enfants (1). » Nous ne le pensons pas et croyons, au contraire, qu'une famille a tout intérêt à ne pas recevoir, par contrainte, un enfant qui lui est étranger.

Notre première proposition entraîne donc, à notre avis, ces deux conséquences, que nous voudrions voir acquérir force de loi : 1° recherche de la paternité interdite sauf en cas de cohabitation régulière et prolongée, la preuve étant réservée à l'enfant ; 2° désaveu de paternité possible sans restriction, la preuve incombant au père.

La deuxième proposition, — savoir que toute pater-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1^{er}, n° 819.

nité volontaire doit être respectée —, entraîne cette conséquence qu'il ne devrait exister d'obstacles à la reconnaissance ni à la légitimation d'un enfant, dès l'instant que le père y consent de son plein gré; qu'il ne saurait donc y avoir qu'une puissance paternelle (1), la même pour tous les pères et pour tous les enfants.

C'est en nous inspirant de cette dernière idée que nous avons abordé ce travail dans lequel, autant que nous le permettaient les textes et les droits de l'interprète, nous avons étendu aux bâtards les règles de la puissance paternelle, et aussi celles de la tutelle. Mais, sur bien des points, la loi est formelle et nous devons pour ceux-là nous borner à souhaiter l'intervention du législateur dans le sens que nous venons d'indiquer.

Nous n'examinons qu'une des faces — la plus controversée peut-être — de la question des enfants naturels, mais le problème entier mérite l'attention : « le sujet est inépuisable, tant l'insuffisance de la loi en varie les formes et les conséquences, tant l'égoïsme, l'ignorance et la brutalité de l'homme le compliquent et l'aggravent de jour en jour (2). »

(1) Nous n'avons pas à critiquer, ici, l'organisation et l'existence même de la puissance paternelle qui fut attaquée très violemment par les encyclopédistes du XVIII^e siècle. Il est certain qu'il y aurait fort à dire, par exemple, sur la légitimité du droit de correction et nous convenons qu'il y aurait lieu de réformer le Code à cet égard. Mais telle qu'elle est organisée, la puissance paternelle, perfectible d'ailleurs, doit être une et s'appliquer à tous les enfants dont le père est certain.

(2) Alex. Dumas fils. Préface du *Fils naturel*.

PREMIÈRE PARTIE

LES ENFANTS NATURELS SIMPLES

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE HISTORIQUE.

Le droit héréditaire des bâtards a, de tous temps et chez tous les peuples, préoccupé le législateur plus que leurs rapports de puissance avec leurs parents ou tuteurs. Sur l'autorité paternelle on ne trouve, dans les anciennes législations, que de rares indications, lors même qu'elles ne font pas totalement défaut. Pour la tutelle, on ne trouve d'organisation sérieuse que dans le droit romain : car ce dernier donna, sinon naissance, du moins un développement considérable à cette importante institution du droit civil.

Il y a donc quelque difficulté à vouloir tirer une conclusion de l'ensemble de ces diverses lois. Il s'en dégage pourtant l'impression que le bâtard, primitivement traité à l'égal de l'enfant légitime, s'est vu, pendant des siècles, sous l'influence des civilisations grecque et romaine et, plus tard, du christianisme, l'objet de me-

sures rigoureuses et injustifiées ; de nos jours, au contraire, sur cette question comme sur bien d'autres, une réaction se produit contre les idées étroites et fausses imposées par l'autoritarisme aveugle de la Grèce, de Rome et de l'Eglise. Mais le triomphe n'est pas absolu, et l'influence des préjugés a eu raison du principe d'assimilation entre tous les enfants qu'avait consacré, radicalement mais logiquement, la Convention, en 1794.

LES HINDOUS ARYENS ne distinguaient les bâtards des enfants légitimes qu'au point de vue successoral. Sous d'autres rapports, leur situation était semblable : les uns comme les autres étaient soumis à la puissance paternelle qui ne finissait que par l'émancipation (1).

SUR LES PERSANS, on n'a pas de données positives. Mais on a voulu voir dans les égards dont ils comblaient les plantes et les animaux la preuve qu'ils ne pouvaient maltraiter des enfants (2). La déduction est peut-être hasardée, l'amour des bêtes n'impliquant pas forcément celui des enfants, l'excluant même fréquemment, et l'amour des plantes nous paraissant n'avoir qu'un vague rapport avec tout sentiment d'humanité. Toutefois il semble bien résulter des textes du *Zend-Avesta*, qu'en Perse, l'égalité des droits était accordée à tous les enfants sans distinction d'origine. Il en est de même pour les ARABES dont le *Coran* consacre l'assimilation des enfants naturels aux légitimes. De ces principes quelques traces subsistent chez les Turcs modernes qui ont

(1) *Lois de Manou*, VIII, 414 à 417.

(2) Médecin, *Etude historique sur la condition des enfants nés hors mariage*. Thèse pour le Doctorat, Paris.

toujours reconnu à l'enfant naturel un droit sur la succession de ses parents (1).

On ne connaît pas davantage les règles adoptées par les EGYPTIENS. Mais un passage de Diodore de Sicile permet de penser que les enfants naturels n'étaient pas, chez eux, traités autrement que les enfants légitimes(2) : la polygamie y était en effet admise dans toutes les castes sauf dans celle des prêtres, et il faut convenir que, dans les législations primitives, l'admission du principe *monogame* fut la cause principale de l'absence des rigueurs contre les bâtards. Mais il ne faudrait pas, de ce fait, déduire la proposition contraire, et soutenir, comme on l'a fait, que tout régime favorable aux bâtards est susceptible de développer la polygamie et même la débauche.

Chez les HÉBREUX, la volonté du père légitime ou naturel est la loi absolue. L'égalité de situation entre tous les enfants est proclamée par le *Talmud*. Mais la législation de Moïse, qui tenta, sans y parvenir, d'imposer la monogamie à son peuple, est le point de départ d'une rigueur extrême contre les bâtards, qui, dès lors, ne sont plus soumis à la puissance paternelle (3). Ce n'est que par une légitimation que le père pouvait en obtenir les droits.

Au dire de d'Aguesseau (4) « pour connaître la manière
« dont les bâtards ont été considérés chez les GRECS,

(1) De Gouroff, *Recherches sur les enfants trouvés*, t. I, p. 470.

(2) Diodore de Sicile, p. 91, édition Wesseling, Amsterdam.

(3) *Deutéronome*, ch. XXIII, 2.

(4) D'Aguesseau, *Dissertation sur les bâtards*, t. VII des *Œuvres*, p. 381.

« il faut distinguer trois temps différents. Dans le premier, on regardait les bâtards comme les légitimes : « Hercule, Thésée, Achille, Pyrrhus et tant d'autres « grands personnages en fournissent des preuves authentiques. Dans le second temps ils furent regardés comme « des personnes infâmes et incapables de toutes successions. Dans le troisième temps, on regardait comme « bâtards tous ceux qui n'étaient pas nés d'un mariage « légitime c'est-à-dire approuvé par les lois... Il n'était « pas permis à un bourgeois d'Athènes d'épouser une « étrangère s'il voulait que ses enfants fussent légitimes ». Cette conception de la légitimité est assez fréquente dans les législations anciennes où l'on considère comme bâtards, non seulement les enfants nés de mariages entre citoyens et étrangères, mais encore ceux issus de personnes de conditions différentes : nous trouverons ce dernier exemple chez les Germains. Les bâtards athéniens s'appelaient des *νοθοι* ; ceux dont le père était étranger des *ζενοι*. Ils n'avaient aucun lien avec leur famille car ils ne pouvaient être introduits dans les phratries. Ils étaient exempts de l'obligation de nourrir leur père dans la vieillesse (1).

La légitimation des *νοθοι* était-elle possible ? La question est douteuse et les deux opinions ont été soutenues, la négative par le savant allemand Platner, l'affirmative par son compatriote le professeur Gaus. Ce dernier s'appuie sur un discours de l'orateur Isœus, où il est parlé d'un père introduisant son enfant dans la phratrie qui lui donne des droits de succession, mais seulement après le consentement du fils légitime. Faut-il voir en cette

(1) Kœnigswarter, *op. cit.*

cérémonie une légitimation ? Et si c'en est une, doit-on admettre qu'elle donnait au père les attributs de la puissance paternelle ? Aucune affirmation n'est possible sur ce point.

A ROME, on trouve, à l'origine, une coutume odieuse dont, malheureusement, des traces ont subsisté pendant plusieurs siècles : nous voulons parler du droit d'exposer et de tuer les enfants. Ce droit existait, suivant Denys d'Halicarnasse, lorsque la légitimité de l'enfant paraissait douteuse au père ou lorsque cet enfant était difforme. Les Spartiates pratiquaient aussi cette sélection, d'un barbare utilitarisme. Romulus aurait, dit-on, forcé le père à élever tous ses fils et sa fille aînée et défendu de tuer tous enfants au-dessous de trois ans, à moins qu'ils ne fussent inutiles ou monstrueux dès leur naissance. Le droit d'exposer les monstres subsistait, mais seulement avec l'avis préalable des cinq plus proches voisins. Certainement cette cruelle coutume tomba peu à peu en désuétude : cependant Sénèque en parle comme d'une pratique actuelle, et les empereurs chrétiens durent prendre pour l'interdire des mesures très rigoureuses (1). Elle subsiste encore en de très rares cas, il est vrai, jusque dans le Moyen-Age.

La *Loi des XII Tables* considère les enfants naturels comme complètement étrangers à leurs parents, qui n'avaient aucun droit de puissance. Jamais, du reste, dans la législation romaine, cette puissance ne fut attribuée au père, uni à une femme autrement que par les *justæ nuptiæ* ; car elle était essentiellement une institution de droit civil et les Romains n'en connurent

(1) Voy. *infra*, p. 38.

que trois sources : les *justæ nuptiæ*, l'adoption et la légitimation. Cette exclusion absolue des bâtards de toute puissance paternelle proprement dite, existe encore à l'époque de Justinien (1).

Nous la retrouvons dans le droit canonique et le droit coutumier. De nos jours, il n'est pas admis par tous que cette exclusion ait cessé d'exister.

Mais si le père naturel n'avait pas les attributs considérables de la *patria potestas*, sur lesquels nous ne pouvons nous étendre, il est certain qu'il y eut dans la période classique, entre bâtards et parents naturels, une série de droits et de devoirs qu'il importe d'étudier.

Il faut distinguer pour cela entre les différentes catégories de *liberi non justî* qui existaient à Rome. Trois d'entre elles comprennent les enfants issus d'unions, considérées comme régulières, mais qui ne produisent pas tous les effets des *justæ nuptiæ* : ce sont le concubinat, le *contubernium* et le mariage du droit des gens. La filiation des enfants nés de ces unions est certaine à l'égard du père comme à l'égard de la mère. Pour une quatrième catégorie, la filiation n'est établie qu'à l'égard de la mère : ce sont les enfants nés d'une union passagère ; les Romains les appellent : *vulgo concepti, vulgo quæsitî* ou *spurii*. Pour eux, la possibilité d'une filiation paternelle n'est jamais admissible, les Romains n'ayant pas conçu l'idée moderne de la reconnaissance des bâtards (2).

Les *spurii* suivront donc la condition de leur mère, et ce n'est qu'envers elle qu'ils auront des devoirs et des droits. Ils lui doivent la *reverentia* (3), qui a pour

(1) Institutes, liv. 1, titre 9, § 7 et titre 10, § 12 ; L. 11, D. *De his qui sui vel alieni juris sunt* ; L. 45, D. *De adoptionibus*.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 101.

(3) L. 4, § 3, *De in jus voc.*, II, 4.

conséquence principale de les empêcher, soit d'intenter contre leur mère une action infamante ou toute autre action de nature à enlamer son honneur, soit de lui opposer les exceptions *doli mali* ou *metus* ; et qui, en outre, les obligent à lui fournir des aliments. Cette dernière obligation est d'ailleurs réciproque.

Les enfants nés *ex concubinato* doivent la *reverentia* à leur père et à leur mère : *Parentes naturales in jus vocare nemo potest : una est enim omnibus parentibus servanda reverentia* (1). L'obligation alimentaire existe de part et d'autre, mais le père n'est pas tenu, comme dans les *justæ nuptiæ*, de préférence à la mère.

Pour les enfants nés *ex contubernio*, c'est-à-dire de personnes dont l'une au moins est esclave, il ne peut exister de rapports entre eux et leurs parents que si ces enfants sont nés libres (2) ou sont devenus libres et si aucun de leurs auteurs n'est demeuré en esclavage. En ce cas, l'enfant est tenu à la *reverentia* envers ses parents (3) et a probablement contre eux une créance alimentaire, car, de ce que la cognation servile ne crée pas de droit à la succession, il ne s'ensuit pas qu'elle supprime le droit aux aliments. Mais si l'enfant est né d'une *ancilla*, il appartient comme esclave au maître de sa mère et par suite n'a aucune créance alimentaire.

Les enfants nés *ex matrimonio juris gentium* ne devenaient jamais citoyens romains. Aussi les textes sont-ils muets à leur égard. Mais on peut penser par analogie qu'ils étaient tenus à la *reverentia* et avaient droit à des aliments.

(1) L. 6, *De in jus voc.*

(2) Pour que l'enfant naisse libre, il faut et il suffit que sa mère soit libre à l'époque de l'accouchement.

(3) Arg. de la loi 4, § 3, *De in jus voc.*

Le droit aux aliments reconnu à tous ces enfants nés hors mariage n'a rien de surprenant ; ce n'est point en effet la qualité de *justus filius* qui le confère ; il dérive du droit naturel. Cette obligation aux aliments doit du reste être entendue très largement et comprend en somme le devoir d'éducation. Sous Justinien, il n'y a aucun doute sur ce point (voir *Institutes*, § 10 ; L. 3, 6).

Les enfants adultérins ou incestueux, qu'on déclare nés *ex damnato coïtu*, sont à partir des empereurs Honorius et Arcadius l'objet de rigueurs. Justinien va jusqu'à leur retirer le nom de *liberi naturales* qu'il juge trop honorable pour eux et leur refuse tout droit aux aliments (1). L'Eglise elle-même dut réagir contre cet excès de zèle.

Tous les *liberi non justii* qui avaient un père certain pouvaient tomber sous la puissance paternelle. A l'époque classique, ce résultat était possible au père, dans le mariage du droit des gens, de quatre manières différentes :

1° Par la *causæ probatio* ; 2° par le *décurionat* ou l'exercice d'une magistrature municipale ; 3° par la concession du droit de cité obtenu du prince, mais à condition, s'il s'agit d'un père pérégrin, que la puissance paternelle ait été accordée expressément (2) ; 4° par l'*erroris causæ probatio* (3). Dans toutes ces hypothèses, le droit de cité était accordé au père, à la femme et aux enfants, le mariage se transformant dès lors en *justæ nuptiæ*, et l'enfant tombait sous la puissance paternelle.

(1) L. I, *De nat. lib.*, c.

(2) Gaius, 1, § 55.

(3) Sur la différence de la *causæ probatio* et de l'*erroris causæ probatio*, voir Accarias, t. I, p. 287, note 1.

Les enfants nés *ex concubinato* ne purent être légitimés qu'à l'époque du Bas-Empire, sous l'influence du christianisme. Les empereurs chrétiens instituèrent en leur faveur, la légitimation *par mariage subséquent*, que nous avons conservée, et la légitimation *par rescrit du prince*, qui a malheureusement disparu de nos codes. Un troisième mode : *l'oblation à la curie*, postérieur de plus d'un siècle à la légitimation par mariage n'est que l'indice d'une déplorable organisation sociale, dans laquelle on ne trouvait de magistrats municipaux que par la force ou les faveurs.

La légitimation des enfants adultérins ou incestueux n'était pas possible, non plus que celle des enfants nés *ex contubernio* ou de juifs et de chrétiens (1). Cependant Justinien, dans les nouvelles 18 et 78, décida que le mariage d'un patron avec son affranchie légitimerait et, si cela était nécessaire, rendrait libres de plein droit les enfants qu'elle lui aurait donnés *in servitute*.

Il est à remarquer que, sous ce prince, la *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* n'ont plus d'application. Des modes primitifs de légitimation, il ne reste de possible que l'acquisition de la puissance paternelle obtenue par des barbares avec le droit de cité.

La troisième source de la puissance paternelle, à Rome, était, avons-nous dit, l'adoption : elle constituait donc pour le père naturel, un moyen d'acquérir cette puissance. Durant toute la période du droit classique, cette règle ne souleva aucune difficulté. Mais il parut à l'empereur Justin qu'un tel système tendait à détourner le père du mariage. Aussi prohiba-t-il pour l'avenir

(1) Il est évident que les *spurii*, n'ayant pas de père certain, ne purent jamais bénéficier d'une légitimation.

toute adoption d'enfants nés *ex concubinato* et même toute légitimation de ces enfants par mariage (1). Cette dernière mesure, d'une dureté injustifiable, fut abrogée par Justinien.

Quant à l'adoption des enfants nés *ex contubernio*, elle fut toujours admise ; mais elle n'était possible que si le père et l'enfant étaient libres, et que ce dernier fût du sexe masculin (2).

Le droit d'adoption ne fut d'ailleurs jamais reconnu à la mère. L'adoption, qui fut très commune à Rome, ne prit pas une grande extension dans la Gaule romaine ; la raison en est qu'elle n'existait pas dans la Gaule primitive et que, du reste, une réaction se produisit à cette époque contre les liens civils, si importants aux yeux des Romains.

Les *liberi non justis* naissaient *sui juris*. Les principes de la tutelle romaine voulaient donc qu'on leur désignât immédiatement un tuteur. Cependant aucun texte ne statue sur la question et on peut admettre, qu'en pratique, ces enfants ne recevaient de tuteur que le jour où ils avaient des biens (3). De toute manière, à quelle tutelle avait-on recours ? Il est évident que ce ne pouvait être à la tutelle des agnats, l'agnation ne résultant que des *justæ nuptiæ* ; ce ne pouvait être davantage à une tutelle fiduciaire, car l'enfant, né *sui juris*, n'avait jamais été sous le *mancipium* réel ou fictif de personne. Mais ce pouvait être la tutelle du patron, si l'enfant, né esclave *ex contubernio*, était ensuite affranchi. Ce pouvait être encore la tutelle testamentaire : seulement, dans ce cas, si le père

(1) L. 7 du Code, *De nat. lib.*, V, 27.

(2) Aul. Gellius, *N. att.*, V, 19.

(3) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 320, note 1. Par arg. des lois 3, C. *Quand. mul.*, V, 35 et 4, C. *De conf. tut.*, V, 29.

nommait un tuteur à son enfant né *ex concubinato*, sans rien laisser à ce dernier, cette nomination devait être confirmée par le magistrat après une enquête sur la moralité et l'aptitude du tuteur ; cette enquête était inutile quand le père laissait à l'enfant une partie de son avoir, si minime fût-elle (1). Pour le tuteur nommé par la mère, son choix n'était jamais confirmé qu'après enquête et à supposer qu'elle eût institué l'enfant (2).

Le plus souvent d'ailleurs, le tuteur était nommé par le magistrat, et il est probable qu'on désignait ordinairement le père pour remplir cette fonction.

Quant à la mère, l'exclusion des femmes de toute tutelle l'empêcha longtemps d'être tutrice de ses enfants naturels. Certains empereurs avaient autorisé la tutelle des mères légitimes. Ce fut Justinien qui s'occupa le premier des mères naturelles ; et encore ne s'occupait-il que des enfants nés *ex concubinato*. Si leur père était mort sans désigner de tuteur, la mère pouvait obtenir leur tutelle à trois conditions : 1° jurer de ne pas se marier et de vivre honnêtement ; 2° renoncer à se prévaloir du sénatus-consulte Velléien ; 3° consentir au pupille une hypothèque sur tous ses biens (3).

Par la nouvelle 94, cet empereur supprima la nécessité du serment et n'exigea plus qu'une simple promesse de ne pas se marier : la sanction était, en cas d'inobservation, la perte de plein droit de la tutelle.

Il est probable que c'est encore au père naturel qu'était le plus souvent confiée la curatelle du mineur de vingt-cinq ans *non justus*. Le préteur ratifiait, en outre,

(1) L. 7, pr. *De conf. tut.*

(2) L. 4, *De test. tut.*, L. 69, § 2, *De leg.*, 2^o, XXXI.

(3) L. 3, C. *Quand. mul. tut. off.*, V, 35.

le plus souvent, le choix d'un curateur, fait dans un testament. Si le choix provenait de la mère, il était procédé à une enquête.

Chez les GERMAINS, le mariage est un marché, la polygamie est autorisée, mais seulement entre chefs nobles ; les mésalliances sont proscrites. Le nouveau-né est apporté aux pieds du père qui décide de lui, en détournant la tête ou en le prenant dans ses bras, suivant qu'il le désavoue ou le reconnaît sien. Dans le premier cas, on l'expose sous un arbre, au bord d'un fleuve ou dans une caverne (1).

Si le Germain pouvait avoir plusieurs femmes, il n'acquerrait cependant la puissance paternelle ou *mundium* que sur les enfants de celles qu'il avait épousées suivant certaines solennités symboliques.

Les mésalliances étaient, chez ces peuples, l'origine la plus fréquente des bâtards ; les autres sont des enfants nés du hasard, sans père connu, et qui, dès lors, suivent nécessairement la condition de la mère. Les lois barbares ne s'occupent guère que des premiers. Ces mésalliances ou unions entre personnes de conditions inégales ont été l'objet chez les peuples germaniques de répressions extrêmement sévères : c'était la peine de mort chez les Saxons, les Bourguignons et les Visigoths ; c'était la servitude chez les Francs-Saliens, les Francs-Ripuaires et les Lombards. La situation des enfants issus de ces mariages devait être fatalement peu favorisée. Le principe est qu'ils suivent la condition de celui de leurs parents qui a la plus inférieure : *generatio eorum semper ad infe-*

(1) Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 55.

riora declinetur. En droit coutumier on traduira : *en for-mariage le pire emporte le bon*. Ces enfants ne sont pas placés sous l'autorité de leurs parents auxquels ils sont complètement étrangers (1). Cependant une sorte de reconnaissance en était possible, qui donnait au père le droit de garde et à l'enfant une place au foyer, mais aucun droit de succession. Cette reconnaissance, faite solennellement par le père naturel, était accompagnée de cérémonies symboliques : le père prenait l'enfant, qu'il voulait reconnaître, sur ses genoux, ou bien le mettait sous son vêtement pour montrer qu'il ne faisait avec lui qu'une chair (2).

Les Germains n'ont pas connu la légitimation romaine ; mais ils pratiquaient des cérémonies qui permettaient d'améliorer le sort de l'enfant naturel. Les Lombards avaient la *melioratio*. Les Scandinaves, la *cérémonie du soulier*, les Francs, celle du *manteau* ; les améliorations portaient surtout sur les effets de l'autorité paternelle, rarement sur le droit héréditaire.

Malgré le peu de faveur dont jouissaient les mésalliances elles devinrent assez fréquentes lorsque les mœurs des barbares se furent amollies. Nous les retrouvons dans l'ALLEMAGNE du Moyen-Age sous le nom d'unions *morganatiques* (3). A ce moment les mesures de répression, sans avoir complètement disparu, se sont notablement adoucies. Mais la situation des bâtards reste fort dure : ils sont notés d'infamie, exclus de tous

(1) C'était aussi, nous l'avons vu, le système de la loi des XII Tables.

(2) Koenigswarter, *op. cit.*

(3) De *morgengabe*, don du matin. Le mari faisait, au matin de la nuit de noces, une donation à sa femme et à ses enfants à venir : cette donation constituait leurs seuls droits sur sa succession.

droits politiques et dans l'incapacité de se purger d'une accusation par le serment ou le combat singulier. On peut donc penser que leur condition, touchant les rapports de puissance paternelle, était fort précaire, et que, comme au temps des Germains, ils étaient étrangers à leurs père et mère.

Les jurisconsultes allemands se sont longtemps opposés à toute légitimation. Certaines législations étaient même particulièrement sévères; c'est ainsi que le *Miroir saxon* et le *Miroir de Souabe* disposent, que les enfants issus du mariage entre un homme et sa concubine, de qui sont nés antérieurement d'autres enfants, ne seront jamais légitimes. Cependant cette rigueur finit par céder sous l'influence du droit romain et des canons de l'Eglise (1). On finit par admettre la légitimation par rescrit du prince ou par mandement du pape; le droit d'accorder la légitimation fut même délégué par l'empereur Charles VI aux *comtes palatins* qu'il avait créés. Ce n'est qu'au XVI^e siècle que prévalut la légitimation par mariage subséquent. Tous ces modes, du reste, portaient uniquement, sur les attributs de puissance paternelle, sans effacer les inégalités successorales.

Dans les PAYS-BAS, le déshonneur fut, comme en Allemagne, attaché à la qualité de bâtard.

La charte municipale de Monnikendom (1288) leur défendait de porter témoignage en justice contre d'*honnêtes gens*; une autre charte hollandaise de 1291, renouvelée en 1417, promettait aux habitants qu'ils n'auraient jamais un bailli qui ne fût point un homme

(1) Il n'en fut pas de même en Angleterre, où, de nos jours encore, toute légitimation est impossible.

d'honneur ou qui serait bâtard. Il est donc certain qu'aucun droit de famille ne fût donné à ces enfants. Dans les chartes générales du Hainaut, on trouve, en effet au chapitre 26, article 14 : « Un bâtard est entendu hors de *pain*, dès lors qu'il est né. » Le mot *pain* signifie ici puissance ; c'est l'effet le plus commun pour désigner la cause (1).

La légitimation fut cependant permise, soit par mariage, soit par faveur du prince, exception faite pour les enfants adultérins ou incestueux. Mais à l'égard de ces derniers la coutume de la Hollande méridionale (art. 11) et celle de la ville de Dordrecht (art. 70) organisaient un droit de succession sur les biens de la mère.

Cette mesure d'humanité, qu'on peut regretter de ne pas retrouver plus souvent ailleurs ni de nos jours, se rencontre aussi dans les législations celtiques, de l'ANGLETERRE, de l'ÉCOSSE et de l'IRLANDE du Moyen-Age.

Ces peuples ne firent pas, au début, de distinction entre enfants naturels et enfants légitimes. Pour les enfants adultérins, qu'ils excluèrent uniquement de la succession paternelle et non de celle de la mère, ils allaient jusqu'à permettre une reconnaissance par le père : celui-ci y était même contraint, s'il avait, une seule fois, donné des aliments à l'enfant (2).

Dans les PAYS SCANDINAVES, étaient illégitimes les enfants nés, — soit de parents d'inégales conditions, —

(1) Merlin, *V^o Puissance paternelle*, sect. II, V, p. 39.

(2) Il est permis toutefois de blâmer l'extrême facilité de la recherche de la paternité dans ces législations. Les *triades* ou lois de Dyvnwall-Moelmund se contentaient d'un serment de la mère, jurant de la main droite sur des reliques, cependant que, symbolisme bizarre, elle tenait de la gauche le sexe du prétendu père. Nous retrouvons du reste en nos coutumes cette foi exagérée, attachée à la simple parole de la mère.

soit d'une femme qui n'avait pas été achetée par le père pour un prix (*mundr*), indispensable à la validité du mariage et qui ne pouvait être inférieur à un marc, — soit de parents exilés ou en état de mendicité. Ces bâtards n'étaient pas complètement étrangers à leurs parents et avaient même quelques droits de succession.

La légitimation, autorisée par mariage subséquent, leur donnait tous les droits des enfants légitimes.

Enfin il faut noter une ancienne coutume dont la pratique choquerait peut-être de nos jours certains esprits formalistes et imbus de préjugés, mais aurait l'avantage de régulariser, pour ainsi dire *ipso jure*, bien des unions qui équivalent en fait au mariage : la loi de Jutlande, en effet, considérait la concubine comme épouse légitime dès qu'elle avait cohabité trois ans avec le même homme, « dînant, couchant avec lui, et disposant des clefs de sa maison » : *les enfants jouissaient de tous les droits des enfants légitimes.*

Le DROIT SLAVE, comme le droit germanique, flétrissait les enfants naturels (*wybladok*). La seule injure verbale spécifiée par la *Uloschenie* (Code d'Alexis Michailovitch, de l'an 1649) était la qualité de bâtard donnée à tort. Cette qualité s'attachait à tous les enfants issus d'un mariage non béni par l'Eglise. Ces enfants ne jouissaient d'aucun droit de famille ; leur légitimation était interdite. Cependant les lois polonaises admirent en 1768 la légitimation par mariage subséquent, En Hongrie le pape seul pouvait légitimer.

En ITALIE, la condition des bâtards fût relativement douce et il est probable que le père eut toute autorité sur eux.

En ESPAGNE les *fueros* ou droits statutaires du royaume de Castille ne faisaient presque aucune distinction entre enfants légitimes ou naturels. Cependant au XIII^e siècle, les différences augmentèrent. Le *Fuero real* admettait la légitimation par mariage subséquent mais seulement, suivant la tradition canonique, en faveur d'enfants nés de personnes libres *ex soluto et solutâ*, c'est-à-dire dont la naissance n'était pas entachée d'adultère.

En ARAGON et en PORTUGAL, les différences entre bâtards ou enfants légitimes étaient également à peu près nulles. Des ordonnances parlent de légitimation par mariage subséquent et par rescrit du prince (1). On y parle même de légitimation par testament.

En FRANCE le DROIT CANONIQUE, suivant d'Aguesseau (2), n'accorda au bâtard que des aliments ; mais il n'exclut pas de cet avantage ceux qui étaient issus d'un commerce criminel « en quoi il corrigea les rigueurs du droit civil ». La constitution de dot faite à une fille naturelle était, dans l'opinion de la majorité des canonistes, parfaitement licite et tenait lieu de dette alimentaire. Certains auteurs soutenaient même que le père était tenu de doter sa fille illégitime.

Le droit des enfants adultérins ou incestueux à réclamer des aliments fut une innovation des Canons sur la législation de Justinien. Ce droit fut également accordé aux enfants nés d'un père engagé dans les ordres et à ceux issus, après dissolution du mariage, des complices d'un adultère. Ces derniers, en effet, sans être précisément nés *ex damnato coïtu*, étaient pourtant considérés

(1) Kœnigswarter, *op. cit.*

(2) *Dissertation sur les bâtards*, t. VII des *Œuvres*, p. 381 et suiv.

comme inférieurs aux enfants naturels simples, car leurs parents ne pouvaient se marier. Nous verrons que dans le droit actuel la situation de ces enfants, qui n'est pas réglée par le Code civil, soulève une difficulté.

Le droit de garde est attribué exclusivement au père. Cependant quelques auteurs enseignent que la mère était tenue de garder l'enfant et de pourvoir à sa nourriture et à son entretien jusqu'à sa troisième année.

Mais il ne saurait être question pour le bâtard d'assujettissement à la puissance paternelle proprement dite. Les Canons s'inspirent, en effet, sur cette matière de droit civil, des principes admis à Rome où la question, nous l'avons vu, ne faisait pas de doute.

La légitimation fut favorisée par les Canons et réglementée par la décrétale du pape Alexandre III (1172). Dans les cas même, où elle eût trouvé un obstacle dans l'adultère ou l'inceste entachant la naissance du bâtard, des dispenses furent accordées, qui permettaient le mariage entre les parents coupables et, par suite, la légitimation de leurs enfants. Après le XIII^e siècle, ces mariages furent même autorisés sans dispense, et la légitimation ne fut plus dès lors empêchée que par un inceste à un degré trop proche pour permettre la consécration de l'union (1).

Notre ANCIEN DROIT établit, à l'origine, une distinction assez difficile à justifier entre *bâtards de rois* ou *de grands* et *bâtards de roturiers*.

Pour les premiers, aucune différence n'était faite avec les enfants légitimes (2).

(1) Koenigswarter, *op. cit.*

(2) Michelet (*Hist. de France*, t. 1, p. 122) mentionne des bâtards admis à la royauté, au mépris même d'un frère légitime : Thierry, bâtard de Clovis, Clodowig et Carloman, bâtards de Clodowig le Bègue.

Les seconds, au contraire, étaient très durement traités et ils appartenait en général comme serfs à leur seigneur. Dans quelques provinces seulement la maxime : *partus ventrem sequitur*, les exonérait du servage, quand leur mère était libre lors de la naissance ; mais, dans les autres parties du royaume, le bâtard, n'ayant ni famille ni nationalité, était réputé étranger pour le seigneur sur les terres duquel il était né et, comme l'*aubain*, il tombait en servage.

Il en était ainsi, même d'un bâtard né de parents libres, auquel il était pourtant impossible d'appliquer la règle : *En formariage le pire emporte le bon*. Ces bâtards, traités en serfs, ne pouvaient se marier sans la permission de leurs seigneurs.

Après le XIII^e siècle cependant, les bâtards cessèrent, dans tout le royaume, d'être en servitude ; ils échappaient à celle-ci de la même manière que les *aubains*, notamment en profitant des privilèges de franchise ou en « s'avouant hommes du roi ». L'*aveu au roi* finit même par devenir obligatoire. Il permettait au souverain de recueillir la succession du bâtard décédé sans postérité légitime (*droit régalien de déchéance ou d'épave*, remplaçant le droit de mainmorte des seigneurs).

Les devoirs des parents naturels se résument en cet axiome de Loysel : *Qui fait l'enfant doit le nourrir* (1). Il en résulte que les bâtards, même incestueux ou adultérins avaient, contre leur père et mère, une créance alimentaire. Ce principe avait été admis dans toutes les provinces, sous l'influence du droit canonique. Mais on ne trouve de disposition formelle à cet égard que dans

(1) Loysel, *Inst.*, L. I, R. 41.

quelques coutumes. Celle de Bretagne s'exprime ainsi : Art. 478 : « *Si aucun avait enfants bâtards, jeunes et non puissans d'eux pour user de leur corps, ils doivent être pourvus sur les biens de leurs pères ou de leurs mères.* »

Cette dette alimentaire représente le devoir d'éducation des parents naturels. Ceux-ci, en outre, étaient tenus d'établir leurs enfants, en donnant à la fille une dot, du reste modérée, au fils un métier et apprentissage, faute de quoi, la jurisprudence les obligeait à leur fournir une pension annuelle et viagère. A cet effet, le bâtard avait une action même contre les héritiers de ses parents naturels (1).

Les règles adoptées, au dire de certains auteurs, par le droit canonique sur le droit de garde se retrouvent dans les coutumes. Sur l'article 502 de la coutume de Bretagne, d'Argentré enseigne que la mère naturelle exercera ce droit, avec obligation à l'entretien et à la nourriture, jusqu'à la troisième année de l'enfant, après laquelle ce devoir passe au père. Mais il fut plus tard admis que les juges n'ayant confiance ni dans le père ni dans la mère, pouvaient placer l'enfant chez un maître de pension ou dans un couvent, jusqu'à un certain âge (2).

De même encore que dans le droit canonique, et en souvenir aussi du droit romain, la bâtardise empêche toute attribution de puissance paternelle proprement dite. En dehors des droits ou des devoirs que nous avons indiqués, l'enfant illégitime était comme étranger à la famille. Aucune filiation civile n'était établie entre lui et ses parents. On lui appliquait la maxime romaine :

(1) Arrêt du Parlement de Paris en date du 19 juillet 1752.

(2) Sentence du Châtelet en date du 17 juillet 1758.

Nec genus, nec gentem habent (1). Dans un cas cependant, il en était autrement : lorsqu'il s'agissait, en effet, de poursuivre la vengeance de la mort d'un père ou d'une mère, le bâtard était admis à demander réparation du meurtre (2).

Il résultait de cette absence d'autorité paternelle que les bâtards pouvaient se marier sans le consentement de leurs père et mère (3). Mais durant leur minorité, ils étaient tenus d'obtenir le consentement de leur tuteur ou de leur curateur. Pothier, qui rapporte cette règle, déplore que la loi abandonnât ces enfants à leur libre arbitre « dans un âge où il est si difficile de se défendre contre les autres et contre soi-même » (4).

La légitimation fut permise d'assez bonne heure par mariage subséquent ; mais c'est seulement vers le XIV^e siècle que fut introduite la légitimation par lettres du prince. La première, comme la seconde du reste, ne s'appliquait pas aux enfants adultérins ou incestueux. Si même les parents avaient obtenu des dispenses leur permettant de se marier, ces dispenses n'avaient pas d'effet rétroactif : la conception de l'enfant à légitimer devait leur être postérieure. La sévérité est, on le voit, plus grande que dans le droit canonique.

La question fut controversée de savoir si la légitimation par lettre du prince soumettait le bâtard à la puissance paternelle. D'Aguesseau expose en ces termes les deux opinions en présence (5) : « Ceux qui soutiennent

(1) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 67.

(2) Arrêt du Parlement de Paris en date du 15 décembre 1608, infirmant une sentence du présidial de Laon.

(3) Arrêt du Parlement de Paris en date du 1^{er} février 1662, rapporté dans le *Journal des audiences*.

(4) Pothier, *Traité des personnes*, n^o 342.

(5) D'Aguesseau, t. VII de ses *Œuvres*, p. 439.

« l'affirmative, citent en faveur de leur sentiment les
« Lois Romaines qui ont des dispositions précises ; ils
« appellent à leur secours l'intérêt public, qui veut que
« les enfants soient soumis à la puissance de leur père
« et qui n'admet point de *demi-bâtards* ; ils soutiennent
« que la famille n'a aucun intérêt d'empêcher cette sujé-
« tion du bâtard à l'autorité de son père, et qu'enfin
« leur sentiment est fondé sur l'honnêteté publique.
« Ceux qui soutiennent la négative disent, au contraire,
« que le bâtard, ne devenant point par cette légitimation
« l'héritier sien de son père, ne tombe point sous la puis-
« sance paternelle ; que les lettres du prince effacent à
« la vérité les taches de naissance mais qu'elles ne font
« point, comme en droit romain, que le bâtard entre dans
« la famille de son père ; que cette légitimation est de
« droit étroit ; que les coutumes qui ont parlé de la puis-
« sance paternelle n'ont point eu en vue ces sortes d'en-
« fants ».

La faiblesse des arguments de la négative montre quelle difficulté on éprouve à vouloir établir un système qui heurte les principes élémentaires du droit naturel : c'est l'obstacle qu'ont rarement surmonté les adversaires de l'assimilation des bâtards aux enfants légitimes, ou même de toute amélioration du sort des premiers.

La tutelle des bâtards ne paraît pas avoir été sérieusement organisée dans notre ancien droit ; et peut-être faut-il voir en ce fait la cause du silence absolu de notre Code civil sur cette question cependant importante.

Il est certain néanmoins, qu'en souvenir de la législation de Justinien, la mère était tutrice de droit de son enfant naturel (1). Pour le père, il est plus difficile de

(1) Ferrière, *Traité des tutelles*, p. 24.

l'affirmer, car, à Rome, le père n'eut, à aucun moment, la tutelle légale.

C'est aux législateurs de la Révolution que devait échoir l'honneur, dans cette haute question d'humanité qu'est la condition des enfants naturels, de proclamer les vrais principes de justice, qu'un intérêt mal compris avait fait mépriser pendant de longs siècles. La Convention, par la bouche de Cambacérès, affirma enfin cette incontestable vérité qu'une distinction entre enfants légitimes et enfants naturels ne saurait être juste et qu'il ne peut y avoir deux sortes de paternité. En réponse à l'éloquent rapporteur, le décret-loi du 12 brumaire an II, établit une assimilation presque totale des bâtards aux enfants légitimes. Déjà la loi du 18 avril 1791 avait supprimé les vestiges du droit de bâtardise.

Nous n'étudierons pas les dispositions de la loi de brumaire relatives aux droits successoraux des enfants naturels : nous n'en retiendrons que l'application intégrale, par elle consacrée, des règles de la puissance paternelle et de la tutelle aux enfants nés hors mariage.

On ne s'est pas privé de blâmer depuis 1794 cette mesure de la Convention. On l'a qualifiée de « scandaleuse » (1), on a prétendu « qu'elle créait une injustice à l'égard des épouses et des enfants légitimes » (2). Nous avons, par avance, répondu à ces accusations injustifiées, et nous déclarons regretter, quant à nous, que les idées de 1789 n'aient pas prévalu dans la rédaction du Code civil. Les législateurs de 1804 n'ont pas osé, en effet,

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. 1^{er}, n. 907.

(2) Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 166.

maintenir dans nos lois les principes admis par leurs prédécesseurs. Bigot-Préameneu avait cependant déclaré que la dignité du mariage n'exige point que les enfants naturels soient étrangers à ceux dont ils tiennent la naissance ». Il admettait, seulement, dans l'intérêt de l'ordre social, quelques limitations aux droits du bâtard, tout en reconnaissant que « rien n'est plus difficile que de conserver un juste équilibre entre les droits qu'ils tiennent de leur naissance et les mesures qu'exige la nécessité de maintenir l'organisation des familles ».

Il est certain que les rédacteurs du Code sont nettement revenus aux anciens principes, en ce qui concerne le droit héréditaire des bâtards. Mais, quant aux règles de la Puissance Paternelle et de la tutelle, rien n'indique sa volonté de ne pas les appliquer aux enfants naturels. Les déclarations des orateurs ayant pris part à la discussion des textes, ces textes même dont rien ne permet d'interpréter le laconisme ou l'absence (1) en faveur d'un système contraire à toute assimilation, de hautes raisons d'équité enfin, nous autorisent à penser que ces règles concernaient, dans la pensée des législateurs de 1804 (sauf de très légères différences), les enfants naturels aussi bien que les enfants légitimes.

(1) Nous verrons en effet qu'il n'existe dans le Code civil qu'un seul article ayant trait à la puissance paternelle sur les enfants naturels — l'article 383 — et pas le moindre touchant leur tutelle.

CHAPITRE II

PUISSANCE PATERNELLE.

A côté de l'évolution que nous avons signalée, dans le chapitre précédent, et qui tend à rapprocher, jusqu'à l'identifier, la situation des enfants naturels et des enfants légitimes, il est une autre évolution, plus spéciale encore à notre sujet et qui fortifie singulièrement le système de l'assimilation, en ce qui concerne, du moins, les effets de la puissance paternelle. Nous voulons parler de l'abaissement progressif et incessant de cette autorité, autrefois formidable, aujourd'hui considérablement réduite.

Il n'est pas contesté, en effet, que l'expression : *puissance paternelle*, dérivée de la *patria potestas* des Romains, soit loin d'avoir, de nos jours, la portée qu'elle eût jadis : le mot seul est demeuré, tandis que l'institution se transformait lentement et profondément.

Du pouvoir exorbitant attribué au père romain, il ne subsiste actuellement presque rien : seul, le droit de correction pourrait évoquer de nos jours le souvenir de ce *quasi quoddam jus domini*, semblable à la puissance que les maîtres avaient sur leurs esclaves (1). Le *jus vitae necisque*, arme odieuse, transformant le père en bourreau, avait été aboli de bonne heure ; toutefois, le

(1) Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre VI, sect. 2

droit d'exposer ou tuer les filles cadettes lui avait survécu, puisque Sénèque en parle sans révolte. Les premiers, les empereurs chrétiens tentèrent, sans y parvenir complètement, de réprimer le cruel usage, et une nouvelle de Valentinien III, insérée dans le *Code d'Alaric*, témoigne de l'impuissance de la législation antérieure à faire cesser, dans la Gaule, le fléau de la vente et de l'exposition des nouveau-nés (1).

Cette conception primitive d'une sorte de droit de propriété du père sur l'enfant et sur ses biens devait, avec l'évolution des idées généreuses, s'effacer peu à peu. Pendant le moyen âge la vente des enfants fut proscrite par les mœurs et l'on n'en vit que de rares exemples, en cas d'extrême indigence. Au XIII^e siècle, la conception romaine de la puissance paternelle semble avoir été définitivement repoussée par les coutumes ; Loysel, en effet nous rapporte cette maxime coutumière : *Droit de puissance paternelle n'a lieu* (2), qui, sans signifier que les parents n'eussent plus aucune autorité sur leurs enfants, indiquait toutefois clairement que la *patria potestas* romaine, encore admise dans les pays de droit écrit, ne l'était plus dans les pays de coutume. Au XVII^e siècle, l'autorité paternelle ne comporte plus d'excessif que le droit de correction. Mais celui-ci donne lieu à de véritables abus : un arrêt du Parlement de Paris du 26 octobre 1697 constate qu'il se trouvait alors des hommes de trente ans et jusqu'à des prêtres, détenus sous prétexte de correction paternelle ; l'usage de fouetter les enfants était, du reste, alors très répandu, et, à en croire Dubois de Lesdiguières, valet de chambre de Louis XIII,

(1) Bernard, *Histoire de l'autorité paternelle en France*.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, livre I, § 37.

le Roi-Soleil encore enfant, pour un mot oublié dans sa prière, aurait été littéralement roué de coups par M. de Montansier, attaché comme éducateur à son auguste personne.

Ce droit de correction — déjà amoindri sous la période intermédiaire par la loi du 24 août 1790 (1) —, est passé dans notre Code civil avec de nouvelles restrictions. Son inefficacité manifeste et son injustice fréquente feraient désirer sa totale disparition. Les maisons de *correction* ont fait leurs preuves : loin d'améliorer l'éducation de l'enfant, elles ne parviennent qu'à multiplier les germes de dépravation, en mêlant les pires sujets à des enfants coupables, parfois, d'une légère peccadille. Leur discipline cruelle, que révélèrent naguère les scandales de la maison d'Aniane, suffirait, du reste, à les condamner ; car, outre qu'elle blesse tous les sentiments d'humanité, elle ne saurait — pratiquement — avoir qu'un résultat : faire des révoltés qui ne sortiront de la colonie pénitentiaire que pour entrer à la prison ou au bagne. Une telle institution ne peut donc subsister ; elle veut être à la fois un instrument de répression et une école de moralisation. Dans le premier cas elle est barbare, dans le deuxième elle est inefficace.

Il n'y a plus, de nos jours, à proprement parler, de puissance paternelle. Berlier l'avait clairement fait ressortir, en proposant au Conseil d'État d'atténuer une expression qui ne répondait plus à son objet et d'intituler le titre du Code relatif à cette puissance : *De l'autorité*

(1) Un décret du 28 août 1792 avait aboli la puissance paternelle sur les majeurs et l'époque de la majorité fut fixée par décret du 20 septembre 1792 à vingt et un ans.

des pères et mères. Cette idée, soutenue également par Tronchet, prévalut en partie, car, dans le Code civil, l'expression : *autorité paternelle*, remplace celle de *puissance paternelle*, partout ailleurs que dans la rubrique du titre IX, livre 1^{er}, où celle-ci fut sans doute laissée par inadvertance. Pour être absolument précis, il eût du reste fallu dire : *Des droits et des devoirs respectifs des parents et des enfants*, car la véritable caractéristique de notre conception actuelle des rapports entre père et fils est l'extension — pour ne pas dire la création — de la réciprocité des devoirs et des droits. Le père antique n'avait que des droits sur la femme comme sur l'enfant ; aujourd'hui, il a surtout des devoirs (1).

Des auteurs ont déploré l'affaiblissement de la puissance paternelle en invoquant l'intérêt de la famille et de l'État, également intéressés à une bonne discipline sociale (2). Sans entrer dans une discussion qui excéderait les limites de ce travail, nous déclarons simplement ne pas accepter de tels regrets et de tels arguments, nous bornant à constater avec un éminent auteur « que, dans les sociétés démocratiques, le principe d'autorité perd, tandis que le principe de liberté gagne..., et que la liberté, régnant dans l'ordre politique, devait pénétrer aussi dans le sein des familles » (3).

(1) M. Jean Izoulet a très nettement signalé cette évolution qui s'accomplit, en Europe et en France, depuis cent cinquante ans, dans les quatre domaines : *religieux, économique, politique et domestique*. En chacun d'eux, deux termes sont en présence : Dieu et la nature ; le gouvernement et la nation ; le propriétaire et le salaire ; l'époux et la famille. Or, dans les quatre couples, les deuxièmes termes, longtemps méconnus ou sacrifiés et croyant n'avoir que des devoirs, soupçonnent désormais qu'ils ont aussi des droits et réciproquement. Pour mieux dire, les quatre contrats sociaux, *d'unilatéraux* qu'ils étaient, tendent à devenir *bilatéraux*. — Izoulet, *Les quatre problèmes sociaux*, p. 26 ; Paris, Armand Colin.

(2) Le Play, *La Réforme sociale*, 5^e édition, I, p. 439.

(3) Laurent, t. IV, n^o 260.

La conception moderne de la puissance paternelle enlève donc à cette dernière certains des caractères qui la particularisaient en droit romain. Ainsi, il est certain qu'aujourd'hui elle n'est plus, comme à Rome, une émanation du droit civil, n'ayant d'existence possible que par une filiation légitime. « La puissance paternelle, disait le projet du Code civil, est un droit *fondé sur la nature* et confirmé par la loi ». A son tour, le conseiller d'État Réal, orateur du Gouvernement (1), répétait presque littéralement cette définition et, tirant de ces prémisses la conclusion logique, ajoutait que « le législateur avait dû, pour être *conséquent*, accorder au père et à la mère qui reconnaissent légalement leur enfant naturel, et sur cet enfant, une puissance et des droits *semblables* à ceux auxquels donne naissance une union légitime. » Enfin, dans son rapport fait au Tribunat, au nom de la section de législation, Vésin disait (2) : « Pourquoi, lorsque la loi a voulu que des enfants malheureusement abandonnés puissent retrouver un père qui les avoue, refuserait-elle aux parents tous les moyens de faire respecter une autorité que nous reconnaissons être en grande partie *fondée sur la nature*? »

Devant d'aussi nettes déclarations, il paraît difficile de ne pas accorder au père naturel ce droit fondé sur la nature, et cela, dans les limites mêmes où il est organisé pour le père légitime. Car, sans vouloir jouer sur les mots, on peut convenir que l'expression qui désigne les bâtards et qui a pu n'apparaître à certains que comme une forte ironie, a, à défaut d'autres, l'avantage de de-

(1) Séance du Corps législatif du 23 ventôse an XI (14 mars 1803) : lecture de l'exposé des motifs du titre de la *Puissance paternelle*.

(2) Séance du 1^{er} germinal an XI (22 mars 1803).

voir faire appliquer *tout au moins* à ces enfants les règles de ce droit d'humanité qu'on appelle aussi *droit naturel*. Nous voudrions davantage pour eux, avons-nous déclaré : notre regret est d'autant plus vif que ni la doctrine, ni la loi ne se sont encore mises d'accord sur ce minimum de faveur à octroyer à ces pauvres êtres. Mais peut-on s'étonner de l'injustice qu'on témoigne à l'égard des enfants naturels simples, alors que la situation faite aux enfants adultérins ou incestueux (1) montre à quel point peuvent être violés les principes de ce droit naturel, seul fondement solide de toute législation qui veut rester humaine ?

Il est cependant difficile que le doute puisse naître sur l'esprit qui a inspiré les rédacteurs du Code et sur les conséquences qui en découlent. Nous avons vu la définition de la puissance paternelle par le projet du Code civil ainsi que les explications très nettes des rédacteurs de la loi. Aucune hésitation n'est donc possible sur le véritable désir du législateur.

Il voulait, — et la question n'est pas de savoir s'il y a réussi, — il voulait, faisant table rase de toutes les idées jusqu'alors admises sur l'autorité paternelle, établir sur cette matière un système absolument nouveau. « Ne pouvant, sur cette importante question, trouver aucun secours dans la loi romaine, ne trouvant dans les coutumes que des vues imparfaites marchant entre l'exagération et la faiblesse, le législateur avait dû consulter la nature et la raison » (2). Comment, avec de tels guides, ce législateur eût-il pu distinguer deux sortes de puissance paternelle, l'une légitime et l'autre naturelle.

(1) Voy. *infra*, 2^e partie, chap. II.

(2) Réal, *Exposé des motifs*. Voy. *suprà*, p. 41.

La raison comme la nature repoussent une telle conception. Les rédacteurs du Code n'ont pu l'avoir, ne l'ont pas eue : nous l'avons montré par leurs discours.

Mais si l'esprit de la loi apparaît clairement, il est indéniable que la lettre en est fort obscure. Ceux qui, en de nobles phrases, avaient si bien précisé leur pensée, n'ont pas su ensuite la traduire par des textes. Fût-ce timidité, fût-ce négligence ? Nous inclinons à croire que ce fut la première. Les rénovateurs reculèrent devant la force du préjugé. L'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, opérée par la loi du 12 brumaire an II, était apparue comme un fléau redoutable contre lequel on voulait réagir. Dès lors, les auteurs du Code n'osèrent pas consacrer nettement, même sur un point secondaire, une assimilation dont ils avaient cependant proclamé la nécessité. Un article du projet était ainsi conçu : Article 6. *Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus* (1). Mais là s'arrêta l'audace des législateurs ; lors de la discussion au Tribunal, cette rédaction fut remplacée par le texte ambigu de l'article 383 qui ne repousse ni ne consacre l'assimilation et qui se borne, sans exprimer de principe, à renvoyer à une série d'autres articles.

C'est sur ce texte qui, seul, régit la matière et qui, de toute évidence, ne reflète pas la pensée exacte de ses rédacteurs, que se sont exercées, depuis un siècle, les investigations de la doctrine. Sur cette vague énumération d'articles, chacun a bâti une théorie, élargissant plus ou moins l'assimilation qui ressortait du texte.

(1) Locré, *Législ. civile*, t. VII, p.14.

Mais si, jusqu'à présent, l'accord n'a pu se faire sur la portée exacte de cette disposition, il est un point qui réunit tous les auteurs : c'est qu'aucun ne l'applique à la lettre. Nous n'aurons donc aucun scrupule à en accroître notablement la portée et à adopter les solutions tendant à assimiler la situation des bâtards à celle des enfants nés du mariage (1).

Avant de rechercher quels sont les effets de la puissance paternelle sur les enfants naturels, il importe de savoir à quelles personnes appartient cette puissance.

Il faut donc, tout d'abord, exclure les ascendants autres que le père et la mère (2), car ils sont civilement étrangers à l'enfant naturel. Evidemment, une telle règle est difficile à justifier. On allègue que la preuve de la filiation ne peut concerner que le père ou la mère qui ont reconnu volontairement ou qui sont désignés par une décision judiciaire, mais jamais l'aïeul. C'est très juste ; mais pourquoi refuser à cet aïeul le droit d'établir aussi la filiation à son égard par un aveu personnel ? Plus simplement, on invoque l'ordre social (3). Mais en quoi l'ordre social est-il intéressé à ce qu'un enfant soit privé de famille, alors que celle-ci l'accepte dans son sein ?Quoi qu'il en soit, la loi est formelle et nous ne pouvons que regretter sa décision (Cp. art. 150 et 159, C.

(1) Dans le même sens : Locré, *op. cit.* sur l'art. 372 ; — Loiseau, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, p. 530 à 532 : — Arntz, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 664. — A noter également l'assimilation consacrée par le Code saxon de 1863 entre les enfants légitimes et les enfants naturels nés pendant les fiançailles, même quand celles-ci n'ont pas été suivies de mariage (art. 1808 et 1809).

(2) Aux aïeux légitimes, appartient une partie de la puissance paternelle. Voyez *infra*, même chapitre.

(3) Demolombe, t. V, n. 545.

civ. ; voir art. 757). Seuls, les articles 161 et 162 admettent expressément un lien de parenté entre aïeux et enfants naturels, en prohibant le mariage entre eux. Cette inexplicable contradiction suffit à juger le système du Code.

C'est donc au père et à la mère qu'appartient exclusivement l'exercice de la puissance paternelle.

Si l'un d'eux seulement a reconnu l'enfant, il n'y a pas de difficulté.

Mais s'ils l'ont reconnu tous deux, comment s'exercera cette puissance ? Est-ce par le père seul, par la mère seule, ou par les deux conjointement ? La question est très controversée ; les solutions sont nombreuses.

Presque tous les auteurs rejettent, pour ce cas, l'article 373 qui donne, *au père seul*, l'exercice de l'autorité *durant le mariage*. Ces derniers mots, disent-ils, rendent l'article inapplicable au père naturel. Mais nous verrons que les mêmes mots reproduits dans les articles 384 et 389 n'empêchent pas l'un de ces mêmes auteurs d'en étendre les dispositions au père illégitime (1). L'argument est du reste sans valeur : nous le retrouverons néanmoins fréquemment pour d'autres questions. Il repose sur une interprétation étroite de la lettre d'un texte, sans souci de l'esprit des rédacteurs ni de la manière dont il fut procédé à sa rédaction. Or, il n'est pas douteux que le titre de *la Puissance Paternelle* n'ait été rédigé uniquement en vue des parents et des enfants légitimes et avec des expressions évidemment appropriées. C'est par une disposition spéciale que le législateur a étendu aux enfants naturels l'application des règles formulées pour les enfants légitimes, laissant aux

(1) Laurent, t. IV, Cp., n° 348 et n° 359.

interprètes le soin de faire, *mutatis mutandis*, les modifications nécessaires. Il importe donc peu que l'article 373 parle de *mariage*. Pour l'étendre au père naturel, on procédera par analogie : si donc il y a cohabitation entre les parents, l'article 373 s'appliquera presque à la lettre ; s'il y a séparation de fait entre eux, nous verrons plus loin à quelle règle il faudra recourir.

Toute la question est de savoir si le législateur a bien voulu étendre, par une disposition spéciale, l'application de l'article 373 aux parents naturels. Aucun doute ne pouvait exister à cet égard avec le projet du Code qui contenait, nous l'avons vu, une disposition formelle sur ce point (1). Mais la suppression de ce texte, remplacé définitivement par celui de l'article 383, permet-elle d'affirmer un changement de volonté de la part du législateur ? C'est ce qu'affirment certains auteurs, qui repoussent l'application de l'article 373 au père naturel. Ils allèguent à cet effet que, cet article n'étant pas compris dans l'énumération de l'article 383, il en ressort que le législateur n'a pas voulu l'étendre aux parents naturels. Mais les articles 371, 372 et 374 ne sont pas davantage cités par l'article 383 et nous verrons cependant qu'on s'accorde généralement à les rendre communs aux parents naturels. Pourquoi repousserait-on cette solution en ce qui concerne l'article 373 ?

On fournit, il est vrai, en outre des objections de texte que nous venons de réfuter, certaines considérations morales et pratiques. Ainsi, l'on prétend qu'en fait l'application de l'article 373 sera irréalisable ; que les père et mère naturels vivent rarement ensemble ; que c'est

(1) Voy. *suprà*, p. 43.

presque toujours la mère, abandonnée du père, qui soigne, entretient et élève les enfants ; que, par suite, en donnant au père seul les droits de puissance, on risque d'ôter à la mère tout moyen de remplir efficacement sa fonction d'éducatrice. Nous répondrons à cela que la réalité n'est pas telle ; qu'il est prouvé que, dans les grands centres, tout au moins, de nombreux ménages illégitimes mènent très régulièrement l'existence commune ; que l'absence des solennités matrimoniales n'empêche pas ces unions d'avoir, dans l'esprit des conjoints, toute la force de véritables mariages, car souvent ils n'ont reculé que devant les frais et les complications d'une célébration légale ; que les enfants issus de ces personnes sont élevés comme s'ils étaient légitimes ; qu'on ne saurait, dès lors, refuser à leur père l'exercice exclusif de la puissance paternelle, puisque la nécessité d'une telle règle est reconnue pour les justes noces. En pareil cas, c'est-à-dire toutes les fois que les parents vivent *maritalement*, rien ne nous paraît s'opposer à l'application stricte de l'article 373 (1). L'autorité ne saurait être retirée au père que s'il était dans l'impossibilité de l'exercer, soit par suite d'absence présumée, soit par suite d'interdiction judiciaire ou légale, soit par suite de maladie caractérisée, — ou encore s'il avait encouru la déchéance de la puissance paternelle prononcée par la loi du 24 juillet 1889, sans que, même en ce cas, cette puissance doive nécessairement passer à la mère qui n'en est investie que facultativement par le tribunal (loi précitée, art. 9) (2). Mais ce n'est là que

(1) Valette (sur Proudhon), t. II, p. 218 note a.

(2) Voy. *infra*, 2^e partie, chap. IV.

l'application du droit commun relatif aux parents légitimes comme aux parents naturels.

Il faut convenir néanmoins que, très fréquemment, le père et la mère naturels, ne vivant pas en commun, l'enfant se trouvera à la charge de l'un d'eux seulement — la mère le plus souvent : évidemment, l'article 373 se trouvera, alors, sans application possible. Mais de ce cas particulier peut-on conclure que cet article soit, dans *tous les cas*, inapplicable ? Une situation identique ne se présente-t-elle pas pour le mariage, lorsqu'il y a divorce ou séparation de corps ? On recourt alors aux articles 302 et 303 du Code civil, qui permettent au juge de confier l'enfant à l'un ou l'autre époux, ou même à une tierce personne. Pourquoi n'étendrait-on pas ces dispositions aux parents naturels ? Est-ce parce qu'il s'y trouve le mot *divorce*, qui ne saurait convenir à notre espèce ? Mais nous avons déjà fait justice de l'argument pour le mot *mariage* de l'article 373. Est-ce parce qu'on donnerait ainsi aux juges un pouvoir exorbitant en dehors de toute disposition légale ? Mais les auteurs s'accordent à dire que les juges ont, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire : ils en donnent pour raison l'insuffisance du Code et son silence même souvent absolu sur ces questions, d'où la nécessité d'augmenter le pouvoir réglementaire dont l'article 4 du Code civil fait pour les tribunaux une obligation, en sanctionnant le déni de justice (1).

(1) Demolombe, t. VI, n° 621 ; — Merlin, *Répert.*, V° *Education*, § 2 ; — Loiseau, *Traité des Enf. naturels*, p. 530-537 ; — Pau, 13 février 1822, Sirey, 1823, 2, 91 ; — Caen, 27 août 1827, *Rec. Devilleneuve et Carette*, 1830, 2, 245 ; — Paris, 4 juillet 1836, Devilleneuve et Carette, 1838, 2, 444 ; — Trib. civ. Auxerre, 20 janvier 1897, *le Droit*, 4 février 1897 ; — Trib. civ. Seine, 23 nov. 1897, *le Droit*, 22 janvier 1898. Cette jurisprudence tend

C'est donc aux tribunaux que s'adresseront les parents naturels qui, vivant séparés, se disputent la garde et l'éducation de l'enfant. En fait, ce sera assez rare : car le père qui a abandonné la mère de son enfant se soucie malheureusement fort peu de prendre à sa charge le soin de ce dernier ; de même pour le cas inverse, infiniment moins fréquent du reste. Le plus souvent, c'est à celui des père et mère qui a conservé l'enfant qu'appartiendra de fait l'autorité paternelle, sans contestation de la part de l'autre. Mais nous avons voulu montrer qu'il existe une solution parfaitement légale à la difficulté toute théorique que soulèvent certains auteurs : c'est l'extension aux parents naturels des articles 302 et 303.

Les auteurs ne font pas en général, la distinction que nous avons admise entre parents vivant maritalement et parents vivant séparés. Ils appliquent à tous les cas l'une ou l'autre des deux opinions suivantes :

1° Le père et la mère naturels ont ensemble et concurremment la garde et l'éducation de l'enfant.

Les partisans de ce système, qui repoussent l'application de l'article 373 par les arguments que nous venons de réfuter, se fondent en outre sur le silence de la loi et sur les termes de l'article 383, qui, suivant eux, accorderait à titre égal le droit de correction aux père et mère naturels (1) ; mais nous verrons que rien n'est moins certain que cette dernière affirmation (2).

à donner un grand pouvoir au juge ; mais les arrêts diffèrent sur la nature et les limites de ce pouvoir et aucun système n'en ressort nettement. — Conformément à notre opinion, la Cour de Paris a jugé que les père et mère naturels peuvent être assimilés à des époux divorcés.

(1) Toullier, t. II, n° 1076 ; — Duranton, t. III, n° 360 ; — Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 474 ; — Ducaurroy, t. I, n° 562.

(2) Voy. *infra*, p. 72 et 73.

2° Le père naturel, par préférence à la mère, a la garde et l'éducation de l'enfant commun (1).

En adoptant, en certains cas, la première et, en d'autres, la deuxième, nous estimons qu'on peut résoudre équitablement et légalement les difficultés que soulève cette question.

La législation étrangère offre des exemples des deux systèmes. En *Russie*, un arrêt de la Cour de justice de Saint-Pétersbourg (2) décide que la puissance paternelle sur les enfants naturels appartient exclusivement à la mère. De même en *Autriche* (Code civil, art. 170 et 171), le père naturel ne peut retirer l'enfant à la mère tant que celle-ci peut et veut l'élever; mais, si les intérêts moraux de l'enfant lui semblent compromis, il *doit* le prendre à sa charge. En *Allemagne*, on applique aux enfants naturels les règles concernant les enfants légitimes d'une veuve. Le Code *Saxon* de 1863 oblige le père naturel à entretenir son enfant, lorsqu'il a atteint l'âge de six ans; mais les tribunaux peuvent, dans l'intérêt de l'enfant, ordonner qu'il en soit autrement. Par contre, la préférence est donnée au père, en *Italie*, où le Code civil de 1866 met l'enfant en tutelle dès sa naissance et désigne le père comme tuteur légal.

*
**

Les effets juridiques de la puissance paternelle ne sont pas tous contenus dans le titre IX, livre I^{er}, du Code civil. Un certain nombre sont épars en d'autres titres et

(1) Demolombe, t. VI, n° 626; — Marcadé, t. II, art. 383, n° 2; — Zachariæ, t. IV, p. 85; — Taulier, t. I, p. 488; — Beudant, *Cours de Droit civil*, t. II, n° 689-2°.

(2) *Journal judiciaire*, Ann. 1870, n° 310.

même en d'autres Codes (1). Certains auteurs (2) rapportent ces effets à une puissance paternelle *lato sensu*, distincte de la puissance paternelle proprement dite en ce qu'elle dure toute la vie au lieu de prendre fin, comme celle-ci, par la majorité ou par l'émancipation de l'enfant. Un autre caractère distinctif de cette puissance *lato sensu* est qu'elle appartient, en outre du père et de la mère, aux ascendants d'un degré supérieur ; mais ce caractère est sans intérêt pour l'enfant naturel qui est, nous l'avons vu, civilement étranger aux parents de ses père et mère.

Sans attacher une importance exagérée à cette division de doctrine, nous l'adopterons pour la clarté de notre étude et nous rechercherons d'abord, en dehors du titre IX, quels sont les effets attachés par la loi à la puissance paternelle et en quelle mesure nous devons les étendre aux parents naturels.

C'est un de ces effets, que l'obligation pour l'enfant de requérir certains consentements ou conseils en vue de son mariage, de son adoption ou de sa mise en tutelle officieuse.

Pour le mariage, il ne fait pas de doute aujourd'hui que les règles relatives au consentement ne soient applicables aux enfants naturels légalement reconnus (3). L'article 158 du Code civil est formel à cet égard ; seul, l'article 150 relatif au consentement des aïeux et aïeules reste sans application à notre cas, conformément au

(1) Ce défaut de méthode avait frappé le Conseil d'Etat : un de ses membres avait proposé de réunir dans un même titre toutes les dispositions relatives à cette matière. C'est sur les observations du conseiller Réal, orateur du Gouvernement, que le système du Code fut adopté.

(2) Demolombe, t. VI, nos 268, 269 et 607.

(3) On sait qu'il en était autrement dans notre ancien droit. Voy. *supra*, p. 33.

principe singulier qui supprime tout lien de parenté entre ces ascendants et l'enfant naturel.

A défaut de père ou de mère — soit que l'enfant n'ait pas été reconnu, soit que, l'ayant été, ses parents soient décédés — le législateur n'a pas voulu que le mariage pût avoir lieu sans consentement, et, de même que, pour l'enfant légitime dépourvu de tout ascendant, il a écrit l'article 160, de même, pour l'enfant naturel, il a écrit l'article 159. Mais entre les deux dispositions, il a établi une différence difficile à justifier. Pour l'enfant légitime, le consentement doit être donné par le conseil de famille ; pour l'enfant naturel, par un tuteur *ad hoc*, « qui lui sera nommé », dit la loi, sans ajouter par qui. De là résulte une certaine difficulté dans l'interprétation.

De nombreux auteurs pensent que ce tuteur sera nommé par le conseil de famille. Mais, en dehors de ses père et mère, nous savons que l'enfant naturel n'a pas de parents : certains voient même dans cette particularité la raison pour laquelle le législateur a chargé un tuteur *ad hoc*, et non un conseil de famille, de donner le consentement au mariage. Comment dès lors composer l'assemblée ? Il est admis qu'on prendra simplement des personnes ayant eu des relations d'amitié avec le père ou la mère, ou — si l'enfant n'a pas été reconnu — des personnes lui portant un intérêt notoire ; le juge de paix pourrait même, en ce dernier cas, former le conseil comme il l'entend (1).

(1) Toullier, t. I, n° 551 ; — Merlin, *Répert.*, V° *Conseil de famille*, n° 2 ; — Duranton, t. II, n° 116 ; — Vazeille, t. I, n° 131 ; — Zachariæ, t. III, p. 272 ; — Valette (sur Proudhon), t. I, p. 399, note *a*, 1 ; — Demante, *Cours analyt.*, t. 1, n° 215 *bis* ; — Demolombe, t. III, n° 89. — Nîmes, 9 mars 1875, S. 76.2.181. Cet arrêt annule un contrat de mariage dans lequel un mineur naturel avait été assisté d'un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal.

D'autres estiment que ce système est tout à fait arbitraire ; ce conseil de famille sans parents leur paraît une conception inadmissible. L'autorité compétente pour la nomination du tuteur *ad hoc* est, à leur sens, le tribunal (1).

Nous avouons notre embarras à choisir entre ces opinions. Il n'y a, à notre avis, aucun motif d'équité ou de droit pour adopter l'une plutôt que l'autre. Chacune d'elles a le grave défaut de ne s'appuyer sur aucun texte et d'être l'œuvre exclusive de la doctrine. La faute en est du reste au législateur, qui, par son silence regrettable, a contraint l'interprète à suppléer à la loi. Cependant le premier système, qui évite toute complication et permet à l'enfant de se débarrasser rapidement d'une formalité exigée par le Code nous paraît, à ce point de vue, préférable. La vérité serait, croyons-nous, dans la suppression d'une mesure qui n'est qu'un inutile obstacle au mariage. Il n'est pas malaisé de faire ressortir l'inconséquence d'une législation qui dispense l'enfant du consentement de ses aïeux naturels pour exiger celui de tiers, le plus souvent indifférents. Le Code saxon de 1863 n'exige que le consentement de la mère naturelle pour les fiançailles et même pour le mariage ; et le défaut de consentement n'entraîne qu'une peine pécuniaire.

En ce qui concerne l'adoption, l'article 346 exige, jusqu'à 25 ans, pour le fils comme pour la fille, le consentement du père et de la mère, et, au delà, leur conseil,

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Principes de l'enregistrement*, sur l'art. 159 ; — Taulier, t. I, p. 265 ; — Laurent, t. II, n° 342.

(2) Nous retrouverons le même silence de la loi, les mêmes difficultés d'interprétation et le même arbitraire dans les solutions, à propos de la tutelle des enfants naturels. Voy. *infra* au chapitre suivant.

sans distinguer entre parents naturels ou légitimes. Les motifs étant absolument les mêmes que pour le mariage, il y a lieu d'appliquer aux enfants naturels les dispositions de cet article. Mais nous ne rencontrerons pas ici les difficultés soulevées par l'article 159, car, même pour les enfants légitimes, aucun autre consentement ou conseil n'est requis que celui des père et mère.

On applique, pour les mêmes raisons, à l'enfant naturel l'article 361, relatif à la tutelle officieuse. Si les père et mère sont décédés, on réunira donc un conseil de famille d'après les règles que nous exposerons en traitant de la tutelle. Mais la loi a prévu et réglé le cas où les père et mère sont inconnus. Si l'enfant a été élevé par l'Assistance publique, il devra requérir le consentement des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli (Loi du 15 pluviôse an XIII, art. 1 et 4), sinon il faudra qu'il obtienne le consentement de la municipalité du lieu de sa résidence. Cette municipalité est-elle, dans l'esprit de la loi, le conseil municipal ou le maire? Certains auteurs admettent la première signification (1). D'autres s'appuient sur le rôle d'administrateur du maire, représentant la municipalité, personne morale (Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 13-15; — loi du 18 juillet 1837, art. 9 et 4; — Code d'instr. crim., art. 624, modifié par la loi du 14 août 1885), et c'est de lui qu'ils exigent le consentement (2). La première opinion est admise en Belgique et la deuxième en France (3).

(1) Taulier, t. I, p. 467; — Marcadé, t. II, art. 361, n° 1.

(2) Demolombe, t. VI, n° 219; — Aubry et Rau, t. VI, § 563, note 3.

(3) Il y a lieu de remarquer ici que les enfants de parents inconnus qui ont été abandonnés à l'Assistance publique sont parfois le fruit du mariage. Mais ces enfants légitimes sont de beaucoup les moins nom-

On étend encore aux enfants naturels les dispositions des décrets des 18 février 1809 (art. 7) et 28 février 1810 (art. 4) relatifs aux consentements requis pour qu'une fille mineure de vingt et un ans soit admise à contracter des vœux dans une congrégation religieuse ou un fils mineur de vingt-cinq ans à entrer dans les ordres sacrés.

Un autre attribut de l'autorité paternelle est le droit reconnu aux parents de former opposition au mariage de leurs enfants ou, après célébration, d'en invoquer la nullité (1).

Le droit d'opposition ne résulte pas expressément pour les parents naturels des termes de l'article 173. Mais la généralité même des expressions employées autorise certainement l'extension de cette disposition. Du reste toute autre interprétation laisserait l'article 158 dépourvu de sanction.

On doit de même appliquer intégralement à l'enfant naturel les dispositions de l'article 175, relatif au droit du tuteur. Celui-ci, en effet, ne saurait être dispensé de l'autorisation du conseil de famille exigée par ce texte. C'est cependant le contraire qu'enseigne Delvincourt (2).

En ce qui concerne les nullités de mariage, il ne fait pas de doute qu'à l'enfant naturel, marié sans le consentement de ses père et mère, on n'applique les mêmes règles qu'à l'enfant légitime. Car la sanction qu'il faut donner à l'article 158 ne serait pas complète si, accor-

breux (un dixième environ) et, d'autre part, leur abandon les place au rang des enfants naturels assistés. C'est pourquoi nous ne distinguerons pas entre eux, en traitant des enfants trouvés.

(1) Demolombe, t. VI, n° 611.

(2) Voir t. I, p. 297, note 1.

dant aux parents naturels le droit d'opposition, on leur refusait ensuite celui de poursuivre la nullité du mariage.

Mais ici se produit une difficulté soulevée par l'article 159, véritable filon pour les chercheurs de controverses. Quelle sanction comportera le défaut de consentement du tuteur *ad hoc*, exigé par ce texte à défaut de parents ? Accordera-t-on en pareil cas, à ce tuteur, le droit d'attaquer le mariage ? On s'accorde à repousser cette solution. En effet, ou aucun tuteur *ad hoc* n'a été nommé avant le mariage, et les termes de l'article 159, très restrictifs, ne permettent pas qu'il en soit nommé un, ultérieurement, pour poursuivre la nullité, — ou un tuteur a été nommé, et sa mission, limitée strictement au droit d'accorder ou refuser son consentement, ne l'autorise pas, s'il n'a pas été consulté, à attaquer le mariage.

Mais, cette proposition admise, les avis se partagent sur le point de savoir à qui appartiendra le droit d'invoquer la nullité. En se fondant sur les termes de l'article 182, certains auteurs accordent ce droit à l'enfant naturel lui-même, marié sans consentement, et à son conseil de famille (1).

On a combattu cette opinion en objectant que, l'article 182 ne parlant pas du tuteur *ad hoc*, le défaut de consentement de ce dernier ne pouvait autoriser l'époux à attaquer le mariage, et que, le conseil de famille n'ayant pas, dans notre cas, à accorder son consentement, il n'avait aucun droit à poursuivre ensuite, de ce fait, la nullité (2).

(1) Valette (sur Proudhon), t. I, p. 434, note a, 1 ; — Demolombe, t. III, n° 278 ; — Delvincourt, t. I, p. 74, note 2.

(2) Loqué, *Législ. civ.*, t. IV, p. 455-456.

On peut répondre que l'article 182 est, comme tant d'autres, un texte écrit en vue des enfants légitimes qu'il faut appliquer aux enfants naturels, *mutatis mutandis*. Il faut donc y remplacer *conseil de famille* par *tuteur ad hoc*, puisque, à défaut de père ou mère, c'est le conseil de famille qui donnera son consentement, quand l'enfant est légitime, un tuteur *ad hoc*, quand l'enfant est naturel. L'objection faite au premier système nous paraît donc sans valeur. Mais pour le défendre, nous n'alléguerions pas, comme on l'a fait, que refuser de l'admettre serait priver l'enfant naturel d'un moyen de protection, précisément dans le cas où il lui est le plus nécessaire, car cet enfant se passera plus facilement du consentement d'un tuteur *ad hoc* que de celui de ses parents ; d'autant qu'en prenant au pied de la lettre l'article 156, comme on fait de l'article 182, il faudrait affranchir de toute peine l'officier de l'état civil qui n'aurait pas exigé, avant de célébrer le mariage, le consentement du tuteur *ad hoc*, puisqu'il n'est pas parlé de ce dernier en cette disposition. Cet argument, bien qu'exact, nous semblerait donc insuffisant pour nous faire adopter, à défaut d'autres raisons, le premier système ; du reste, nous l'avons dit, le consentement du tuteur nous paraît être bien plutôt un obstacle inutile au mariage qu'un moyen de protection, et nous ne verrions aucun inconvénient à ce qu'il fût possible d'éluder la prescription de l'article 159.

C'est ce qu'a estimé sans doute un deuxième parti qui refuse à l'enfant naturel aussi bien qu'au conseil de famille le droit d'invoquer la nullité (1). Notre préféré-

(1) Vazeille, t. I, n° 269 ; — Zachariæ, t. III, p. 272.

rence irait certainement à ce dernier système qui corrige une erreur du législateur. Mais nous ne pensons pas qu'il se fonde sur une interprétation rigoureuse des textes, et c'est à la première opinion que nous nous rallions, comme étant, sinon la plus pratique, du moins la plus juridique.

Un autre cas de nullité *relative* est le défaut de consentement des parties contractantes : nous n'en dirons rien, puisqu'aux termes de l'article 180, cette nullité ne peut être invoquée que par les époux eux-mêmes. Quant aux nullités *absolues* énumérées dans les articles 184 et 191 (défaut d'âge, bigamie, inceste, clandestinité), elles intéressent l'ordre public et peuvent être proposées, dit l'article 191 « par tous ceux qui y ont un intérêt » : il ne fait donc pas de doute qu'en parlant des père et mère, le même article ne veuille entendre les naturels aussi bien que les légitimes ; nous pensons même que les autres ascendants naturels dont l'*intérêt* est indéniable, doivent être également admis à attaquer le mariage.

L'article 935 accorde aux père et mère du mineur, émancipé ou non, ainsi qu'à ses autres ascendants même du vivant des père et mère, le droit d'accepter, au nom de ce mineur, les donations faites à son profit, bien qu'ils n'aient pas été investis de sa tutelle ou de sa curatelle. On s'accorde à reconnaître que cette exception s'étend aux père et mère d'un enfant naturel reconnu, mais évidemment pas à ses autres ascendants (1).

(1) Toullier, t. V, n° 199 ; — Duranton, t. VIII, n° 140 ; — Demolombe, t. XX, nos 194 et 195 ; — Aubry et Rau, t. VII, § 652, n° 4.

Aux termes de l'article 205, les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants dans le besoin, et l'article 207 rend réciproque cette obligation.

Doit-on étendre cette disposition aux parents naturels ? Le Code est muet sur ce point et, à ne considérer que l'intitulé du chapitre où se trouvent les articles 205 et 207 : *Des obligations qui naissent du mariage*, il ne semble pas que cette extension soit possible. Cependant la volonté du législateur, que nous avons déjà fait ressortir des travaux préparatoires, ne permet pas de douter du contraire.

Relativement aux aliments dus aux enfants, il n'est pas douteux et il n'est contesté par personne, qu'ils ne doivent être fournis par les parents illégitimes. Nous verrons, en effet, que le devoir d'éducation incombe à ces derniers : de ce fait résulte certainement pour eux l'obligation de fournir des aliments à leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie (1). C'était là, du reste, le système de notre ancienne jurisprudence. Le Parlement d'Aix avait même jugé en 1627 et en 1632 que l'aïeul paternel devait des aliments au bâtard de son fils (2). Quelque équitable et humaine que soit cette décision, si conforme à la loi naturelle, elle ne saurait être admise dans le droit actuel qui a supprimé tout lien de parenté entre les enfants naturels et leurs aïeux. Mais certains auteurs enseignent — et nous nous rallions à leur opinion — qu'il existe un lien de

(1) Proudhon, t. II, p. 106 ; — Delvincourt, t. I, p. 377 ; — Rolland de Villargues, *Enfants naturels*, n° 315. — Cassat., 16 novembre 1808, 27 août 1811 ; — Toulouse, 25 juillet 1863, Sir., 64.2.137, D. P. 63.2.131.

(2) Merlin, *Répert.*, V° *Aliments*, § I, VI.

parenté entre les père et mère d'enfant naturel et les descendants légitimes de ces derniers : l'obligation alimentaire existerait donc entre ces personnes (1).

Le Code *autrichien* reconnaît l'existence de l'obligation alimentaire chez les parents naturels. Le Code *péruvien* établit cette dette entre l'enfant naturel et ses aïeux, à la mort du père, et entre ce dernier et les enfants du bâtard, à la mort de celui-ci.

La réciprocité de l'obligation alimentaire ne saurait être contestée, en notre droit, car elle est consacrée par l'article 207 qui régit la matière. On hésite pourtant à accorder le droit aux aliments au père naturel dont on craint que l'aveu de paternité, qui n'offre pas toujours une garantie d'authenticité, ne soit dicté par un vil intérêt. Mais un pareil soupçon ne saurait peser sur tous les pères naturels. Comment le porterait-on sur ceux qui ont reconnu l'enfant dès la naissance ? Est-il possible qu'à ce moment ils aient prévu qu'un jour l'enfant serait plus fortuné qu'eux ? Peut-on dès lors les accuser de ne considérer qu'un intérêt très aléatoire, alors qu'au contraire ils s'imposent des obligations certaines ?

L'hésitation est moins possible encore en ce qui concerne le père « dont la paternité est moralement certaine et reconnue par la mère avec laquelle il a vécu dans cette espèce d'union que les Romains appelaient concubinage (2) ». Restent donc ceux qui ne reconnaissent l'en-

(1) Vazeille, *Du mariage*, t. II, n° 501 ; — Demolombe, t. V, nos 550 et 551. — En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, § 567, p. 154 ; — Laurent, t. IV, n° 21.

(2) Toullier, t. II, n° 1074. — Dans le même sens, Chardon, n° 127 ; — Duranton, t. II, n° 396 ; — Vazeille, t. II, n° 502 ; — Curasson, *Traité de la compétence des Juges de Paix*, t. II, p. 510 ; — Delvincourt, t. I, p. 223 ; — Chabot, *Des successions*, sur l'art. 756, n° 37 ; — Demolombe, t. IV, n° 18 ; — Favard, *Répert.*, V° *Enfant naturel*, § 1, n° 3 ; — Aubry

fant que lorsqu'il a atteint un certain âge et acquis quelque fortune. Sans doute leur aveu peut paraître suspect. Mais une telle appréciation ne peut qu'être abandonnée à la prudence du magistrat qui, s'il y a lieu, refusera les aliments. On n'en doit pas moins admettre le principe de la créance alimentaire du père naturel : car il serait injuste d'obliger celui-ci à fournir des aliments à son enfant et de lui refuser un droit réciproque.

*
* *

Telles sont les dispositions du Code civil qui, en dehors du titre de la *Puissance paternelle*, fixent certains rapports entre parents et enfants.

Nous arrivons ainsi à ce titre IX du livre I^{er} du Code, où se trouvent réglés les attributs de la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire de celle qui ne se prolonge pas au delà de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant.

Il est cependant un article du titre, l'article 391, auquel ne saurait s'appliquer cette définition ; et, d'autre part, on doit comprendre dans les effets de l'autorité paternelle ainsi définie, la disposition de l'article 203 placé dans le chapitre V du titre du *Mariage*.

L'article 371 déclarant que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », est, par sa place au début du titre, comme par ses termes mêmes, la base de toute la matière. C'est un précepte purement moral, dépourvu de sanction, mais entraînant certaines conséquences que le législateur a lui-même déduites en formulant les règles relatives à l'autorité paternelle. « Cet article, a dit Bigot-Préameneu, contient le

et Rau, t. VI, § 571, p. 214, texte et note 19. — Bordeaux, 20 mars 1837, S. 37.2.483.

principe dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences, et d'ailleurs, en beaucoup d'occasions, il deviendra un point d'appui pour les juges » (1).

La doctrine, s'appuyant sur ces derniers mots, a cru devoir ajouter à l'œuvre du législateur en tirant de l'article 371 de nouvelles conséquences. Peut-être, en certains cas, a-t-elle excédé son droit d'interprétation en édictant des règles que n'avaient sans doute pas prévues les rédacteurs du Code.

C'est ainsi que Duranton enseigne que l'enfant ne peut jamais intenter contre ses père et mère une action déshonorante et en donne pour exemple l'article 380 du Code pénal (2). Mais cette disposition établissant une immunité pour les soustractions commises entre certains parents est-elle bien une conséquence de l'article 371 ? On en peut douter lorsqu'on considère qu'elle s'étend à toute une série de personnes unies par d'autres liens que la paternité.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que l'article 380 — et la règle établie par Duranton, si on l'admet — soient applicables aux enfants naturels comme aux légitimes (3).

C'est dans l'article 203, placé, avons-nous dit, hors du titre de la *Puissance paternelle*, que le législateur a traité du devoir d'éducation. Il est ainsi conçu :

Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

(1) Loqué, *Léisl. civ.*, t. VII, p. 28.

(2) Duranton, t. III, n° 350. — Voir aussi Proudhon, t. I, p. 238.

(3) En ce sens : Demolombe, t. VI, n° 617 ; — Laurent, t. IV, n° 354 ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 215, § 571.

Cette rédaction et la place de la disposition dans le titre du *Mariage* sembleraient indiquer que les père et mère naturels n'ont pas ce devoir. Mais nous avons déjà rencontré semblable difficulté pour l'article 373 et nous avons vu que le mot *mariage*, qu'il renferme, n'en empêchait pas l'application au père naturel. On saurait d'autant moins, dans le cas présent, s'arrêter à une question de mots, qu'il n'est pas contestable que le devoir d'éducation soit une émanation directe de l'autorité paternelle, et, comme tel, doive être étendu aux parents naturels, — à moins qu'on ne refuse à ceux-ci toute puissance.

Du reste la pensée du législateur s'est nettement révélée sur ce point, puisqu'en accordant expressément, par l'article 383, le droit de correction aux parents naturels, il n'a fait en somme que les munir d'une arme, dont nous ne discutons pas la valeur, mais qu'il a jugée excellente pour l'exercice du devoir d'éducation.

C'est l'article 372, aux termes duquel « l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation », qui donne aux parents le droit d'éducation qui est le corollaire de leur devoir. On a contesté l'application de ce texte aux parents naturels sur ce fondement que l'article 383 ne le mentionne pas. Nous avons réfuté l'objection par avance en montrant que l'énumération de l'article 383 ne peut être considérée comme limitative et qu'elle est, en fait, plus ou moins augmentée par la doctrine et la jurisprudence.

Celle-ci n'hésite pas à donner aux parents naturels le droit d'éducation. Quant au devoir, elle va jusqu'à admettre qu'il existe, comme obligation naturelle, à l'égard des enfants même non reconnus ; elle voit donc

une cause valable à l'engagement de pourvoir aux besoins d'un enfant qu'on se refuse à reconnaître (1).

On s'est demandé s'il y avait une sanction à l'article 203 et si les parents qui ne remplissaient pas leur devoir d'éducation pouvaient y être contraints. La volonté du législateur ne fait pas de doute sur ce point, si l'on considère l'article 204, aux termes duquel « l'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». C'est dire, *a contrario*, que la contrainte peut intervenir pour l'exécution de la dette d'éducation jusqu'à l'établissement, exclusivement : cet établissement n'est, en effet, que le résultat de l'éducation fournie par les parents, mais n'en fait pas partie. Comme il pouvait cependant y avoir doute à cet égard, le législateur a tenu à s'expliquer nettement en refusant dans ce cas l'action qu'il entendait donner dans tous les autres (2).

Si l'on admet l'existence d'une sanction à l'article 203, révélée par l'article 204, on ne saurait refuser d'appliquer aux parents naturels le second de ces articles aussi bien que le premier (3).

(1) Montpellier, 7 décembre 1843, S. 44.2.205 ; — Cass., 27 mai 1862, D. P. 62.1.209 ; — Douai, 15 mars 1865, S. 66.2.96 ; — Caen, 5 juillet 1875, S. 75.2.331.

(2) En sens contraire : Villebrun, *De l'évolution des caractères de la déchéance de la puissance paternelle*, thèse Paris, 1899, p. 42.

(3) On doit également appliquer aux parents naturels toutes les dispositions légales postérieures au Code civil, qui ont sanctionné le défaut ou l'insuffisance d'éducation : loi du 22 février 1851, *sur le contrat d'apprentissage* ; lois des 22 mars 1841 et 19 mai 1874, *sur le travail des enfants employés dans l'industrie* ; loi du 7 décembre 1874, *sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes* ; loi du 23 décembre 1874, *sur la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons* ; loi du 28 mars 1882, *sur l'enseignement primaire obligatoire* ; loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*.

Plusieurs auteurs, tout en admettant que le devoir d'éducation incombe aux père et mère naturels, prétendent qu'il est, pour eux, moins étendu que pour les père et mère légitimes. « Le père naturel, a-t-on dit, n'est point obligé, même moralement, de faire élever son enfant naturel d'une manière conforme à son rang et à sa position personnelle... Le vœu de la loi est qu'il existe une certaine distance entre les enfants d'un légitime mariage et le fruit d'un commerce illicite » (1). Un pareil vœu n'est formulé nulle part. Il ne faut donc voir dans cette affirmation que le résultat de la fâcheuse tendance que montrent certains auteurs à refuser, de parti-pris, aux enfants naturels l'application du droit commun, même alors que la loi ne s'y oppose nullement. Dans le cas présent, le système qu'on essaye de fonder sur le vœu de la loi pourrait tout au plus se soutenir à l'égard des enfants adultérins ou incestueux, en arguant des termes de l'article 764 ; encore verrons-nous que, même pour ces derniers, il n'est rien moins que sûr qu'on puisse donner une telle portée à cette disposition (2).

Le Code *saxon* de 1863 impose au père naturel, et subsidiairement à la mère, de doter leur fille.

Le droit de garde dérive également pour les parents naturels du droit de correction. On peut donc affirmer que l'article 374 est applicable à l'enfant naturel. Celui-ci sera sous la garde de ses père et mère, ou, s'il y a séparation de fait entre eux, sous la garde de celui qui l'a reconnu ou qui en a pris la charge. En cas de conflit

(1) Dalloz, *Rép.*, V° *Mariage*, n° 618.

(2) Voy. *infra*, p. 115.

entre les parents, il appartiendra aux tribunaux de régler l'exercice de leurs droits respectifs, en tenant compte avant tout du plus grand intérêt des enfants (1). Ainsi en décide la jurisprudence la plus récente, faisant une sage application des principes du droit commun. Car nous nous refusons à voir dans ce système, comme font certains auteurs, une différence entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Pour le divorce, la situation est exactement la même et l'enfant légitime peut, si le juge l'estime utile, être confié à sa mère. L'abandon de la mère naturelle étant, en somme, le divorce des ménages irréguliers, la solution adoptée, en cas de contestation sur la garde, devait être la même, et elle l'est en effet. Mais la crainte d'une comparaison entre les deux situations fait qu'on appelle ce qui, en réalité, est presque une similitude, une différence ou une « modification de principes » (2).

On enseigne de même que le juge peut, suivant les circonstances, enlever au père et confier à la mère ou même à telle personne qu'il estimera convenable la garde et l'éducation de l'enfant, et l'on présente cette règle comme une dérogation aux principes régissant les familles légitimes (3). Or ce sont les dispositions mêmes de l'article 302. Pourquoi ne pas dire plus simplement que cette disposition est applicable aux enfants naturels ?

On peut, il est vrai, objecter que ce droit appartient aux tribunaux, alors même que le père n'aurait pas

(1) Trib. civ. Remiremont, 30 janvier 1896, *Le Droit*, 18 avril 1896 ; — Trib. civ. Auxerre, 20 janvier 1897, *Le Droit*, 4 février 1897 ; — Trib. civ. Seine, 23 novembre 1897, *Fr. jud.*, 98.2.246.

(2) Laurent, t. IV, n° 355 ; — Demolombe, t. VI, nos 620 et s.

(3) Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 212.

abandonné sa concubine ; qu'il suffirait que, par sa conduite, le père fût jugé indigne de la puissance paternelle pour que l'exercice de cette dernière lui fût partiellement retiré ; qu'il ne saurait donc y avoir le moindre rapport entre cette mesure et l'article 302. Nous reconnaissons que ce cas est bien différent de celui d'abandon de la mère. Mais il n'est cependant qu'une application de principes concernant également les parents légitimes. En effet, ce pouvoir donné aux tribunaux est l'œuvre de la jurisprudence antérieure à la loi du 24 juillet 1889, relative à la déchéance de la puissance paternelle. Cette jurisprudence, pour combler une lacune de la loi, autorisait le juge à priver partiellement de l'exercice de l'autorité paternelle les parents indignes, qu'ils fussent légitimes ou naturels. La règle exposée plus haut n'est donc qu'une conséquence de ce système. Or nous verrons que la loi du 24 juillet 1889 est venue sur ce point modifier la jurisprudence et que la déchéance de la puissance paternelle ne peut désormais être prononcée qu'intégralement et pour les causes énumérées par la loi (1). Nous pensons donc qu'il faut désormais refuser aux tribunaux le droit d'enlever au père naturel une partie des attributs de sa puissance, tels que le droit de garde ou le droit d'éducation. Car la nouvelle loi ne distingue pas plus que ne faisait la jurisprudence antérieure entre parents légitimes et naturels et il n'y a aucun motif juridique de refuser à ces derniers l'application des nouveaux principes apportés par cette loi.

Nous pensons donc que le droit de garde appartient

(1) Voy. *infra*, 2^e partie, chap. IV.

au père naturel de préférence à la mère, à moins qu'il n'abandonne celle-ci, ce qui autoriserait les tribunaux à lui faire application de l'article 302 et à lui retirer ce droit. Hors ce cas, cet attribut de sa puissance ne pourrait lui être enlevé que s'il encourait la déchéance complète prévue par la loi de 1889.

Pour le droit de correction, il existe, avons-nous dit, un texte l'accordant expressément aux parents naturels. C'est l'article 383 dont nous avons, à plusieurs reprises, invoqué les dispositions, car il est le seul du titre de la *Puissance paternelle* qui traite de notre sujet.

Nous savons avec quelles hésitations il fut procédé à sa rédaction et comment il remplaça, dans l'esprit du législateur, un projet d'article consacrant, sur un point, l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes. De cette incertitude est résulté ce texte défectueux, incomplet, fertile en sujets de controverses, et qui, sur la matière même qu'il entend régler — le droit de correction — a divisé la doctrine plus que sur celles dont le Code ne parle pas.

L'article 383 est ainsi conçu :

Les articles 376, 377, 378 et 379, seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.

Pris à la lettre, il signifie que le droit de correction appartient aux parents naturels *comme* aux parents légitimes (1), avec cette différence toutefois que certaines

(1) Certains auteurs donnent une toute autre signification à ce texte et lui font dire que le droit de correction appartient à la mère naturelle *comme* au père naturel, donnant ainsi à la première des droits que, dans le mariage, la loi n'accorde qu'au père. Cette interprétation nous paraît erronée et nous la réfutons plus loin. Voy. *infra*, p. 72.

règles n'en seraient pas applicables aux premiers, puisqu'il est muet à leur égard. Ce sont celles que contiennent les articles 380, 381 et 382, qui restreignent le droit des parents dans les cas de nouveau mariage du père (380), de veuvage de la mère (381), ou lorsque l'enfant « a des biens personnels ou exerce un état » (382).

Cette interprétation restrictive est assez généralement admise. Mais elle n'a pas satisfait certains auteurs qui pensent que les dispositions des articles 380, 381 et 382 doivent, malgré le silence de l'article 383, être étendues, *mutatis mutandis*, aux parents naturels.

Les partisans du premier système déclarent qu'on ne saurait même pas concevoir la possibilité d'application de ces articles : car l'article 380 suppose un père veuf qui se remarie, ce qui ne peut s'entendre d'un père naturel ; et l'article 381 suppose que la mère devra requérir le concours des deux plus proches parents paternels, ce qui est impossible dans le cas qui nous occupe puisque l'enfant naturel est civilement étranger aux parents de ses père et mère. L'article 382 ne soulève pas les mêmes objections ; mais, dit l'un, le législateur l'exclut par cela seul qu'il ne s'y réfère pas ; d'autre part, déclare un autre, la position des enfants naturels, *généralement mécontents de leur sort*, tendant nécessairement à les rendre moins soumis, le législateur, frappé de cette considération n'a pas voulu affaiblir encore à leur égard l'autorité paternelle, déjà si faible dans nos mœurs (1). Enfin, ajoute-t-on, il résulte des paroles de

(1) Duranton, t. III, n° 360 ; — Laurent, t. IV, n° 357 ; — Proudhon, *Des personnes*, t. II, p. 249 ; — Zachariæ, t. IV, p. 83 ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 210, 7 et notes ; — Taulier, t. I, p. 484-485 ; — Allemand, *Du mariage*, t. II, n° 1089 ; — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 986.

l'orateur du Tribunat, Albisson, que l'article 383 ne peut s'appliquer à d'autres articles que ceux qu'il énumère : « *Quatre de ces dispositions clairement désignées*, a dit en effet ce législateur, sont communes aux père et mère des enfants naturels (1) ».

La faiblesse des arguments par lesquels on essaie de justifier l'exclusion de l'article 382 a donné naissance à une opinion mixte qui le déclare applicable aux parents naturels, mais qui refuse de leur étendre les dispositions des articles 380 et 381 (2). D'autre part, on a enseigné que, seul des trois, l'article 381 concernait les enfants naturels parce que le motif de la loi, à savoir la faiblesse du sexe, existait également dans l'une et l'autre hypothèses (3).

La dernière opinion, qui admet l'extension intégrale des trois dispositions, nous paraît, malgré la défaveur dans laquelle on la tient, moins arbitraire et mieux fondée.

On ne saurait en effet s'arrêter à la lettre de l'article 383. Ce texte ne fait aucune mention des articles 371, 372, 373, 374 et cependant on les applique aux parents naturels : il y a accord sur ce point dans la doctrine et la jurisprudence pour les articles 371, 372, 374.

On ne saurait davantage arguer des expressions des articles 380, 381 qui ne seraient pas appropriées à notre espèce : *père remarié, mère non remariée, parents paternels*. Faut-il répéter encore que ces dispositions, écrites en vue des enfants légitimes, ne peuvent être

(1) Discours d'Albisson, n° 7 : Loqué, t. III, p. 344.

(2) Ducaurroy, t. I, art. 383, nos 561-562.

(3) Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 128 bis, IX.

appliquées que par analogie et *mutatis mutandis* aux enfants naturels ?

Quant à l'affirmation que l'enfant naturel est moins respectueux, moins soumis, plus indiscipliné que l'enfant légitime, nous la jugeons, pour le moins, dénuée de preuves. Nous la trouverions déjà insuffisante pour justifier la nécessité d'un « pouvoir plus fort, d'une main plus ferme » ; encore moins nous suffira-t-elle pour prouver l'existence d'un pareil droit qui n'est écrit nulle part dans la loi. L'opinion contraire nous surprend, sous la plume de ceux mêmes aux yeux de qui un mot de trop ou un chiffre de moins dans un texte sont des raisons puissantes pour adopter ou repousser un système. Quant aux paroles du tribun Albisson, on peut s'étonner de les voir invoquer ici. Car il n'est pas un auteur qui n'applique aux enfants naturels, en outre des « quatre dispositions clairement désignées » par l'article 383, plusieurs des autres que contient le titre de la *Puissance paternelle*. Pourquoi dès lors se servir d'un argument qui, utile sur un point, deviendra gênant sur un autre et qu'il faudra à ce moment passer sous silence ?

Ce qui se dégage nettement de cette controverse, c'est que certains auteurs, en notre matière, semblent vouloir n'admettre de parti pris que la solution la plus défavorable à l'enfant naturel, dussent-ils pour cela contredire leurs propres opinions. C'est ainsi que d'aucuns restreignent le droit de garde et le devoir d'éducation, et, dix pages plus loin, augmentent le droit de correction : les premiers sont pourtant d'une incontestable utilité pour l'enfant, le second peut lui être funeste.

En faveur de notre opinion militent de profonds mo-

tifs de logique et d'humanité. Mais l'étude même du texte fournit encore des arguments à notre système.

On discute en effet sur le sens à donner aux mots : *seront communs aux pères et mères des enfants naturels*, contenus dans l'article 383.

Certains auteurs en concluent que l'exercice du droit de correction appartient *concurrément* aux père et mère naturels et non pas, comme dans le mariage, uniquement au père, à moins que celui-ci ne soit décédé ou dans l'impossibilité, juridiquement reconnue, de l'exercer lui-même (en ce cas, le droit passe à la mère non sans certaines restrictions) (1). Les partisans de ce système sont les mêmes qui donnent un droit égal de puissance au père et à la mère naturels, et, à cet égard, ils se montrent logiques (2). Mais les arguments moraux qu'ils invoquent étant forcément les mêmes nous nous contenterons, sur ce point, de renvoyer à des réfutations déjà faites et à n'aborder ici que la question de texte.

Or l'argumentation de ces auteurs n'est possible qu'en admettant que les articles 380, 381, 382 ne sont pas visés par l'article 383 ; et, de fait, ces auteurs soutiennent également ce dernier système. En effet les articles 376, 377, 378 et 379 ne parlant que du père, il est certain que l'article 383, en les rendant communs aux pères et *mères* naturels, peut paraître vouloir étendre à celles-ci des droits que n'ont pas les mères légitimes. Encore y aurait-

(1) Chardon, *Puissance paternelle*, nos 70-71.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 190, n° 128 bis, III. En notre sens, Marcadé, t. II, p. 149, n° II, sur l'article 383 ; — Demolombe, t. VI, n° 637 ; — M. Baudry-Lacantinerie, tout en repoussant l'extension des articles 380, 381 et 382 aux parents naturels, accorde néanmoins au père illégitime la prééminence sur la mère, au point de vue de l'exercice de la puissance paternelle (*Précis*, t. I, n° 986).

il en ce cas, dans la rédaction de l'article, une incorrection grammaticale ; il faudrait en bon français : *seront communs AUX pères et AUX mères....* et non : *seront communs AUX pères et mères.*

Si, par contraire, on étend la disposition de l'article 383 aux articles 380, 381 et 382, ce texte prend une toute autre signification : il dit que certains articles, concernant les droits de correction du père légitime, seront communs au père naturel, et que d'autres concernant les droits de la mère légitime seront communs à la mère naturelle. Le mot *commun* ne pouvait avoir un autre sens dans la pensée du législateur qui a, sans conteste, voulu, par l'article 383, étendre aux parents naturels des dispositions formulées pour les parents légitimes et non point régler, *entre* parents naturels, l'exercice du droit de correction. En donnant cette portée au texte, l'incorrection grammaticale que nous avons signalée disparaît, car il signifie : *Les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus et aux pères et mères des enfants légitimes.* Ce dernier membre de phrase est sous-entendu, mais l'analyse logique et les règles du style en démontrent l'existence ; car des dispositions ne peuvent être communes à une catégorie de personnes seulement — ce qui ne veut rien dire — mais elles le sont à une catégorie et à une autre, ce qui est notre cas.

Mais, du fait même que le législateur a rendu communs aux *pères et mères* naturels des textes écrits pour les *pères et mères* légitimes, il est évident que les textes ainsi étendus devront concerner précisément ces *pères et mères* légitimes. Or les articles mentionnés par l'article 383 ne parlent que du père ; seul, l'article 381 a

trait à la mère légitime. Ce dernier était donc visé, dans la pensée des rédacteurs du Code, par l'article 383. Et si on l'admet, il est difficile d'adopter une autre solution pour l'article 380 et moins encore pour l'article 382.

En conséquence, nous admettons : 1° que le *père naturel* ne pourra faire détenir que *par voie de réquisition* son enfant, même au-dessous de seize ans, lorsqu'il aura épousé une femme autre que la mère de cet enfant (art. 380) (1) ; nous pensons même qu'on devrait encore appliquer cette règle lorsque le père, sans *épouser* cette autre femme, vivrait avec elle *maritalement* : les motifs sont en effet les mêmes et l'on ne saurait opposer les termes de l'article 380, qui, de toute manière, ne peuvent être interprétés à la lettre ; — 2° que le *père naturel* ne pourra également faire détenir que *par voie de réquisition* son enfant, même au-dessous de seize ans, lorsque celui-ci aura des biens personnels ou qu'il exercera un état (art. 382) ; — 3° que la *mère naturelle* ne pourra jamais faire détenir son enfant *par voie d'autorité* (art. 381) ; car nous ne croyons pas que le Code lui ait, par l'article 383, donné les droits qu'il refuse à la mère légitime ; même par voie de réquisition, elle devra requérir le concours, non de deux parents paternels puisqu'il n'en saurait exister, mais de deux amis du père. Cette solution soulève les protestations de certains auteurs qui persistent à vouloir appliquer à la lettre des textes qui ne peuvent s'interpréter que par analogie : aussi suppriment-ils tout simplement cette formalité ; — 4° qu'enfin la mère naturelle, mariée à un autre que le père de son enfant, ne pourra d'aucune manière requérir sa

(1) Demolombe, t. VI, nos 645-646.

détention (arg. des mots : *non remariée*) et ici, comme pour le père, nous pensons que la même règle serait applicable à la mère qui, sans se remarier, unirait son existence à un autre que le père de son enfant.

*
**

Le titre de la *Puissance paternelle*, en ses derniers articles, organise le droit d'usufruit accordé aux parents sur les biens de l'enfant. Le titre suivant : *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, traite de l'administration légale de ces biens, dans l'article 389.

On s'accorde à faire dériver ces deux droits de la puissance paternelle. Nous allons donc rechercher s'il y a lieu de les accorder aux parents naturels.

En premier lieu, et sans souci du classement défectueux adopté par le Code, examinons si la loi a chargé de l'administration des biens de son enfant le père illégitime, — si, en d'autres termes, l'article 389 est applicable à ce dernier.

La doctrine est presque unanime à repousser cette extension, en invoquant encore des arguments que nous avons réfutés déjà.

1° Aucun texte de *loi* ne confie cette administration *légale* au père naturel. Mais c'est la doctrine qui l'a appelée *légale* alors que la *loi* ne la qualifie pas. L'absence de texte s'explique du reste aisément, en une matière sur laquelle le législateur s'est montré si discret. Sa discrétion va même jusqu'au mutisme en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels ; dira-t-on cependant que ceux-ci en doivent être privés ? Bien au contraire, on veut remplacer l'administration du père par

l'administration du tuteur. La loi ne parle de l'une pas plus que de l'autre ; mais la première est plus logique : pourquoi choisir la seconde.

2° On préfère la tutelle parce qu'il serait dangereux de confier au père naturel ce droit d'administration qui ne présente pas les garanties d'une tutelle, à savoir : l'hypothèque légale, la subrogée-tutelle, le conseil de famille, la possibilité d'exclusion et de destitution, la limitation dans les droits de gestion (1). En cas de légitimité, elles sont remplacées par la garantie morale qu'offre le mariage ; mais la paternité naturelle ne saurait présenter la même sécurité et l'on doit craindre que, faute de ces garanties, le père illégitime ne dissipe les biens de son enfant.

De cet argument qui n'est qu'une injuste accusation, tous les adversaires de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes ont abusé. Sont-ils bien sincères ? Si c'est vraiment le seul intérêt de l'enfant naturel qui les guide, il est bien étonnant que, sur d'autres points où cet intérêt commanderait manifestement telle solution, ils adoptent précisément la solution contraire, très préjudiciable à l'enfant.

Nous ne voyons pas du tout pourquoi un père — lorsqu'il a, de plein gré, reconnu son enfant — aurait pour celui-ci moins d'affection qu'un père légitime ? Pourquoi dès lors sa gestion administrative semblerait-elle suspecte ? C'est une vérité admise par la plupart, sans discussion, que le père naturel est un être sans

(1) Il est bon de noter ici que certains auteurs, assez rares du reste, enseignent qu'on doit appliquer à l'administration du père toutes les règles de la tutelle (Persil, *Du régime hypothéc.*, t. I, art. 2121, n° 26). Dans cette opinion, la première offre donc les mêmes garanties que la seconde.

cœur ni moralité, incapable d'aimer sa femme ou ses enfants et ne pouvant apporter la moindre probité dans ses rapports avec eux. Nous pensons plutôt que, lorsque le père naturel est égoïste et dénué d'amour familial, il commence le plus souvent par ne pas reconnaître son enfant ou, s'il ne l'a pas osé, il se hâte d'abandonner la mère sans plus se soucier de sa progéniture. Or, dans le premier cas, la filiation, n'étant établie qu'à l'égard de la mère, celle-ci seule aura des droits sur son enfant. En l'espèce, elle sera non pas administratrice, ou, comme l'enseignent certains auteurs, tutrice légale de l'enfant (1). De toute manière, le père sera complètement exclu. Dans le second cas, la mère abandonnée aura seule, par extension des articles 302 et 303, et au moyen d'une décision judiciaire, l'exercice de l'autorité paternelle avec toutes ses conséquences ; elle aura donc soit la tutelle, soit l'administration légale, suivant l'opinion qu'on adopte sur ce point. Mais le père sera exclu et les intérêts de l'enfant sauvegardés.

On objectera qu'il existe des cas de reconnaissance forcée où le père ne saurait avoir pour l'enfant toute l'affection désirable et où l'on peut avoir des doutes sur la régularité de sa gestion. Mais une situation sem-

(1) On a prétendu, en effet, que si la puissance paternelle passe à la mère en cas de dissolution du mariage, il n'en est plus de même de l'administration légale ; cette dissolution donnerait précisément ouverture à la tutelle et mettrait par suite fin à l'administration. Resteraient donc les cas où le père est dans l'impossibilité d'administrer, soit *physiquement* (absence), soit *moralemment* (folie sans interdiction), soit *légalement* (interdiction judiciaire ou légale, déchéance de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889). Cette opinion est contraire aux termes de l'article 390 qui ne donne ouverture à la tutelle légale qu'après dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux. Elle est du reste repoussée par la jurisprudence : Paris, 15 décembre 1886, S. 88. 2.217.

blable — pire peut-être — ne se conçoit-elle pas pour le père légitime ? Quelle affection a ce dernier pour l'enfant qu'il n'a aucun moyen légal de désavouer et qu'il sait n'être pas sien ? Lui retire-t-on cependant l'administration des biens de celui qui n'est même pas son fils ? Et cet exemple n'est pas rare, moins peut-être que ceux de reconnaissance forcée.

Il est parfaitement inexact et injuste d'affirmer que tous les pères naturels seront d'infidèles administrateurs. La vérité est que, dans la légitimité aussi bien qu'en dehors, l'incurie ou la mauvaise foi des pères sont *également* à redouter ; car le mariage ne saurait avoir pour effet de donner de la probité à ceux qui en sont dépourvus, et un honnête homme ne devient pas malhonnête par le seul fait qu'il ne légalise pas une union de son choix.

Il est seulement regrettable que le juge soit aujourd'hui à peu près désarmé pour destituer le père, *légitime ou naturel*, de l'administration dont il se montre indigne. Les tribunaux avaient certainement ce pouvoir antérieurement à la loi du 24 juillet 1889, c'est-à-dire qu'il leur était possible, pour des raisons laissées à leur appréciation, de retirer aux parents l'exercice d'un ou de quelques-uns seulement des attributs de la puissance paternelle, par exemple l'exercice du droit de garde ou l'administration légale. La loi de 1889 a modifié la jurisprudence. Celle-ci, s'appuyant sur les travaux préparatoires qui n'offrent point de doute à cet égard, considère la puissance paternelle comme indivisible ; et, comme la loi a limitativement indiqué dans quels cas il y aurait lieu à déchéance, il arrive le plus souvent que le juge ne peut rien contre un père qui n'est que

mauvais administrateur. C'est là une lacune à combler, mais, nous le répétons, le danger se présente avec les pères légitimes tout autant qu'avec les pères naturels (1).

3° Comme dernier argument, nos adversaires allèguent que les mots *durant le mariage*, contenus dans l'article 389 excluent expressément le père naturel du droit d'administration. Nous nous contenterons de renvoyer aux explications que nous avons opposées à cette objection souvent renouvelée (2).

Nous n'ajouterons à nos réfutations qu'une considération pratique. En fait, il arrivera très rarement que le père naturel soit appelé à administrer des biens de ses enfants ; car ceux-ci ne peuvent succéder qu'à leurs frères et sœurs naturels — et seulement en cas de prédécès des père et mère (art. 766), — ou à l'un de ces derniers — et ce décès donne ouverture à la tutelle. Ils ne possèdent donc jusqu'à leur majorité que le produit de minimes salaires ou de libéralités problématiques. C'est de ce

(1) On enseigne cependant que même sous l'empire de la nouvelle loi le juge conserve le droit — soit que la déchéance soit jugée trop rigoureuse, soit qu'on ne se trouve pas exactement dans un des cas visés par la loi — de prononcer seulement certaines restrictions à l'exercice du pouvoir paternel (Voir Maurice Vingtain, *Des restrictions et déchéances de la puissance paternelle*, thèse Paris, 1891, p. 162 et suiv.). Cette opinion n'a pas, nous l'avons vu, prévalu dans la jurisprudence (Poitiers, 21 juillet 1890, D. P. 91.2.73 ; Douai, 8 mai 1893, D. P. 93.2.401, et notes de M. de Loynes sous ces arrêts ; Trib. civ. de Villeneuve-sur Lot, 25 novembre 1893, D. P. 94.2.395), ni dans la doctrine (Leloir, *Code de la puis. patern.*, p. 387 et 388 ; Taudière, *Traité de la puis. patern.*, p. 414 ; Villebrun, *op. cit.*, p. 76 et suiv.).

(2) Marcadé, sur l'article 389, n° 2 ; — Taulier, t. I, p. 504 ; — Demolombe, t. VI, nos 650, 651 ; t. VIII, n° 381 ; — Trib. corr. Seine, 25 avril 1891, *Gaz. Pal.*, 91.1.703 ; — Paris, 17 mars 1897, D. P. 97.2.215 ; — En notre sens : Favard, *Rép.*, V° *Enfant naturel*, § 3, n° 2 ; — Toullier, t. II, n° 1073 ; — Laurent, t. IV, n° 359.

maigre pécule, s'il en existe un, que le père aurait l'administration : il est peut-être exagéré de s'alarmer pour sa sauvegarde autant que le font la plupart des auteurs.

L'extension du droit d'usufruit légal aux parents naturels rencontre, dans la doctrine et la jurisprudence, la même défaveur que celle du droit d'administration. Pareils aussi, sont les arguments sur lesquels on établit le système, et la réfutation que nous en avons déjà faite nous commande de ne pas tomber dans des redites.

1° Cet usufruit est *légal*, dit-on : il faudrait donc pour l'appliquer aux père et mère naturels, un texte de *loi* qui n'existe nulle part.

2° Le législateur avait des motifs d'ordre moral pour ne pas accorder cet usufruit aux parents illégitimes. Il ne fallait pas accorder à la paternité naturelle une sorte de récompense pécuniaire, il fallait craindre que cette récompense, si elle existait, ne devint elle-même une cause de reconnaissances frauduleuses, toujours plus ou moins difficiles à contester (1).

3° Les termes de l'article 384 s'opposent à cette extension : durant le *mariage*, après la *dissolution du mariage*.

Cette argumentation se réduit donc à deux objections de texte déjà réfutées et à l'inévitable suspicion dont on entoure les parents naturels.

Pourquoi voir une récompense dans l'usufruit légal ? N'est-il pas plutôt la juste compensation des dépenses occasionnées aux père et mère par la garde et l'éducation de leurs enfants ? Or, on ne conteste guère que l'arti-

(1) Voy. *suprà*, p. 60.

cle 203 soit applicable aux parents illégitimes et que ceux-ci aient, dans leurs attributions, le devoir d'éducation, au même titre que les parents légitimes. C'est par ce devoir dignement accompli que le père, quel qu'il soit, devient un élément de force sociale, en formant l'esprit après avoir créé l'individu. Il est donc juste que, jusqu'au jour où l'enfant aura acquis assez d'énergie morale et physique pour se passer de l'aide de ses parents, ceux-ci touchent à sa place les revenus des biens qu'il peut avoir, pour les affecter à son entretien. Cela est vrai de tous les pères et mères, fussent-ils naturels ; le droit d'usufruit serait, peut-être même, justifié davantage à l'égard de ceux-ci, qui ont d'autant plus de mérite à se charger de l'éducation de leurs enfants qu'une morale, reçue mais peu élevée, ne le leur commandait pas. C'est précisément à eux qu'on s'accorde à le refuser.

On va jusqu'à invoquer la maxime : *nemo debet ex delicto consequi emolumentum*, faisant ainsi, en dehors de tout texte, un délit de la paternité illégitime. Celle-ci est blâmable, sans doute, lorsqu'elle n'est pas suivie d'une reconnaissance ; elle est digne d'intérêt, lorsque les parents ont eu à cœur d'assumer, en avouant leur acte, toutes les responsabilités qui en dérivent. Nous ne voyons donc rien que de très légitime à accorder à ces parents très estimables un droit de jouissance qui n'est nullement, comme on l'a écrit avec quelque emphase, « une prime à la débauche ».

Quant à la crainte de voir l'appât du gain déterminer des reconnaissances intéressées, c'est une objection qu'on a faite aussi à l'attribution aux parents naturels d'une créance alimentaire et que nous avons déjà réfu-

tée à ce propos (1). Elle n'a pourtant, sur ce point, arrêté que quelques auteurs. Elle n'est pas plus sérieuse ici et nous ne nous y arrêterons pas davantage.

On allègue encore que le législateur, ayant réduit la part des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère, il n'était pas juste qu'il conférât à ceux-ci un usufruit universel sur les biens de ces enfants, car l'accroissement qui pourrait en résulter dans la fortune des parents profiterait presque toujours à d'autres qu'aux bâtards. L'objection démontre simplement combien injuste est la situation des enfants naturels, spécialement au point de vue successoral. Mais de ce que le législateur de 1804 a été particulièrement dur à leur égard en matière de successions (dureté déjà bien atténuée par la loi du 25 mars 1896) s'ensuit-il que, sur tous les autres points, il faille adopter ce système de déchéances soit contre eux, soit contre leurs parents ? Du reste, en organisant l'usufruit légal, le législateur ne songeait pas aux successions et son désir d'assimiler les enfants naturels aux légitimes, en ce qui concerne la puissance paternelle, est apparu nettement dans les travaux préparatoires (2).

Enfin l'on tire argument du fait que l'article 384, qui organise le droit de jouissance légale, est placé après l'article 383, qui étend aux parents naturels certains effets de la puissance paternelle. Mais nous avons vu quel compte on tenait de cette disposition que pas un auteur n'applique à la lettre. Elle est, en réalité, le résultat de tâtonnements et d'hésitations ; sa place, non

(1) Voy. *suprà*, p. 60.

(2) Voy. *suprà*, p. 41 et suiv.

plus que son texte, ne sauraient nous éclairer utilement sur la pensée de ses rédacteurs.

Dans l'opinion que nous avons adoptée, seuls, l'article 385, qui détermine les charges résultant de la jouissance légale, et l'article 387, qui en exclut certains biens, peuvent s'appliquer à la lettre aux parents naturels. Pour les articles 384 et 386, il faudrait modifier leurs dispositions en tenant compte de la différence des situations, ces textes ayant été écrits en vue des enfants légitimes, comme tous ceux du même titre. C'est donc le père naturel qui jouira de l'usufruit, au cas d'existence commune avec la mère et, à sa mort, le droit passera à celle-ci. La mère aura également droit à la jouissance des biens de l'enfant dont elle aurait seule la garde : l'équité le commande ainsi et, pour donner à cette solution une base juridique, il suffit de considérer que, l'article 386 ôtant ce droit au père contre qui a été prononcé le divorce, les mêmes raisons de morale permettent d'appliquer ce texte au père qui abandonne la mère de son enfant. Celle-ci restera d'ailleurs soumise à la règle de l'article 386 *in fine*. Elle cesserait d'avoir droit à l'usufruit au cas où elle viendrait soit à se marier, soit simplement à mener l'existence commune avec un autre que le père de l'enfant. Sur toutes ces questions, les pouvoirs qu'on s'accorde à donner aux tribunaux, en cette matière, permettraient de résoudre toutes difficultés (1).

(1) Notre opinion est enseignée par Salviat, *de l'Usufruit*, t. II, p. 219 ; — Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 550 ; — Favard, *Rép.*, V^o *Enfant naturel*, § 2, n^o 2 ; — Dalloz, *Rép.*, V^o *Puiss. patern.*, n^o 196. — L'opinion contraire trouve, il faut en convenir, un très grand nombre de défenseurs : Delvincourt, t. I, p. 93, note 2 ; — Toullier, t. II, n^{os} 973 et 1075 ; — Duranton, t. III, n^{os} 360 et 364 ; — Valette (sur Proudhon), t. II

En quelle mesure s'appliqueront les règles de la puissance paternelle à l'enfant naturel reconnu dans les conditions indiquées par l'article 337 du Code civil? Il s'agit du bâtard qu'un des époux a eu, avant le mariage, d'un autre que son conjoint. La reconnaissance qui en est faite pendant le mariage « ne pourra nuire, dit le texte, ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.... »

Il est évident que les intérêts qu'a voulu sauvegarder le législateur, sont les intérêts pécuniaires. Il n'entrait donc pas dans sa pensée de soustraire l'enfant à la puissance de son père ou de sa mère naturels. On admet donc assez généralement qu'il y sera soumis (1).

De même, on reconnaît qu'il serait inhumain de priver cet enfant du droit aux aliments. On lui permet donc de les demander, soit à l'époux qui l'a reconnu, soit même aux descendants légitimes de ce dernier, car il est impossible de prétendre qu'une telle obligation soit de nature à nuire à ces personnes (2).

L'autorité paternelle n'a d'effet que jusqu'à la majorité

p. 253 ; — Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 124 ; — Vazeille, *du Mariage*, t. II, n° 477 ; — Rolland de Villargues, *Traité des enfants naturels*, n° 295 ; — Sirey, 1813.2.19 ; — Marcadé, t. II, art. 384, n° 4 ; — Taulier, t. I, p. 504 ; — Zachariæ, t. IV, p. 87 ; — Ducaurroy, t. I, n° 533 ; — Cadrès, *Des enfants naturels*, p. 216, n° 177 ; — Chardon, *Puiss. patern.*, n° 118 ; — Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n° 268 ; — Richefort, *Etat des familles*, t. II, n° 273 ; — Hennequin, n° 183 ; — Demolombe, t. VI, n° 619 ; — Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 214, texte et note 18 ; — Laurent, t. IV, n° 360. — La jurisprudence s'est également prononcée contre notre opinion : Pau, 13 février 1822, D. R., v° *Puiss. patern.*, n° 196, S. 23. 2.89 ; Caen, 22 mars 1860, S. 60.2.610.

(1) Demolombe, t. V, n° 471 ; — Théophile Huc, t. III, n° 99 ; — Laurent, t. IV, n° 134.

(2) Durantou, t. III, n° 252 ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 185, § 568-4° ; — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 759. — Rennes, 22 mars 1810, S. et P. chr. ; — Agen, 13 mars 1817, S. et P. chr.

ou jusqu'à l'émancipation de l'enfant, sauf toutefois en ce qui concerne certains devoirs respectueux auxquels l'enfant reste toujours soumis (art. 371, consentement à mariage, à adoption, etc.).

Il ne fait pas de doute que, pour la *majorité*, la règle applicable aux enfants légitimes ne le soit également aux enfants naturels, et que l'article 388, dont la disposition est très générale, ne concerne les uns comme les autres.

Quant à l'*émancipation*, on s'accorde, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, à en étendre aux enfants nés hors mariage les règles tracées pour les enfants légitimes. Par suite, le droit d'émancipation est donné au père naturel, dans les formes prévues par l'article 477 ; car ce droit dérivant de la puissance paternelle, les père et mère naturels, qui ont cette puissance, doivent pouvoir la faire cesser par l'émancipation, s'ils en jugent digne leur enfant. Seul, Rolland de Villargues, qui n'admet pas que les parents naturels aient la puissance paternelle, en conclut avec logique qu'ils ne possèdent pas non plus le droit d'émancipation qui n'en est qu'un attribut (1).

C'est par la légitimation que les père et mère naturels — si on leur dénie certaines prérogatives de la puis-

(1) *Traité des enf. nat.*, p. 419. — En faveur de l'opinion généralement admise : Delvincourt, t. I, p. 125, note 4 ; — Proudhon, t. II, p. 426 ; — Duranton, t. III, n° 657 ; — Loiseau, p. 545 à 550 ; — Favard, *Rép.*, vo *Émancipation*, § I, n° 1 ; — Zachariæ, t. IV, p. 86 ; — Toullier, t. II, n° 1287 ; — Cadrès, *Des enfants naturels*, n° 187 ; — Marcadé, t. II, art. 477, n° 2 ; — Chardon, *De la Puiss. patern.*, t. II, n° 180 ; — Demolombe, t. VIII, nos 373 à 375 ; — Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 214, note 16. — Limoges, 2 janvier 1821, S. 1821.2.322, D. R., vo *Puiss. patern.*, n° 197.

sance paternelle — acquerraient tous les droits et s'imposeraient tous les devoirs y afférant. Mais, dans notre opinion, qui tend, suivant les propres termes du conseiller d'Etat Réal, orateur du gouvernement, à « accorder au père et à la mère reconnaissant légalement leur enfant naturel, une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime », la légitimation a bien peu d'influence sur l'étendue de ces droits et de ces devoirs. Tout au plus, en faisant entrer les ascendants des père et mère dans la famille de l'enfant, donne-t-elle à ces aïeux les quelques attributs de puissance que leur reconnaît le Code : l'enfant légitime devra donc obtenir leur consentement à son mariage ou requérir leur conseil par acte respectueux (art. 150 et 151).

Nous ne traiterons donc pas ici de la légitimation, en laquelle nous ne voyons pas, dans le droit actuel, une source de la puissance paternelle sur les enfants naturels simples. Mais il n'en est plus de même pour les enfants adultérins et incestueux sur lesquels l'autorité et les droits des parents sont insignifiants. A leur égard, la légitimation, possible en de très rares cas, est une véritable source de la puissance paternelle. Aussi, dans le chapitre qui les concerne, étudierons-nous les difficultés soulevées par leur légitimation.

L'adoption n'est pas une source de la puissance paternelle, puisqu'aux termes de l'article 348 « l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits ». Il est donc sans intérêt de discuter ici une question très controversée, celle de savoir si le père naturel, après avoir reconnu légalement un enfant, a le droit de

l'adopter. Car, en admettant la possibilité d'une adoption, celle-ci ne modifierait en rien l'autorité et les droits de l'adoptant ; et, d'autre part, notre opinion ne laisse pas de place à un moyen pour le père naturel d'augmenter les attributs de sa puissance puisque, *ipso jure*, elle les lui reconnaît tous.

La question ne présente pas plus d'intérêt en ce qui touche les enfants adultérins ou incestueux ; que leur adoption soit ou non permise, l'adoptant ne pourra grâce à elle augmenter les effets d'une puissance dont il est presque totalement dépourvu.

Il est évident qu'il n'existe de lien juridique entre l'enfant naturel et ses parents que si ceux-ci l'ont reconnu. A défaut de reconnaissance, et dans le cas même où ils l'élèveraient — c'est le plus souvent à la mère qu'incombe ce soin — ils n'auraient sur lui aucun droit ni de garde, ni de correction, ni d'administration ou de jouissance légale. Si personne ne se chargeait d'un enfant reconnu, il serait recueilli par l'Assistance publique soit comme enfant trouvé, soit comme enfant abandonné (1).

(1) Voy. *infra*, 2^e partie, chap. III et IV.

CHAPITRE III

TUTELLE.

Nous avons vu combien, en ce qui concerne l'autorité paternelle sur les enfants naturels, les rédacteurs du Code avaient été sobres d'explications, et nous avons montré quels inconvénients offrait ce laconisme, donnant libre champ aux opinions les plus arbitraires.

Pour la tutelle, le législateur a fait moins encore ; il n'a pas dit un mot de son organisation lorsqu'il y a lieu de l'appliquer à des enfants illégitimes.

Ce silence devait fatalement amener les interprètes et la jurisprudence, désireux de combler une lacune sur un point aussi important, à chercher des solutions pour tous les cas que n'avait pas prévus la loi. Naturellement, l'accord n'a pu se faire et, malgré que la division ait commencé dès la promulgation du Code, chaque question soulève de nombreuses controverses sur lesquelles on discute encore.

En l'absence de textes, les systèmes les plus divers ont pris naissance, qui, tous, prétendent refléter scrupuleusement la volonté du législateur.

Or, devant le mutisme de ce dernier, il nous paraît fort difficile de connaître sa pensée. Mais puisqu'il n'a rien dit, ne peut-on supposer qu'il a voulu tout simplement appliquer aux enfants naturels les règles mêmes qu'il avait tracées pour les enfants légitimes ? S'il avait,

au contraire, entendu établir un système différent, peut-on admettre qu'il n'eût pas, même d'un mot, laissé soupçonner cette volonté? Le silence du Code ne se conçoit que par l'extension — et par l'extension intégrale — aux enfants naturels des dispositions concernant les légitimes. Penser le contraire serait accuser le législateur d'une inconcevable légèreté.

Ce qui permet d'affirmer que les rédacteurs du Code ont bien eu l'intention, en traçant les règles de la tutelle, de les appliquer aux enfants naturels aussi bien qu'aux légitimes, c'est que, moins d'un an après la promulgation du Code Napoléon, la loi du 15 pluviôse an XIII (1) est venue le compléter sur un point qu'il n'avait point abordé: la tutelle des enfants abandonnés. Comment croire, dès lors, que les législateurs qui avaient collaboré à la confection de cette loi, comme à celle du Code, n'aient pas eu le désir de traiter, d'identique manière, quant à la tutelle, les enfants légitimes et les enfants naturels? Si leur silence à l'égard de ces derniers eût été le résultat d'une négligence et non d'une volonté bien déterminée, ils eussent réparé leur oubli comme ils répareraient celui relatif aux enfants assistés. C'est, du reste, l'opinion qu'ont adoptée les rédacteurs de la *Jurisprudence du Code civil* (2) en rapportant la loi de pluviôse: « Le Code civil, disent-ils, en réglant l'état et les droits des enfants légitimes et des enfants naturels, avait gardé le silence sur les enfants abandonnés. La loi ci-dessus vient de pourvoir à leur sort: elle leur

(1) C'est par la loi du 30 ventôse an XII qu'ont été réunies les trente-six lois composant le Code civil et promulguées antérieurement et successivement.

(2) Vol. III, p. 424.

donne un tuteur... ; sous ces différents rapports elle est le complément du Code ».

Nous posons donc en fait que le législateur de 1804 n'a conçu qu'un seul système de tutelle applicable aux enfants naturels comme aux enfants légitimes. Plus tard, un second système fut organisé, concernant les enfants assistés. Mais nous ne voyons pas la possibilité d'un troisième système qui ne s'appliquerait qu'aux bâtards non abandonnés, fussent-ils adultérins ou incestueux.

Le premier point qui divise la doctrine est celui de savoir l'époque à laquelle commence la tutelle des enfants naturels. Il semblerait que cette tutelle ne dût avoir lieu, comme pour les enfants légitimes, qu'à la mort du père ou de la mère. Tel n'est pas cependant l'avis de certains auteurs qui déclarent qu'elle s'ouvre dès l'époque de la naissance, tout au moins lorsque l'enfant a des biens ou qu'il faut exercer, en son nom, un droit quelconque. Cette opinion repose sur une autre, que les auteurs admettent comme évidente, savoir que l'article 389 n'est pas applicable aux père et mère naturels et que ceux-ci ne sont pas chargés de l'administration des biens de leurs enfants. Or, nous avons montré qu'à notre sens, l'administration légale appartenait aux parents naturels (1). Nous ne voyons donc aucune raison pour organiser, pendant leur vie, une tutelle à leurs enfants, puisque la puissance paternelle en tient lieu.

En outre, l'article 390, seule disposition du Code sur

(1) Voy. *suprà*, p. 75 et suiv.

la tutelle légale, exige, pour l'ouverture de celle-ci, la mort de l'un des père et mère. Décider le contraire serait aller contre la loi.

Il faut noter d'ailleurs que ce système, qui donne à l'enfant naturel un tuteur sitôt qu'il a des biens, est, en fait, presque sans cas d'application. Car le bâtard, ne succédant qu'à ses père et mère, n'acquerra de biens qu'à la mort d'un d'entre eux, et la tutelle s'ouvrira alors normalement. Pour qu'il y eût, d'après l'opinion que nous combattons, concurrence entre la tutelle et la puissance paternelle il faudrait supposer les cas très rares soit de libéralités, soit de succession à des frères et sœurs (art. 756) (1). Le Code *autrichien* a adopté l'opinion contraire à la nôtre. L'article 166 décide en effet que l'enfant naturel sera mis en tutelle dès sa naissance. La Cour de cassation décide que, la loi n'ayant pas fixé d'époque pour l'ouverture de la tutelle des enfants naturels, il appartient soit aux parents qui les ont reconnus, soit aux personnes qui les élèvent, soit aux parties intéressées, soit enfin au juge de paix de leur domicile, de fixer le moment qui leur paraît propice à cette ouverture (2).

Nous n'allons pas cependant jusqu'à admettre, comme M. Laurent, que la tutelle ne s'ouvre même pas au décès du prémourant des père et mère naturels. « Si la loi, dit cet auteur, organise la tutelle à côté de la « puissance paternelle, c'est que les intérêts de l'enfant « légitime peuvent se trouver et se trouvent, le plus « souvent, en conflit avec les intérêts du survivant des

(1) Demolombe, t. VIII, n° 381 ; — D. *Rép.*, V° *Minorité*, *Tutelle*, n° 697. En notre sens : Laurent, t. IV, n° 413.

(2) Cass., 10 nov. 1896, S. 97.1.321.

« père et mère. Mais, dans notre cas, il ne saurait y
« avoir d'intérêts opposés, car il n'y a pas de mariage,
« pas de contrat de mariage, pas de donation entre
« époux : les père et mère sont étrangers l'un à l'au-
« tre. »

Ceci n'est pas tout à fait exact. Car il n'est pas prouvé que la tutelle des père et mère n'ait été créée qu'en vue de l'opposition d'intérêts pouvant exister entre l'enfant et le survivant des parents.

L'article 120 dit bien que « les fonctions de subrogé-
« tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur,
« lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur ». Mais il résulte de ce texte que cette opposition d'intérêts est une circonstance accidentelle de la tutelle, et non point le fait inévitable qui nécessiterait cette tutelle. Elle peut d'ailleurs se produire aussi bien pour l'enfant naturel que pour le légitime, et la nécessité du subrogé-tuteur se fera sentir dans un cas comme dans l'autre. Cela est si vrai que M. Laurent, lui-même, en prévision de ces difficultés toujours possibles, estime que « si par hasard, il y avait des donations ou des legs
« d'où pourrait surgir un conflit d'intérêts, la nomina-
« tion d'un tuteur *ad hoc* suffirait pour sauvegarder les
« intérêts de l'enfant ». A quoi bon de pareilles complications, alors qu'il est si simple d'appliquer le droit commun et de donner la tutelle aux parents sous le contrôle d'un subrogé-tuteur !

La division entre les auteurs recommence dès qu'il s'agit d'organiser la tutelle.

Ceux qui déclarent qu'il y a lieu à ouverture de tutelle du vivant même des père et mère, sitôt que l'enfant

a des biens, accordent cette tutelle au père. Il serait difficile d'opposer à cette préférence la moindre objection. Car ce système étant imaginé de toutes pièces par la doctrine, il est évident que les détails d'organisation ne dépendront que du gré de ses inventeurs.

Occupons-nous plutôt du cas où, de l'avis général, — exception faite pour M. Laurent, — il y a lieu de donner un tuteur à l'enfant naturel : c'est quand l'un de ses père et mère au moins est décédé. A qui va-t-on confier la tutelle ?

L'article 390 répond : *au survivant*, et nous n'hésitons pas à admettre cette solution.

Mais elle est loin d'être acceptée par tous : un parti important de la doctrine et la jurisprudence l'ont énergiquement combattue.

L'article 390, objecte-t-on, ne saurait concerner les parents naturels, puisqu'il parle de : *dissolution du mariage*. C'est l'inévitable argument que nous avons rencontré plusieurs fois et déjà réfuté (1). Nos adversaires nous reprochent de recourir à des textes qui ne s'appliquent que par analogie : est-il plus juridique de s'en passer complètement ainsi qu'ils font ? Leur système se heurte d'ailleurs à une disposition formelle : l'article 405. Lorsque l'enfant, y est-il dit, restera *sans père ni mère*..... il sera pourvu par un conseil de famille à la nomination d'un tuteur ; d'où il résulte clairement qu'il n'y a pas lieu à pareille nomination lorsque l'enfant a conservé son père ou sa mère, ce qui est précisément notre cas. Il est donc téméraire de soutenir que la tutelle légale des père et mère est impossible à l'égard

(1) Voy. *suprà*, p. 45.

des enfants naturels, parce qu'aucun texte ne la consacre et que la tutelle dative leur est seule applicable : car non seulement aucun texte ne consacre davantage cette dernière, mais en outre il en est un qui l'exclut : l'article 405.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que, dans le droit de Justinien, la mère naturelle obtenait, sous certaines conditions, la tutelle de son enfant ; que, dans l'ancienne jurisprudence elle était tutrice légale, et que rien ne permet d'interpréter le silence de notre législation comme une dérogation à ces principes. Les rédacteurs du Code, en accordant aux parents naturels la puissance paternelle, n'ont pu vouloir leur refuser la tutelle qui en dérive ; ils n'ont pu vouloir que le même enfant fût soumis simultanément à un père ou à une mère et à un tuteur et « qu'il eût ainsi en même temps pour guides, pour administrateurs, un ascendant et un étranger » (1).

C'est l'opinion qui a prévalu en *Belgique* où la tutelle légale des parents naturels est admise sans discussion. De même, en *Italie*, le Code civil de 1866 accorde cette tutelle à celui des père et mère qui a reconnu l'enfant, au père seul, quand ils l'ont reconnu tous les deux. Le Code *Saxon* de 1863 donne la tutelle à la mère et la lui retire, en cas de mariage avec un autre que le père de l'enfant. La *Prusse*, enfin, a adopté une règle toute particulière : la loi du 5 juillet 1875, qui a réformé et unifié la législation de la tutelle, donne comme tuteur légal à l'enfant le *père de la mère naturelle*. Par contre, le Code *Polonais*, réformé en 1875, refuse aux parents naturels

(1) Termes d'un arrêt de Toulouse du 1^{er} septembre 1809, D. R., V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 686.

la tutelle légale et organise dans tous les cas une tutelle dative.

Pour expliquer le silence du Code civil, nos adversaires admettent qu'il peut n'y avoir *qu'un oubli* de la part de ses rédacteurs, sans se rendre compte de l'in vraisemblance de l'allégation ; — ou bien prétendent que le législateur a ainsi entendu établir une différence entre parents légitimes et parents naturels, « car ceux-ci ne méritent pas, à beaucoup près, la même confiance » que les premiers. Avec de telles suppositions, qu'on néglige du reste de justifier, il est possible de soutenir tous les systèmes ; mais il nous est permis de douter de leur solidité, aussi bien au point de vue juridique qu'au point de vue moral (1).

(1) En notre sens : Loiseau, p. 537 ; — Delvincourt, t. I, p. 103, n° 1 ; — Vazeille, *Du Mariage*, t. II, nos 478 et s. ; — Magnin, *Traité des Minorités*, t. I, nos 502-504 ; — Marchand, *De la Minorité*, p. 110 ; — Chardon, *Puissance Paternelle*, nos 80 et s. ; — Cadrès, *Des Enfants naturels*, n° 180 ; — Taulier, t. II, p. 22 ; — Zachariæ, § 571, texte n° 5 et note 8 ; — Laurent, t. IV, nos 414 et s. ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 213, note 12 ; — Théoph. Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.* — Toulouse, arrêt précité ; — Bruxelles, 4 février 1811, S. 11.2.199 et 13.1.281 ; — Colmar, 24 mars 1813, S. 14.2.2 ; — Grenoble, 21 juillet 1836, D. R., V° *Minorité-Tutelle*, n° 686 ; — Douai, 13 février 1844, S. 44.2.79 ; — Crim. rejet, 29 avril 1850, S. 50.1.702 ; — Douai, 22 juillet 1856, S. 57.2.33 ; — Poitiers, 5 mai 1858, S. 58.2.420 ; — Caen, 22 mars 1860, S. 60.2.610 ; — Poitiers, 1^{er} août 1870, S. 71.2.214 ; — Alger, 17 mars 1874, D. Sup., V° *Minorité-Tutelle*, n° 638 ; — Trib. civ. Lille, 14 juin 1897, *Nord Jud.*, 97.238. — Nous devons convenir qu'en faveur de l'opinion contraire, il existe un parti tout aussi important dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Celle-ci paraît même se dessiner nettement contre nous : Merlin, *Rép.*, V° *Tuteur*, § 4 ; — Duranton, t. III, n° 431 ; — Rolland de Villargues, *Dissertations*, Sir., 13.2.19 et *Rép. du Notariat*, V° *Enfant naturel*, n° 62 ; — Valette (sur Proudhon), t. II, p. 290, n° 8 ; — de Fréminville, *De la minorité*, t. I, n° 33 ; — Richefort, *Etat des familles*, t. II, n° 273 ; — Marcadé, *sur l'art.* 390, n° 2 ; — Coin-Delisle, *Encyclop. des juges de paix*, t. III, p. 55 ; — *Rev. crit. de la jurispr.*, t. I, p. 134 ; — Demolombe, t. VIII, nos 382 à 385 ; Demante, *Cours analyt.*, t. II, n° 138 bis. — Paris, 9 août 1811, D. R., V° *Minorité-Tutelle*, n° 687 ; —

Nous pensons avec certains auteurs que non-seulement la tutelle légale appartient aux père et mère naturels, aux termes de l'article 390, mais qu'il y a lieu de leur appliquer les articles 391 et 392 et de permettre ainsi au père naturel de nommer un *conseil de tutelle* à la mère survivante. Nous pensons également que le dernier mourant des père et mère a le droit de nommer à l'enfant un tuteur testamentaire (1). Car, nous l'avons dit au début de ce chapitre, nous interprétons le silence des rédacteurs du Code civil, relativement à la tutelle des enfants naturels, en ce sens qu'ils n'ont voulu faire, entre cette tutelle et celle des enfants légitimes, aucune autre différence que celles qui résultent *nécessairement* de la différence de ces deux filiations, c'est-à-dire : l'impossibilité d'une tutelle légale des aïeux et une constitution particulière du conseil de famille.

Au *Pérou*, le droit de désigner un tuteur dans son testament est accordé au père naturel survivant ou qui, seul, a reconnu l'enfant. La mère ne jouit pas d'un semblable privilège, et il paraît bien difficile de justifier cette différence.

Doit-on appliquer à la mère naturelle les articles 395

Toulouse, 25 juillet 1809 (*ibid.*); — Amiens, 23 juillet 1814, S. 15.1.361; — Grenoble, 5 avril 1819, S. 20.1.368; — Agen, 19 février 1830, S. 32.2.58; — Lyon, 11 janv. 1856, S. 56.2.526; — Lyon, 8 mars 1859, S. 60.2.431; — Rennes, 6 janvier 1867, S. 68.2.135; — Trib. corr. Seine, 25 avril 1891, *Gaz. Pal.*, 91.1.703; — Amiens, 14 mai 1895, *Rec. Amiens*, 95.142; — Caen, 14 déc. 1896, *Rec. des Sommaires*, 97.1764; — Paris, 17 mars 1897, D. P. 97.2.215; — Trib. civ. Seine, 30 novembre 1898, *Gaz. Trib.*, 22 décembre 1898.

(1) Taulier, t. II, p. 22; — Zachariæ, § 571, texte et note 5; — Aubry et Rau, p. 214; — Laurent, t. IV, n° 416. En sens contraire, tous les auteurs qui ne reconnaissent pas le droit des parents naturels à la tutelle légale; Nîmes, 15 février 1887, *Gaz. Pal.*, 87.1.477.

et 396, aux termes desquels la mère qui se remarie est tenue, sous certaines sanctions, d'obtenir du conseil de famille la conservation de la tutelle?

Pour répondre à cette question, il nous faudrait d'abord rechercher si les règles concernant le conseil de famille et la nomination du tuteur par cette assemblée sont applicables aux enfants naturels. Sans approfondir encore ce point, que nous étudions plus loin, nous déclarons dès à présent adopter le système qui organise la tutelle dative des enfants naturels comme celle des enfants légitimes, en réunissant un conseil, sinon de parents — la chose étant légalement impossible — du moins d'amis. Nous ne voyons donc aucun empêchement à étendre à la mère naturelle, en cas de *mariage*, les règles tracées pour la mère légitime, en cas de *remariage*.

C'est, en effet, une sorte de déchéance que la disposition de l'article 395. Or, on est d'accord pour appliquer aux père et mère naturels, tuteurs de leurs enfants, les causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution ou d'excuse, écrites dans les articles 427 et suivants. Il est donc logique d'appliquer à la mère naturelle un texte qui, sans prévoir, à proprement parler, une véritable cause de destitution, est tout au moins fondé sur certains motifs de suspicion.

Nous avons vu que le Code *Saxon* de 1863 prononce cette déchéance contre la mère naturelle qui se marie avec un autre que le père (1).

Quant à l'article 396, qui décide que le conseil donnera nécessairement pour tuteur à la mère le nouveau

(1) Voy. *suprà*, p. 94



mari, il ne fait pas de doute qu'on ne doive l'étendre à notre cas (1).

Quelque opinion qu'on admette sur l'application aux enfants naturels des tutelles légale ou testamentaire, il est évident qu'il faut recourir, en certains cas, à une tutelle dative. C'est ce qui arrivera si les père et mère sont décédés sans désigner de tuteur. On ne saurait en effet concevoir la possibilité d'une tutelle légale des ascendants puisque ceux-ci sont civilement étrangers à l'enfant, d'après un principe certain dont nous ne pouvons que déplorer la consécration en notre Code.

Comment organisera-t-on cette tutelle dative? Il est à peu près admis par tous qu'on suivra, dans la mesure possible, les règles tracées par le Code pour l'enfant légitime. On réunira donc un conseil composé d'amis et, pour le surplus, on appliquera les articles 406 et suivants du Code civil. C'est le système adopté par le Code de *Pologne* qui n'est qu'une reproduction du nôtre, réformée en 1875 : l'article 487 confie la nomination du tuteur à un *conseil de tutelle* composé de six personnes connues par leur bienfaisance.

Toutefois, des auteurs repoussent cette organisation qu'ils estiment extra-légale puisque, disent-ils, aucun texte ne parle de ce conseil de *famille* dépourvu de *parents*. A leur dire, il existerait même dans le Code des textes indiquant clairement qu'un tel conseil ne se peut concevoir. C'est l'article 159 comparé avec l'article 160.

(1) En ce sens : Demolombe, t. VIII, n° 387. — En sens contraire : Taulier, t. II, p. 22, qui applique cependant aux parents naturels les articles 391 et 392. — Lyon, 8 mars 1859, S.60.2.431 ; — Caen, 22 mars 1860, S. 60.2.610.

Le premier exige, pour le mariage de l'enfant naturel, à défaut de parents, le consentement d'un tuteur *ad hoc*; le deuxième exige, en pareil cas, pour le mariage de l'enfant légitime, le consentement d'un conseil de famille. La différence est flagrante, dit-on : si le législateur eût entendu attribuer une famille à l'enfant naturel et rendre ainsi possible la constitution d'un conseil de parents, l'article 160 eût suffi et l'on n'eût jamais eu besoin d'un tuteur *ad hoc* (1). Mais nous avons vu que ce raisonnement ne résout pas la difficulté et qu'il la recule seulement. En effet, qui nommera ce tuteur *ad hoc*? La loi néglige de le dire et c'est au conseil de famille auquel, de l'avis à peu près général, il faudra avoir recours. Rien n'indique, en effet, que la loi ait voulu charger les tribunaux de ce soin. On voit donc qu'il faut, de toute manière, composer à l'enfant un conseil de famille : l'article 159 ne prouve rien.

Quant à l'expression : *conseil de famille*, s'appliquant à une assemblée où tout élément familial est étranger, elle ne saurait constituer une objection. Nous faut-il répéter encore que l'interprète, procédant par analogie par suite du silence de la loi, ne trouve pas dans les textes des termes s'adaptant exactement au cas qu'il veut régler? Si notre législateur avait traité cette matière, il eût évidemment — comme on l'a fait en Pologne — adopté une autre expression : *conseil de tutelle*, par exemple. Mais de ce que l'interprète est tenu d'accepter une qualification toute faite et inexacte, est-on en droit, sur cette simple question de mots, d'établir un système? D'autant qu'il peut arriver, même à un mineur

(1) Termes d'un arrêt de Toulouse du 25 juillet 1809. *D. R. V° Minorité-Tutelle*, n° 687.

légitime, d'avoir un conseil de famille absolument dépourvu de parents (art. 409 *in fine*). D'ailleurs en n'appuyant une opinion sur aucun texte, on risque de tomber dans l'arbitraire. C'est ainsi que Ducaurroy propose de faire nommer le conseil par le tribunal et que M. Laurent confie au tribunal même le soin de désigner directement le tuteur :

Quand la borne est franchie, il n'est plus de limites, eût dit Ponsard.

*
* *

Lorsque l'enfant naturel est pourvu d'un tuteur, il y a lieu de se demander si les règles régissant cette tutelle, une fois le tuteur en fonctions, sont les mêmes que pour l'enfant légitime, en d'autres termes, si, dans le chapitre II du titre *de la Minorité* où se trouve organisée la tutelle, les dispositions des sections V (*du subrogé-tuteur*), VI (*des causes qui dispensent de la tutelle*), VII (*de l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle*), VIII (*de l'administration du tuteur*), IX (*des comptes de la tutelle*) doivent être appliquées aux enfants illégitimes. On s'accorde à admettre cette extension, car ces diverses sections renferment des principes généraux d'organisation et d'administration qui sont tout à fait indépendants de la situation légale de l'enfant. Que celui-ci soit naturel ou légitime, il faudra toujours gérer sa tutelle et dès lors il n'y a pas de raison pour repousser les règles consacrées par le Code.

Nous ne nous sommes occupé, comme pour la puissance paternelle, que des enfants naturels légalement reconnus. Pour les autres, on décide généralement

qu'ils sont dépourvus de tout protecteur légal. S'ils ont besoin d'un représentant pour un acte juridique, et s'ils n'ont pas été recueillis par l'Assistance publique qui est chargée de la tutelle de ses pupilles, il faudrait donc leur donner un tuteur *ad hoc*? Mais qui nommerait ce tuteur? Les tribunaux ou le conseil de famille? C'est la difficulté que nous avons rencontrée avec l'article 159 : la même diversité de solutions se reproduit donc, les uns confiant la nomination au tribunal, d'autres à un conseil d'amis (1). Or, comme il ne saurait être question de volonté du législateur, nous trouvons plus simple, plus logique et plus juste d'appliquer encore sur ce point les règles ordinaires de la tutelle. Non seulement nous chargerons un conseil d'amis de procéder à la nomination d'un tuteur, mais encore nous admettons que ce tuteur doit être désigné définitivement et non point simplement *ad hoc*.

(1) Voy. *suprà*, p. 98.

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLES PARTICULIÈRES A CERTAINES CATÉGORIES D'ENFANTS NATURELS

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE HISTORIQUE

Nous avons consacré cette deuxième partie à certains bâtards auxquels les règles concernant les enfants naturels simples ne sauraient être applicables. Ce sont les enfants adultérins ou incestueux, les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés. Les conditions des premiers est nettement différente de celle des autres enfants nés hors mariage dont nous avons parlé dans la première partie. Mais leur histoire est profondément liée à celle de ces derniers. C'est pourquoi nous n'avons pas cru devoir l'en séparer.

Ce chapitre ne concernera donc que les enfants assistés ; car les *enfants moralement abandonnés* sont une création juridique de la loi du 24 juillet ; ils n'ont pas d'histoire.

Le droit odieux qu'on reconnaissait au père, dans l'antiquité, d'exposer son enfant, de le tuer même, était, avons-nous dit, tombé peu à peu en désuétude, sans disparaître toutefois complètement puisqu'il fait l'objet de répressions pénales de la part des empereurs chrétiens. Les Germains eux-mêmes, au dire de Tacite, finirent par abandonner la cruelle coutume. Mais dans la Gaule, le crime d'exposition persista plus longtemps: même après l'invasion, il désola la Gaule franque comme il avait désolé la Gaule romaine (1).

Dans les premiers temps de Rome, les enfants ainsi exposés appartenaient comme esclaves à ceux qui en prenaient soin; mais Justinien les ayant déclarés libres par la loi 26, C. *de infantibus expositis*, ils furent abandonnés à la charité publique.

Les parvis des églises devinrent l'asile naturel de ces pauvres créatures qui y étaient déposées dans des coquilles de marbre où les recueillaient des préposés spéciaux. Les prêtres les inscrivaient sous un nom quelconque dans un livre appelé *matricule*, puis on les mettait en vente et un acte dressé par les ecclésiastiques constatait les droits de l'acheteur.

Cette vente des enfants, peu conforme pourtant aux principes de charité chrétienne, se conserva longtemps, surtout dans les grandes villes. La loi religieuse avait cependant astreint les monastères et les églises à consacrer une partie de leurs revenus à nourrir les pauvres et notamment à s'occuper directement de l'entretien des enfants abandonnés. Mais cette obligation ne fut pas acceptée avec enthousiasme, car sitôt que l'ordonnance

(1) Bernard, *Hist. de l'autorité patern. en France*, p. 60.

de Moulins (1566), en son article 73, eut obligé les communes à nourrir leurs pauvres, les monastères s'empressèrent de réclamer pour qu'on les déchargeât de la dépense qu'elle leur imposait (1).

D'autre part, les communes soutinrent que ces charges ne pouvaient regarder que les seigneurs haut-justiciers ; que ceux-ci, profitant des épaves et des biens vacants qui se trouvaient dans les paroisses, devaient, par une juste compensation de la perte avec le profit, pourvoir à la subsistance des enfants exposés, d'autant plus que, ces enfants n'ayant pour la plupart aucun parent connu, les seigneurs avaient des chances de leur succéder à titre de déshérence.

Ce système fut consacré par des arrêts du Parlement de Paris en 1547 et en 1552, et confirmé par des édits de 1554 et 1556. Il subsista jusqu'à la Révolution (2).

Cependant, on trouve certains arrêts en sens contraire : un du Parlement de Paris notamment, en date du 22 avril 1599, aux termes duquel le seigneur doit fournir un tiers seulement de la nourriture ; un autre du Parlement d'Angers, en date du 7 septembre 1591, mettant complètement l'entretien des enfants abandonnés à la charge des communes. Certaines de celles-ci ne purent même jamais réussir à rejeter sur les seigneurs le fardeau de la nourriture des enfants exposés. Il en fut ainsi dans les Pays-Bas, dans l'Artois et en Provence.

Il est à remarquer qu'à cette époque la situation des bâtards abandonnés resta inférieure à celle des enfants légitimes se trouvant dans le même cas. Le roi Charles VII, en effet, par lettres patentes du 11 août 1445,

(1) Trolley, *Cours de droit administratif*, t. III, n° 1501.

(2) Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. XXXIII.

refusa d'admettre des enfants trouvés en l'hôpital du Saint-Esprit, fondé à Paris en 1363 pour les enfants légitimes, pauvres ou abandonnés. Il déclarait craindre « qu'il y en eût grande quantité, parce que moult de gens, s'abandonneraient et feraient moins de difficultés de s'abandonner à pécher, quand ils verraient que tels enfants bâtards seraient nourris davantage et qu'ils n'en auraient pas de charge première ni sollicitude ». En quoi le roi Charles VII, outre l'inhumanité de sa mesure, jugeait très faussement. En *premier lieu*, tous les enfants trouvés ne sont pas des bâtards, « car, écrit fort justement Merlin, bien qu'assez souvent la honte engage les personnes non mariées à exposer les fruits de leurs débauches, néanmoins, il peut arriver aussi qu'une mère pressée par une extrême nécessité, ait abandonné son enfant légitime, dans l'espérance que des personnes charitables en prendraient soin..... Or, dans le doute, et surtout en fait de question d'état, il faut toujours s'attacher à l'opinion la plus favorable : *Semper in dubiis benigniora præferenda sunt* » (1). En *deuxième lieu*, ce n'est pas l'absence d'assistance pour l'enfant à naître qui peut empêcher deux êtres de s'aimer et de procréer.

Cependant cette exclusion injustifiable fut maintenue par François I^{er}, lorsqu'il fonda, en 1536, l'hospice de l'Enfant-Dieu, en sorte que, malgré l'existence de nombreux hôpitaux créés pendant le Moyen-Age, les bâtards abandonnés se trouvèrent repoussés de toutes parts et livrés, comme par le passé, aux secours toujours insuffisants de la charité publique.

(1) Merlin, *Répert.*, V^o *Exposition de part*, III.

Aussi la vente des enfants n'en continuait-elle pas moins dans les grands centres de population. Les pauvres les achetaient à vil prix, quelquefois leur brisaient un membre ou les rendaient difformes et les offraient ainsi en spectacle à la pitié des passants, pour en obtenir une plus généreuse aumône (1).

Une veuve charitable reçut alors dans sa maison, appelée *maison de la couche*, tous les enfants qu'on lui présentait; mais ce noble exemple, qui ne fut d'ailleurs pas suivi, demeura impuissant à arrêter le trafic criminel des pauvres petits abandonnés.

Ce fut seulement en 1640 que Saint Vincent de Paul, indigné de cette industrie barbare, réussit à faire partager à quelques personnes riches et pieuses sa profonde pitié pour tous ces malheureux. Avec les secours qui lui parvinrent, il créa l'hospice des Enfants-Trouvés, que, trente ans plus tard, des lettres patentes de Louis XIV classaient parmi les hôpitaux de Paris.

De ce moment, des hospices semblables se fondèrent dans presque toutes les grandes villes de France.

Mais si l'existence matérielle des enfants abandonnés était à peu près assurée par ces fondations charitables, leur situation juridique restait sans organisation.

Ce fut le droit intermédiaire qui, le premier, régla cette importante question.

On avait été, en effet, amené, en abolissant les prérogatives et les privilèges des seigneurs, à les exonérer de la charge de nourrir et élever les enfants abandonnés qui, désormais, ne leur devaient plus appartenir.

Pour subvenir à l'existence de ces enfants, l'Assemblée

(1) Dalloz, *Rép.*, V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 702.

Constituante, « considérant qu'il était de son devoir et de son humanité de s'occuper sans délai, à la décharge des ci-devant seigneurs haut-justiciers, du sort des enfants qui avaient été exposés et abandonnés dans leur territoire », décida, par le décret-loi des 29 novembre-10 décembre 1790, que leur nourriture et leur entretien seraient provisoirement à la charge de l'Etat.

Mais, plus prévoyants que les juristes de l'ancien droit, les législateurs de la Révolution songèrent à organiser la tutelle de ces enfants dépourvus de tout protecteur : ils la confièrent, par la loi du 27 frimaire an V, qui confirmait le décret de 1790, au président de l'administration municipale dans l'arrondissement duquel se trouvait l'hospice où ils avaient été portés. « Les membres de l'administration, ajoutait l'article 4 de ladite loi, seront les conseils de la tutelle. »

La loi du 15 pluviôse an XIII, complétée par le décret du 19 janvier 1811, régla ensuite plus complètement la condition juridique des enfants assistés.

Ces textes, encore en vigueur, appartiennent à notre droit actuel et non pas à l'histoire. Nous les étudierons dans le chapitre consacré à la tutelle des enfants assistés.

CHAPITRE II

LES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX

La situation faite par le législateur aux enfants nés de l'inceste ou de l'adultère est particulièrement barbare, sans qu'on puisse aisément justifier une telle cruauté. Elle est le vestige d'un préjugé qui se développa principalement en Grèce et à Rome et qui, cultivé et transmis à travers le Moyen-Age par l'Eglise, en partie respecté par le droit intermédiaire, fut enfin reproduit par le droit moderne. Ce système d'inutile proscription ne donne, du reste, aucun résultat pratique et ne diminue en rien le nombre des adultères ou des incestes. Par contre, il est l'origine de nombreuses contestations judiciaires, toujours regrettables, car elles se produisent entre parents et sont dirigées contre de malheureux enfants.

Nous n'avons pas à critiquer ici la situation successorale faite à cette catégorie d'enfants naturels qui n'ont droit à aucune part d'héritage, si ce n'est à des aliments (art. 762, C. civ.). Mais nous allons étudier les questions que soulève ce droit aux aliments et rechercher quels sont les attributs et les devoirs des parents sur ces enfants.

C'est, en effet, à ces quelques rapports que se réduisent entre ces personnes les relations de famille ; car il n'existe pas, à proprement parler, de puissance pater-

nelle sur ces enfants, et si le contraire a été soutenu (1), la volonté du législateur, qui ressort clairement des textes. nous empêche malheureusement d'adopter cette opinion, malgré tout ce qu'elle a d'équitable et d'humain.

On a soutenu à tort que les aliments n'étaient pas dus par les parents mais seulement par la succession de ces derniers : nous n'admettons pas ce système, soutenu par M. Laurent, qui fait du droit alimentaire un simple droit héréditaire. Le seul argument que puisse invoquer l'éminent auteur est la place de l'article 762 au titre des Successions et l'objet du § 1^{er} de cet article, lequel supprime aux enfants adultérins ou incestueux tout droit héréditaire. L'argument aurait de la valeur, si le législateur s'était occupé de cette catégorie d'enfants dans une autre partie du Code civil. Mais il n'a réglé leur situation qu'incidemment, à propos des successions, dans les articles 762, 763, 764 et il l'a réglée aussi complètement qu'il a cru devoir le faire. Certes, sa concision est regrettable et bien des points obscurs donnent prétexte à la discussion ; il ne faut pas cependant dénaturer sa pensée lorsqu'elle est suffisamment claire. Or, pour le cas qui nous occupe, le doute que peut faire naître l'article 762 est levé par l'article 764, aux termes duquel « lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession ». Peut-on dire plus clairement que ce sont les père et mère de

(1) Voy. *infra*, p. 116.

l'enfant adultérin ou incestueux qui sont tenus de l'obligation *principale* alimentaire et que leur succession n'en est au contraire tenue que *subsidiativement*? Il est encore à noter que l'article 763 proportionne le chiffre des aliments aux facultés du père et de la mère, tandis que l'article 208, siège de la matière, les proportionne à la fortune de celui qui les doit. Or la pension peut être due, aux termes de l'article 205, soit par une ou plusieurs personnes, soit par une succession. Si donc les aliments n'avaient dû être fournis aux enfants adultérins ou incestueux que par la succession de leurs parents, ce n'est pas aux facultés de ces derniers que l'article 763 les eût proportionnés, mais à celles de cette succession. Et ceci n'est pas une simple question de mots : car, le plus souvent, la succession sera inférieure à la fortune des parents. C'est donc sans contredit le père et la mère qui doivent fournir à l'enfant adultérin ou incestueux les aliments à lui accordés par l'article 762 (1).

Le Code *Péruvien* n'astreint à l'obligation alimentaire, envers l'enfant adultérin, que la mère seule. Cette obligation est réciproque et ne s'étend pas au delà de la mère et de l'enfant. Il en est ainsi, que l'adultère ait été commis par la mère ou par le père. Mais ce dernier ne bénéficie, pas plus qu'il n'est tenu, de la dette alimentaire.

Il n'est pas douteux, que de même que pour les enfants naturels simples, le droit aux aliments ne puisse exis-

(1) En ce sens : Chabot, *Des successions*, sur l'article 762, n° 5 ; — Loiseau, p. 749 et 750 ; — Duranton, t. II, n° 378 ; — Demolombe, t. IV, nos 16 et 17, t. V, n° 593 ; — Zachariæ, § 572, texte et note 6 ; — Aubry et Rau, t. VI, § 572, 3° a.

ter que si la filiation est légalement établie. Or, les articles 335 et 342 rendant impossible toute preuve de filiation, il semble que la faveur déjà bien précaire de l'article 762 doive rester lettre morte.

Cependant on a essayé de concilier ces dispositions contradictoires, soit en disant que la reconnaissance d'un enfant adultérin aurait, à défaut d'autre, l'effet de lui donner droit aux aliments accordés par l'article 762 (1), soit en considérant la question des aliments comme une simple question de faits pouvant faire l'objet d'un contrat ; dans cette seconde opinion on considère comme radicalement nulle, aux termes de l'article 335, la reconnaissance par acte authentique, mais à la reconnaissance sous seing privé, qui n'a aucune valeur juridique, on donne le pouvoir de faire naître l'obligation alimentaire (2).

Un troisième système de conciliation a été proposé par la Cour de Bordeaux (3) qui a distingué suivant que l'enfant accepte ou non la reconnaissance. Dans le premier cas seulement, l'article 762 serait applicable.

Il est évident que toutes ces opinions se heurtent à un texte formel et que, si l'article 335 interdit expressément la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, il paraît difficile de donner un effet à celle-ci ; mais, d'autre part, doit-on considérer la disposition de l'article 762 comme inutile ? Ne doit-on pas penser qu'en l'écrivant

(1) Fouët de Conflans, *Esprit de la jurisprudence*, sur l'article 762, 4^o et 5^o. — Paris, 22 mars 1828, D. P. 29.2.128 ; — Cass., 24 décembre 1832, D. P. 33.1.89 ; — Bruxelles, 29 juillet 1811, D. A. 8.621 ; — Rennes, 31 décembre 1834, D. P. 36.2.109.

(2) Nancy, 20 mai 1816, S. 17.2.149. — Cp. également, *suprà*, p. 63 *in fine*.

(3) Bordeaux, 21 décembre 1835, S. 37.2.71.

le législateur a voulu qu'elle fut appliquée ? Sans doute, on déclare que l'article 762 recevra toujours son application dans certains cas, c'est-à-dire toutes les fois que la filiation adultérine ou incestueuse se trouvera légalement constatée autrement que par une reconnaissance : on donne alors comme exemple le père dont le désaveu est admis en justice ; le mariage annulé pour cause de bigamie ou d'inceste lorsque la mauvaise foi des parents ne permet pas l'application des articles 201 et 202 du Code civil. Mais peut-on croire que c'est en vue de ces cas extrêmement rares, que le législateur a formulé cette disposition qui a la force d'un principe : *la loi ne leur accorde que des aliments*. Si de toute façon il faut aller contre la lettre d'un texte, nous préférons que ce soit contre l'article 335. Si nous commettons ainsi une faute d'interprétation, nos adversaires n'échappent pas au même reproche et notre opinion a du moins le mérite d'être plus humaine.

*
* *

Les attributs de puissance paternelle qu'on accorde au père ou à la mère adultérins ou incestueux se réduisent à deux :

- 1° Droit au respect des enfants en vertu de l'article 371 ;
- 2° Droit et devoir d'éducation.

Sur le premier, la question ne fait pas de doute et tous les auteurs s'accordent à appliquer aux enfants adultérins et incestueux la disposition de l'article 371. Celui-ci est en effet un précepte de haute morale s'étendant sur tous les enfants sans exception, quelle que soit leur paternité. Mais cet article se trouve, ici aussi bien que dans tous ses autres cas d'application, dépourvu de sanction et, en pratique, son extension aux enfants

adultérins ou incestueux ne saurait avoir d'effets. Cependant, nous avons vu, à propos des enfants naturels simples, que la doctrine tire un certain nombre de conséquences de l'article 371. Si l'on admet cette opinion, il est évident qu'on devra appliquer aux enfants incestueux ou adultérins toutes les règles qui ne seraient qu'un développement de l'article 371. Ils ne pourraient donc intenter contre leurs père et mère une action déshonorante (1), ni exercer contre eux la contrainte par corps.

A l'égard du droit et du devoir d'éducation des parents adultérins ou incestueux, la question est plus douteuse. Nous ne nous arrêtons certes pas à l'objection résultant du fait que l'article 203 qui traite de ce devoir se trouve dans le chapitre relatif aux obligations qui naissent du mariage. Nous y avons répondu par avance à propos des enfants naturels simples (2). Mais nous avons donné comme fondement au droit d'éducation des parents naturels le droit de correction qui leur est accordé par l'article 383, le second n'étant que la sanction du premier et en supposant l'existence. Or il n'est pas douteux que l'article 383 ne concerne nullement les enfants adultérins et incestueux ; il est donc impossible d'argumenter sur ce texte pour leur appliquer l'article 203. Cependant il n'est pas possible de supprimer à ces enfants tout droit à l'éducation paternelle : car on ne peut nier que ce devoir n'existe partout où il y a paternité légalement établie, de quelque paternité qu'il s'agisse (3). D'ailleurs,

(1) Proudhon, t. I, p. 238 ; — Duranton, t. III, n° 350 ; — Demolombe, t. V, n° 598.

(2) Voy. *suprà*, p. 62.

(3) Beudant, *Cours de droit civil français*, t. II, n° 713.

les articles 762 à 764, en réglant la question des aliments, dus aux enfants adultérins ou incestueux indiquent bien que l'obligation de les nourrir, élever et entretenir existe à la charge des père et mère et que, faute de la remplir, cette obligation se résoudra seulement en paiement de pension alimentaire. On a conclu des termes de l'article 764 (1) que le devoir d'éducation, s'il existait, était strictement limité à l'entretien de la vie matérielle, sans égards à la fortune et à la situation sociale des auteurs. Nous ne sommes pas de cet avis, car nous pensons que l'article 763 règle précisément les aliments dont parle l'article suivant, et il les proportionne aux facultés du père et de la mère. Quant à l'expression *art mécanique*, il est difficile d'en saisir la portée exacte et d'en vouloir tirer des conséquences (2). Au surplus cet article indique à quelles conditions la succession sera déchargée de toute obligation aux aliments, mais non point comment les parents adultérins ou incestueux seront quittes envers leurs enfants de leur devoir d'éducation. On en retrouve la disposition dans les Codes *Napolitain* (680), *Sarde* (958), *Badois* (764) et *Néerlandais* (916).

*
* *

En dehors de ces quelques relations entre parents et enfants adultérins ou incestueux on s'accorde généralement à reconnaître qu'il n'existe aucun autre lien de puissance paternelle entre ces personnes, parce que l'article 383 ne parle que d'enfants naturels *légalement reconnus*, expression qui ne saurait s'appliquer à ceux

(1) Voy. *suprà*, p. 110.

(2) En sens contraire, Demolombe, t. XIV, n° 128; — Aubry et Rau, t. VI, § 572-3°, *d.*

qui nous occupent. L'enfant ne serait donc tenu de requérir aucun consentement ou conseil de ses père et mère pour son mariage ou son adoption, l'article 158 ne concernant également que les enfants naturels légalement reconnus. Cependant ces enfants sont tenus, aux termes de l'article 159, d'obtenir, en pareil cas, le consentement d'un tuteur *ad hoc* puisque le texte, très compréhensif, vise les bâtards même non reconnus. Enfin on refuse à leurs parents toute tutelle légale (1).

Nous pensons qu'en effet la volonté du législateur n'est pas douteuse sur ce point et que le soin qu'il a apporté à ne parler que d'enfants *légalement reconnus* chaque fois qu'il voulait faire aux enfants naturels l'application de règles concernant les enfants légitimes, montre bien son désir de tenir en dehors de toute assimilation les enfants adultérins ou incestueux, insusceptibles d'être reconnus. Il nous paraît donc impossible d'admettre comme un éminent auteur, que la situation de ces derniers soit la même, en ce qui concerne la puissance paternelle et la tutelle, que celle des enfants naturels simples.

Nous reconnaissons cependant volontiers que de profondes raisons juridiques et d'équité militaient en faveur de ce système, mais il est malheureusement certain que le législateur n'en a point tenu compte. Il n'a pu cependant s'inspirer du droit romain ou de l'ancienne jurisprudence, puisqu'il avait lui-même repoussé et détruit l'antique conception de la puissance paternelle pour en établir une absolument nouvelle. Celle-ci était, au dire même du législateur, *fondée sur la nature* :

(1) Demolombe, t. V, n° 597.

or, du fait seul de *toute* paternité dérive l'obligation *naturelle* de nourrir, d'élever et de protéger l'enfant ; et, comme on ne peut vouloir la fin sans vouloir le moyen, la même obligation doit emporter essentiellement le droit de diriger cet enfant, de le conseiller et même de le corriger convenablement. Le principe qui régit notre puissance paternelle devrait donc transformer en droits et en devoirs légaux ces obligations et ces droits naturels ; et aucune exception n'eût dû être faite à l'encontre des enfants adultérins ou incestueux ; car à leur égard la législation la plus sévère ne saurait empêcher qu'ils aient un père et une mère et que ceux-ci aient envers eux des obligations réciproques.

Il est plus douteux que le Code refuse aux parents adultérins ou incestueux la tutelle légale. On ne peut s'appuyer ici sur le soin mis par le législateur à ne parler que d'enfants *légalement reconnus* puisqu'il n'existe *aucun* texte relatif à la tutelle des enfants naturels et nous avons montré que ce silence résultait non d'un oubli du législateur mais de son désir d'assimiler, quant à la tutelle, tous les bâtards, non abandonnés, aux enfants légitimes (1). Rien ne s'oppose donc à ce que les parents adultérins ou incestueux puissent être tuteurs légaux de leurs enfants dont la filiation est établie, au même titre que les autres parents naturels le sont de leurs enfants reconnus.

En faveur de cette opinion militent les mêmes raisons d'équité que pour les enfants naturels simples à l'égard desquels on conteste également le droit des parents à la tutelle légale. La tutelle est un fardeau que n'accep-

(1) Voy. *suprà*, p. 88-89.

tent pas volontiers des indifférents. Qui mieux que des parents coupables, peut-être, mais non point pour cela dénués d'une affection instinctive envers l'enfant, prendrait soin de ses intérêts? La légitimité ne crée pas l'affection, ni l'illégitimité la haine. Le législateur peut donc avoir voulu, tout en respectant des principes qu'il avait lui-même proclamés, servir à la fois le droit et l'équité.

Hâtons-nous cependant d'ajouter que, dans l'espèce, il n'y a pas une grande importance pratique à adopter telle ou telle opinion, car tout ce qui a trait aux droits et aux devoirs des parents naturels — à quelque catégorie qu'ils appartiennent — ne peut s'entendre, nous l'avons vu, que dans les cas où la filiation est établie et ceux-ci sont extrêmement rares, lorsqu'il s'agit d'enfants adultérins ou incestueux (1).

*
* *

Si l'on refuse aux parents la tutelle de cette catégorie d'enfants naturels ou si ces parents sont dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer cette fonction, comment va-t-on pourvoir à ce moyen de protection indispensable? « Ou la filiation est ignorée, dit un auteur, et alors ces enfants se trouvent dans la classe des *enfants abandonnés sans parents connus*, ou, comme il peut arriver dans certains cas, leur filiation a été constatée, mais, comme il n'existe aucun lien juridique de famille et de puissance paternelle entre eux et leurs père et mère, la tutelle doit également être réglée comme celle des enfants sans parents connus (2). »

(1) Voy. *suprà*, p. 113.

(2) Demolombe, t. VIII, n° 370. — V. Bedel, *De l'adultère*, n° 102; — Zachariæ, t. IV, p. 97.

Ceci ne nous paraît pas tout à fait exact.

Dans le premier cas, en effet — celui où leur filiation n'est pas établie — ces enfants ne peuvent être qualifiés adultérins ou incestueux puisque précisément leur origine est ignorée. Ce sont simplement des enfants non reconnus ; l'on ne peut dire qu'ils sont dans la classe des enfants abandonnés, car leurs parents, quoique dépourvus du droit de les reconnaître ou de les légitimer, peuvent, en fait, les garder auprès d'eux et veiller sur leur éducation : leur situation juridique relativement à la puissance paternelle aussi bien qu'à la tutelle sera donc réglée dans les conditions que nous avons indiquées à la fin des chapitres II et III de notre première partie et non point, ainsi que l'indique Dalloz, renchérisant sur l'erreur de Demolombe (1), comme celle des enfants assistés. Ceci ne se pourrait produire que si l'enfant, réellement abandonné, avait été recueilli dans un hospice.

Pour le deuxième cas, assez rare, où la filiation est établie, il est exact, ainsi que le dit Demolombe, qu'ils seront traités comme les enfants sans parents connus, c'est-à-dire non reconnus ; mais le mot *également* qui tend à assimiler leur situation à la précédente nous paraît injustifié, car, pas plus que des premiers, on ne peut dire que ceux-ci se trouveront *fatalement* dans la classe des enfants abandonnés.

Il est impossible de méconnaître que la condition des enfants adultérins ou incestueux est, de par la volonté du législateur, sacrifiée non seulement au point de vue héréditaire mais même sur les questions de puissance

(1) Dalloz, *Rép.*, V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 699.

paternelle. Nous devons donc nous borner, sans pouvoir la contester, à déplorer cette tendance de notre législation et à souhaiter une réforme, car nous avouons ne pas apercevoir, comme un éminent auteur (1), « les considérations morales et politiques *de l'ordre le plus élevé* » qui justifient ce système de persécution.

*
* *

Du fait même que la puissance paternelle n'existe pas sur cette catégorie d'enfants naturels, il résulte que, pour eux, la légitimation aura, sur ce point, une très grande importance : mais la loi l'autorise-t-elle ? Il ne le paraît guère aux termes très précis de l'article 331, qui exclut du bénéfice de la légitimation les enfants « nés d'un commerce incestueux ou adultérin ». Et cependant, on a admis, non sans discussion, pour certains de ces enfants, la possibilité d'une légitimation. Ce sont les enfants nés de parents ne pouvant se marier qu'après avoir obtenu une dispense, comme le beau-frère et la belle-sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 162, 163, 164 C. civ.). Cet obstacle au mariage, injustifiable particulièrement en ce qui concerne le beau-frère et la belle-sœur, se trouve déjà déplacé dans une législation qui, comme la nôtre, prétend favoriser cette institution, mais il devient tout à fait exagéré d'en vouloir faire un obstacle irrémédiable à la légitimation des enfants de ces personnes, alors que pour le mariage le législateur a admis un palliatif : la dispense.

C'est cependant l'opinion de nombreux auteurs dans

(1) Demolombe, t. V, p. 597.

la controverse qui divise la doctrine sur cette question : d'après eux, ces enfants doivent être considérés comme incestueux, ce que la loi ne dit nulle part, car elle ne définit pas l'inceste et, comme tels, ne pourraient jamais être légitimés, l'article 331 étant formel sur ce point.

A supposer, ce qui n'est pas démontré, que ces enfants soient incestueux, voyons quels arguments on invoque en faveur de ce système et s'il est impossible de ne pas appliquer ici l'article 331.

Le premier argument est tiré de l'article 335 qui prohibe la reconnaissance des enfants nés d'un commerce incestueux. Comment donc, dit-on alors, se trouvera remplie la condition exigée par l'article 331 d'une reconnaissance, préalable au mariage ou contemporaine, puisque l'article 335 interdit même cette reconnaissance ? L'objection n'est pas sérieuse ; car, si l'on admet que l'article 331 ne s'applique pas aux enfants qui nous occupent, il est évident que l'article 335 ne les concerne pas davantage et qu'après l'obtention de la dispense, la reconnaissance doit en être permise lorsqu'elle a lieu, ainsi que l'autorise l'article 331, dans l'acte même de la célébration du mariage.

On objecte encore que, si l'article 331 ne s'applique pas à ces enfants, il ne peut s'appliquer qu'à des enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit, et que faire dire au législateur que les enfants ne peuvent être légitimés par un mariage qui est impossible serait lui prêter une naïveté. Nous avouons préférer prêter au législateur *une naïveté ou même une niaiserie* (1) qu'une monstruosité : car c'en est certaine-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 884.

ment une que le résultat auquel aboutit la théorie que nous combattons. Mais il y a mieux : cette naïveté du législateur existe de toute manière, puisqu'il interdit, par le même article, la légitimation des enfants adultérins et qu'entre les parents de ces derniers le mariage est également impossible aux termes de l'article 298 du Code civil ; les complices de l'adultère ne pourraient se marier que si l'on ignorait leur faute et dans ce cas, comment saurait-on que l'enfant est adultérin ? A ce point de vue, l'article 331 contient donc déjà une superfluité : pourquoi n'en contiendrait-il pas une seconde ?

Du reste, la justification de notre opinion, favorable à la légitimation, se trouve dans l'histoire du droit. En Grèce et à Rome, la question ne pouvait être soulevée, le mariage y étant presque toujours permis dans les cas qui exigent aujourd'hui des dispenses ; si, à Rome, on connut, sur le tard, quelques cas de prohibition, celle-ci fut radicale, sans pouvoir être éludée. Mais, dans notre ancien droit, il est certain que l'Eglise, de laquelle ressortaient ces questions d'état, après avoir montré une extrême sévérité sur le degré de parenté autorisant le mariage, finit par adoucir la rigueur de sa législation en instituant les dispenses. Sur les effets de ces dernières, aucun doute ne saurait exister : la décrétale du pape Alexandre III : *qui filii sint legitimi* (1172), qui régit la matière, déclare, en effet, que le mariage efface tout et n'exclut de la légitimation que les enfants adultérins. Des incestueux, elle ne parle pas et M. Beudant, qui combat notre opinion, donne de ce silence une raison habile en prétendant que, *pour eux, la question ne pouvait pas même être posée*. Il est difficile d'accepter une pareille explication, étant donné que le sort des

enfants incestueux ayant été, de tout temps, lié à celui des enfants adultérins, on ne conçoit pas que le pape Alexandre III, en ne parlant que des seconds, n'ait pas précisément voulu régler différemment la situation des premiers. La dispense avait si bien le pouvoir de permettre, sans contredit, la légitimation que, lorsque les Parlements, dans leurs luttes contre les juridictions ecclésiastiques, voulurent annuler certaines légitimations favorisées par l'Eglise, s'en prirent à la valeur de la dispense elle-même, qu'ils déclaraient accordée à la légère, et non à la valeur de ses effets, évidents pour tous (1).

Le Code civil en reproduisant l'ancien droit canonique ne le modifia que pour en adoucir encore la rigueur, en diminuant les cas de prohibition de mariage. Comment admettre en effet que, sur une matière où le christianisme avait fait preuve d'une extrême sévérité, les législateurs de 1804 aient voulu se montrer plus rigoureux encore. La vérité de cette opinion ressort clairement des paroles du tribun Duveyrier déclarant « qu'il n'y a point inceste civil dans les degrés prohibés auxquels le gouvernement peut appliquer la dispense ».

D'ailleurs nos adversaires eux-mêmes reconnaissent combien sont fâcheux les résultats de leur système ! Un oncle et sa nièce, un beau-frère et une belle-sœur, qui, hors du mariage, auraient eu un ou plusieurs enfants, ne pourraient jamais les légitimer et seraient exposés,

(1) Nous n'entrerons pas dans les détails de l'argument, plus que spécieux, fondé sur la distinction des dispenses admises par le droit canon en *obreptices* et en *subreptices* ou en *simples* et en *in radice*, les unes permettent la légitimation, les autres point. Ce n'était qu'une question de forme et de procédure et, de toute manière, il en ressort l'existence de dispenses qui permettent la légitimation. C'est précisément ce que nous voulons démontrer.

s'ils se mariaient, à voir autour d'eux, des enfants légitimes et d'autres illégitimes. Et cependant le législateur a évidemment voulu que la légitimation rende possible le rachat de la faute. De quel droit empêcherait-on ces gens de racheter la leur ?

La jurisprudence n'a pas admis un pareil système. A part de très rares exceptions, elle est entièrement favorable à notre opinion, au point même qu'un projet de loi, présenté en 1872 et tendant à modifier l'article 331, a été repoussé sur ce fondement qu'il était inutile parce que la question était définitivement tranchée par la jurisprudence.

Certaines législations étrangères ont même résolu nettement la question en faveur de notre opinion. C'est ainsi que le Code *Sarde*, en l'article 173, autorise la légitimation des enfants nés de certaines personnes, trop proches parentes pour pouvoir se marier sans dispense, seulement, cette légitimation ne pourra se produire que *par rescrit du prince* ; le Code *Autrichien*, cependant très sévère sur les questions d'empêchement au mariage, *considère comme légitimes* les enfants nés d'un mariage nul, si l'empêchement a été levé après leur naissance (art. 161) ; en *Russie*, la règle est plus simple et par suite meilleure : le mariage y est, en effet, autorisé sans dispense entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, tante et neveu ; la dispense n'est exigible que si un neveu veut épouser sa tante plus âgée que lui. De même en *Louisiane* le mariage est autorisé entre beau-frère et belle-sœur ; enfin en *Portugal* et en *Bolivie*, tout enfant incestueux est légitimable par un mariage subséquent.

Toute cette controverse n'offre donc qu'un intérêt de

doctrine, car, en pratique, elle est nettement résolue dans notre sens. Elle montre, une fois encore, combien certains juristes semblent vouloir accabler les enfants naturels, déjà si peu favorisés par la loi sur certains points indiscutables. Un auteur, et non des moindres, ne trouve-t-il pas extraordinaire qu'on se préoccupe exclusivement du sort de l'enfant, sans songer un peu à la famille et à ses légitimes exigences ? Mais le sort de l'enfant serait-il par hasard étranger aux intérêts de la famille ? Etrange conception de cette institution sociale, que de l'extérioriser en quelque sorte pour en faire une entité sans rapport avec ses membres !

Il n'est pas douteux que la légitimation des enfants adultérins ne soit absolument impossible. Nous ne pouvons que regretter une pareille sévérité dont l'origine remonte fort loin. L'expérience a pourtant démontré que les adultères n'étaient pas arrêtés dans l'accomplissement de leur faute par la perspective de cette conséquence lointaine, le plus souvent ignorée d'eux. Pourquoi donc la maintenir dans nos lois ?

Le droit comparé nous offre du reste l'exemple de législations différant de la nôtre, à cet égard. Il en est ainsi dans le droit commun *allemand*, en *Prusse*, dans le *duché de Bade* et en *Portugal* : dans ces pays, la légitimation des enfants adultérins est autorisée par mariage subséquent, celui-ci étant possible à la mort du conjoint de l'époux adultère.

En cas de conflit de législations, la loi personnelle devrait fléchir devant une disposition d'ordre public de la loi territoriale. Ainsi un étranger ne pourrait, en

France, ni reconnaître ni légitimer un enfant adultérin ou incestueux (1).

Une difficulté se présente, en ce qui concerne une catégorie d'enfants qui ne sont pas précisément adultérins, mais qui, comme ceux-ci, risquent de ne pouvoir bénéficier de la légitimation. Nous voulons parler des enfants conçus et nés de coupables d'adultère, postérieurement à la dissolution du mariage de l'un d'eux. Ces enfants ne sont évidemment pas adultérins: ils sont naturels simples et peuvent être légalement reconnus. Mais, aux termes de l'article 298, leurs parents ne peuvent se marier, si leur adultère a été établi au cours d'une instance en divorce, et, comme notre droit ne reconnaît que la légitimation par mariage subséquent, il y aura impossibilité matérielle à ce que ces enfants puissent être légitimés.

Nous formulerons à ce sujet deux critiques sur notre législation. La première c'est qu'il est regrettable que la légitimation ne soit pas possible par décret, comme elle l'était jadis par rescrit du prince: cette faculté serait précieuse dans les cas que nous venons d'exposer et aussi dans celui où l'un des parents de l'enfant est décédé avant qu'il n'y ait eu mariage. Ce mode de légitimation existe d'ailleurs en *Sardaigne*, dans les *Deux-Siciles*, en *Autriche*, en *Prusse*, dans les *Pays-Bas*, dans le canton suisse d'*Argovie*; en *Russie*, c'est même le seul mode reconnu.

En second lieu, nous nous étonnons que l'article 298 soit maintenu dans le Code civil. Nous avons montré déjà qu'il serait naïf d'espérer que, pas plus que l'arti-

(1) Weiss (A.), *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 728; — Duguit, *Journal de droit international privé*, 1886, p. 518.

cle 331, il réussit à empêcher l'adultère. Sa conséquence la plus claire a été signalée par un spirituel vaudevilliste, qui a mis en scène l'amant d'une femme mariée, se faisant surprendre avec elle en flagrant délit, pour être *certain* de ne jamais l'épouser. Aussi est-il à souhaiter que, devant l'évidence de son inutilité, nos législateurs n'effacent bientôt du Code cet empêchement de mariage qui n'a rien que de très immoral : car, en dehors de l'amusant résultat que nous venons d'indiquer, il a cet autre, moins drôle, de contraindre au concubinage des personnes qui ne demanderaient qu'à se marier.

C'est ce qu'ont compris certaines législations étrangères qui, en ce cas, n'interdisent pas le mariage : le *Portugal*, la *Prusse*, le *Duché de Bade*.

Du reste si ces enfants non adultérins sont, en fait, illégitimables, nous avons observé qu'ils peuvent être reconnus. Leurs parents auront donc, sur eux, tous les droits et, envers eux, tous les devoirs que nous avons attribués aux parents naturels.

Une autre difficulté est relative à certains enfants adultérins dont la mère n'a aucune faute à se reprocher. Il s'agit de ceux qui sont nés à la suite, soit de l'enlèvement, soit du viol d'une femme mariée et qui sont désavoués par le mari de cette dernière. Quelle sera leur situation ? Un auteur (1), se fondant sur l'absence de faute chez la mère, dit qu'ils seront légitimes. Evidemment l'équité le voudrait ainsi. Mais nous devons reconnaître que cette légitimation anormale n'est justifiée par aucun texte et qu'elle créerait aux enfants une situation absolument incompatible avec notre législation

(1) Bedel, *Traité de l'adultère*, 5^e div., chap. I, n^o 68. — En sens contraire : Demolombe, t. V, n^o 560.

sur la matière. Ceux-ci seraient, en effet, enfants légitimes de gens qui ne pourraient se marier et dont l'un, au moins, serait engagé dans les liens d'une autre union. Tout au plus, peut-on, pour des raisons d'équité, admettre que ces enfants seront naturels simples et que le ravisseur en sera déclaré le père (art. 340, C. civ.). Mais, en ce cas, il faudra reconnaître à ce père tous les droits attachés à la puissance paternelle, dont il sera difficile de prononcer la déchéance aux termes de la loi du 24 juillet 1889, car celle-ci ne vise nullement, nous le verrons plus loin, les fautes du père antérieures à la naissance de l'enfant. Il faut reconnaître que la situation est très délicate, mais elle se produira très rarement : le mieux serait évidemment de ne confier l'enfant au père que s'il était certain que celui-ci fût digne de l'autorité paternelle (car la mère ne peut, de toute évidence, s'occuper de lui); au cas d'indignité du père, il y aurait lieu de recourir à la tutelle des hospices ou de confier l'enfant à une personne charitable.

CHAPITRE III

LES ENFANTS ASSISTÉS (1).

Les enfants que recueille l'Assistance publique peuvent avoir des origines diverses, correspondant à des dénominations différentes.

Ce sont : 1° *les enfants trouvés*, qui, nés de père et mère inconnus, ont été exposés dans un lieu quelconque ou portés dans les hospices destinés à les recevoir (*Décret du 19 janv. 1811*, titre II, art. 2).

2° *Les enfants abandonnés*, qui nés de père ou de mère connus et d'abord élevés par eux ou par d'autres personnes à leur décharge, en sont délaissés sans qu'on sache ce que les père et mère sont devenus ou sans qu'on puisse recourir à eux (*Déc. 1811*, titre III, art. 5).

A ces enfants on assimile ceux qui sont nés dans les hospices où la mère a été admise à faire ses couches, si celle-ci est reconnue dans l'impossibilité de s'en charger.

Sont également assimilés aux enfants abandonnés, les enfants dont les père et mère sont détenus ou condamnés pour faits criminels ou de police correctionnelle (*Instruction du 8 février 1823*, 4° partie, chap. I).

(1) Nous adressons à M. May, directeur de l'hospice des Enfants-Assistés de la Seine, l'expression de nos vifs remerciements pour l'obligeance qu'il a apportée à nous fournir des indications et des documents intéressants.

3° Les orphelins pauvres qui, n'ayant ni père ni mère, n'ont aucun moyen d'existence (*Décr.* 1811, titre III, art. 6).

La tutelle de tous ces enfants est confiée à l'Assistance publique ou aux administrations hospitalières, dans des conditions que nous étudierons plus loin. En outre, depuis la loi du 24 juillet 1889, cette tutelle s'applique à une nouvelle catégorie d'enfants, celle des *enfants moralement abandonnés*, ainsi qualifiés parce qu'il n'y a pas, à leur égard, d'abandon matériel : leurs parents existent, en effet, sont connus, mais les ont délaissés ou sont jugés indignes de les élever et, de ce fait, déchus de leur puissance paternelle. En pareil cas, les enfants tombent sous la tutelle de l'Assistance publique, à moins qu'une tutelle de droit commun n'ait été organisée par le tribunal (*L. de 1889*, art. 10 et 11) ou que, pendant l'instance, ils n'aient été réclamés par une personne charitable se soumettant à certaines des obligations de la *tutelle officieuse* (art. 13).

Les diverses appellations sous lesquelles on désigne, depuis près d'un siècle, les enfants confiés à l'Assistance publique, ont l'inconvénient de leur rappeler leur triste situation. Aussi un projet de loi, déposé au Sénat par le gouvernement et destiné à unifier et à améliorer la législation sur les enfants assistés, remplace-t-il ces expressions trop dures par le nom tutélaire et plus exact de *pupilles de l'Assistance* (1).

(1) Projet de loi sur le service des Enfants-Assistés présenté au nom de M. Carnot, Président de la République, par M. Constant, ministre de l'Intérieur, M. Fallières, garde des sceaux et M. Rouvier, ministre des finances, à la séance du 18 février 1892.

Tous ces enfants peuvent être, de par leur origine même, légitimes aussi bien que naturels ; parmi ces derniers, il en est de reconnus comme de non reconnus ; enfin il s'en trouve dont l'origine est adultérine ou incestueuse. Mais le législateur, pour leur donner une tutelle, n'a tracé qu'une seule réglementation s'appliquant à tous. Cette tutelle ne concerne donc pas seulement des enfants nés hors mariage ; cependant elle entre bien dans le cadre de cette étude puisqu'elle s'applique à des enfants naturels et qu'en fait même elle s'applique surtout à eux (1). Nous allons donc nous en occuper sans distinguer aucunement entre les diverses catégories d'enfants qu'elle protège.

La tutelle des enfants assistés a été organisée par la loi du 15 pluviôse an XIII et par le décret-loi du 19 janvier 1811. Cette législation ancienne est encore en vigueur, sans avoir jamais été modifiée légalement. Il est vrai que plusieurs des dispositions de la loi de pluviôse et du décret de 1811 sont tombées en désuétude et ont cédé la place à des pratiques, dont souvent l'origine est obscure, dont parfois, la légalité est contestable, dont presque jamais, l'application n'est uniforme : exemple curieux, rare en tout temps, peut-être unique à notre époque, de l'abrogation tacite d'articles de loi et de la constitution d'une sorte de droit coutumier (2).

C'est pour remédier à ces inconvénients et pour codi-

(1) En 1895, l'hospice des Enfants-Assistés de la Seine a admis 4.516 enfants sur lesquels 1.223 étaient légitimes, 100 naturels reconnus et 41 sans état civil constaté (*Rapport du Directeur de l'Assistance Publique à M. le Préfet de la Seine*, année 1896). La proportion est sensiblement la même chaque année.

(2) Exposé des motifs du projet de loi précité.

fier cette législation indécise, tout en l'améliorant sur certains points, qu'a été conçu le projet de loi dont nous avons parlé et sur lequel nous aurons à revenir à mesure que nous exposerons les règles de la tutelle des enfants assistés, encore en vigueur aujourd'hui.

*
* *

La loi du 15 pluviôse an XIII, dans son article 1^{er}, décide que les enfants admis dans les hospices à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, seront sous la tutelle des commissions administratives de ces maisons. La commission doit désigner un de ses membres pour exercer, le cas échéant, les fonctions de tuteur ; les autres forment le conseil de tutelle tenant lieu de conseil de famille.

Une loi du 10 janvier 1849 (art. 3, § 3) a décidé qu'à Paris et dans le département de la Seine, la tutelle appartiendrait au directeur de l'Assistance publique.

Le décret du 19 janvier 1811 a réglé ce qui concernait l'éducation de tous les enfants assistés sans distinction, fixé leurs dispenses et confirmé, quant à la tutelle des administrateurs, la loi de pluviôse.

Aux termes des articles 9 et 16 de ce décret, ces enfants, étant élevés à la charge de l'Etat, sont entièrement à sa disposition et, à l'âge de douze ans, les enfants mâles en état de servir, appartiennent au ministère de la marine, qui aurait le droit de les enrôler pour le service de la flotte ; dès lors cesserait la tutelle des hospices. Ce pouvoir exorbitant de la marine reçoit-il son application ? En fait, non. *Jamais* un seul enfant assisté n'a été réclamé par le ministre et l'on fait même de grandes difficultés pour accepter l'enrôlement *volon-*

taire d'un pupille de l'Assistance. Mais la disposition, quoique non appliquée, conserve-t-elle légalement toute sa vigueur ? La négative a été soutenue (1). On s'appuie sur ce fait que toutes les lois de recrutement promulguées depuis 1811 n'ont fait, à l'égard des enfants assistés, aucune exception ; ceux-ci rentrent donc dans le droit commun.

Il s'est produit là une de ces abrogations tacites que nous avons signalées plus haut. Le projet de loi du gouvernement, en abrogeant expressément le décret de 1811, consacre légalement, sur ce point comme sur d'autres, l'usage établi.

Les dispositions de la loi de pluviôse et du décret de 1811, relatives à la tutelle des administrateurs, ne reçoivent en fait une application intégrale que dans peu de départements. La pratique a admis presque partout une distinction qui n'est pas juridique mais qui est favorable au service. On imagine deux tutelles : l'une, dite *administrative* confiée à l'inspecteur départemental, sous l'autorité du préfet, l'autre, dite *légale*, laissée aux commissions hospitalières : l'exercice de la première consiste à placer et à surveiller les pupilles, l'exercice de la seconde à donner ou à refuser le consentement au mariage, à l'émancipation, à l'engagement militaire et aussi à gérer ou plutôt à faire gérer les biens des pupilles. Ce déplacement d'attributions s'est opéré lentement, par voie de transformation. La commission n'a ni abdiqué, ni délégué ses pouvoirs : ils lui ont graduellement échappé.

(1) Favard, *Rép.*, V^o *Enfants abandonnés*.

On ne saurait regretter une pareille évolution qui a approprié la législation à la réalité des faits. Car, malgré tout leur dévouement, les commissions hospitalières n'ont pas le pouvoir d'assurer la tutelle dans des conditions satisfaisantes, parce qu'elles ne sont pas en mesure d'exercer ni de faire exercer la surveillance : les administrateurs n'ont pas le temps d'aller voir les pupilles dans les communes rurales où ces enfants sont disséminés ; les employés de l'hospice sont des agents sédentaires ; les inspecteurs départementaux, seuls, étaient à même, par leurs rapports constants avec les pupilles, d'apprécier parfaitement leurs intérêts (1).

Cependant, ce n'est pas à ces derniers que le projet du gouvernement a confié la tutelle des enfants assistés. Certains membres du Conseil supérieur de l'Assistance publique, chargés d'étudier le projet, ont craint que ces inspecteurs n'eussent pas toute l'autorité nécessaire : c'est donc le préfet, qui dans tous les départements, serait investi de la tutelle avec faculté de délégation (art. 9 du projet). Dans le département de la Seine, c'est le Directeur de l'Assistance publique de Paris qui, comme par le passé, serait le tuteur des *pupilles*. Mais, aux termes de l'article 38, il exercerait ses attributions au moyen d'agents que le préfet nommerait sur sa proposition ; chaque agent résiderait dans la circonscription où sont placés les pupilles dont la surveillance lui est confiée. Le préfet de la Seine contrôlerait le service des agents sus-visés au moyen d'inspecteurs nommés par le ministre de l'intérieur. Du reste, actuellement, le directeur de l'Assistance délègue ses

(1) Exposé des motifs du projet de loi précité, sous l'article 9.

attributions, qu'il lui serait impossible d'exercer personnellement. Enfin le projet établit une règle spéciale pour le département du Rhône où c'est également une loi spéciale qui a institué et organisé l'administration des hospices : la tutelle y serait confiée au président élu du conseil général des hospices.

D'après l'article 10 du projet, le tuteur serait assisté d'un conseil de famille, composé de la commission administrative des hospices du chef-lieu de département ; pour les départements de la Seine et du Rhône, d'une commission de neuf membres élus par le conseil général et renouvelée par tiers tous les deux ans. Le tuteur, ou son délégué, assisterait aux séances du conseil : il serait entendu quand il le demanderait.

Le projet s'est surtout attaché, on le voit, à ce que le tuteur et le conseil de famille ne procèdent pas de la même origine, comme cela se produit avec la loi de pluviôse, où le tuteur, aussi bien que les membres du conseil de tutelle, font également partie des commissions hospitalières.

Des termes mêmes de l'article 1^{er} de la loi de pluviôse, portant que les enfants assistés, « à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit », seront sous la tutelle des commissions administratives, il résulte que les enfants, même légitimes, admis dans les hospices, sont réputés, quant à la tutelle, ne pas avoir de famille. Le père indigent qui abandonne ses enfants, se trouvera donc de plein droit dépouillé de la tutelle qu'il avait sur eux (1). Par suite, si l'enfant se trouve

(1) Trib. civ. du Puy, 29 juillet 1861, D. P. 6.2.3.14.

engagé dans une instance judiciaire, il sera inutile de mettre en cause son père ou sa mère (1). De même le tuteur pourra exercer les droits ou actions de l'enfant même quand le père est encore vivant (2).

Toutefois, il a été jugé que l'enfant, trouvé sur la place publique et auquel un tuteur a été nommé par délibération d'un conseil de famille convoqué d'office, ne doit pas être assimilé aux enfants assistés alors même qu'il aurait été placé dans un hospice, sur la demande de son tuteur. Celui-ci conserverait sa tutelle et ses biens resteraient grevés de l'hypothèque légale (3).

Nous ne comprenons pas cette différence entre le père ou la mère, tuteurs légaux, et le tuteur datif; car il ne nous semble pas que la délation d'une tutelle par un conseil de famille (art. 405) puisse avoir plus de force que celle qui résulte de la loi. On dira peut-être qu'il n'est pas permis à un tuteur de se décharger de la tutelle, sans motif légal. Mais est-ce permis davantage au père? Et si c'est le souci de conserver au mineur une hypothèque légale qui a inspiré l'arrêt — car on verra que la tutelle des hospices ne comporte pas cette garantie, — pourquoi dépouiller le père d'une tutelle soumise aussi à cette hypothèque?

*
* *

Evidemment, la tutelle des commissions administratives n'a lieu qu'à l'égard des enfants qui ont été admis dans un hospice à titre permanent; elle ne s'applique pas à ceux qui y sont reçus provisoirement, à titre de

(1) Rouen, 24 février 1842, S. 42.2.249, D. P. 44.2.63.

(2) Cour d'assises Yonne, 13 décembre 1859, P. 60.518.

(3) Alger, 28 juin 1875, D. P. 77.2.178.

malades (1). De même, les enfants simplement *secourus* sont sous la protection, et non sous la tutelle, de l'Assistance. Ces enfants sont ceux qui sont recueillis *temporairement* par le service des Enfants-Assistés, à raison de l'hospitalisation ou de la détention de leurs père et mère, ou de leurs autres ascendants s'ils sont légitimes. Ils sont classés comme *secourus* et non comme *pupilles*, malgré qu'en fait, ils soient recueillis et non *secourus* à domicile. Mais leur abandon est temporaire, indépendant de la volonté de leur auteur ; et quand la détention ou l'hospitalisation cesse, le père n'a pas besoin d'une autorisation pour reprendre son enfant, puisqu'il n'a pas abdiqué la puissance paternelle et qu'il n'en est pas déchu. Du reste, au bout d'un certain délai et suivant les circonstances, l'administration peut prononcer l'*immatriculation* de l'enfant en qualité d'*enfant abandonné*.

Ces règles ne sont pas uniformément admises par tous les hospices : en certains départements, c'est l'assistance *locale* et non l'assistance *départementale* qui pourvoit à l'entretien des enfants de détenus ou d'hospitalisés indigents. Mais les principes que nous venons d'exposer sont ceux qu'a consacrés le projet du gouvernement.

Depuis la loi du 19 avril 1898, *sur la répression des violences commises contre les enfants*, il en est une nouvelle catégorie que l'Assistance publique peut se voir confier sans avoir pourtant la tutelle. Ce sont les enfants, qu'aux termes de l'article 4 de cette loi, le juge d'instruction peut, en cas de délits ou de crimes commis *par*

(1) Lagrange, *Les enfants assistés en France*, p. 97.

eux ou sur eux, confier, jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive, à un parent, à une personne ou à une institution charitable qu'il désignera, ou enfin à l'Assistance publique (1). C'est le droit de garde seulement qui est délégué par le juge et non point la tutelle : la mesure est d'ailleurs essentiellement provisoire et susceptible de recours devant la Chambre du Conseil.

*
* *

« L'article 2 de la loi de pluviôse stipule que, lorsque l'enfant sortira de l'hospice pour être placé comme ouvrier, serviteur ou apprenti dans un lieu éloigné de l'hospice où il avait été placé d'abord, la commission de cet hospice pourra, par un simple acte administratif, visé du préfet ou du sous-préfet, déférer la tutelle à la commission administrative du lieu le plus voisin de la résidence actuelle de l'enfant. » Le visa du préfet est seul exigé, non son consentement, mais, dans l'usage, le préfet autorise (2).

D'ailleurs la personne chez laquelle l'enfant est mis en apprentissage ne saurait être considérée, comme tutrice, par suite d'une délégation spéciale de l'hospice. Les termes de l'article précité interdisent même toute

(1) Cette disposition, qu'on s'accorde à admirer dans la doctrine, ne reçoit aucune application dans la pratique, à Paris tout au moins. Son défaut est d'établir une mesure identique à l'égard d'enfants *coupables* et à l'égard d'enfants victimes de délits ou de crimes. Aussi les premiers sont-ils énergiquement refusés par toutes les administrations hospitalières qui ne veulent pas mêler à leurs pupilles de tels éléments de dépravation, — à moins qu'on organise les hospices en quartiers séparés, ce qui n'existe pas et ne pourrait être réalisé qu'à grands frais. Quant aux seconds, il y a bien longtemps *qu'en fait*, ils sont recueillis par l'Assistance publique ou des associations charitables.

(2) Dalloz, *Rép.*, V° *Minorité-Tutelle*, n° 708.

délégation expresse à un tiers étranger (1). L'article 1^{er} de la loi permet seulement à la commission de désigner un de ses membres pour exercer ses fonctions.

Toutefois, aux termes de l'article 13, § 5 de la loi du 24 juillet 1889, « lorsque l'enfant aura été placé par les administrations hospitalières ou par le directeur de l'Assistance publique de Paris, chez un particulier, ce dernier peut, après trois ans, s'adresser au tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié ». Nous étudierons au chapitre suivant les conditions exigées pour l'obtention de cette tutelle qui n'est pas celle de droit commun, mais une sorte de *tutelle officieuse*.

L'article 16 du projet de loi adopte, sur ce point, un système différent en décidant que « lorsque l'enfant a été confié pendant trois ans à un particulier à titre gratuit, ce dernier, *même s'il est âgé de moins de cinquante ans et l'enfant de plus de quinze ans*, peut, en obtenant le consentement du conseil de famille, devenir le tuteur officieux de l'enfant. Le juge de paix du domicile de l'enfant dresse procès-verbal de la demande et du consentement : ces pièces et le procès-verbal sont visés pour timbre et enregistrés gratis. »

La différence apparaît nettement en ce qui concerne les formalités exigées pour l'obtention de l'enfant : dans la loi de 1889, le tribunal civil est seul compétent pour l'*accorder*, l'avis du conseil de famille est *facultatif* ; dans le projet, reproduisant la procédure du Code civil, un procès-verbal du juge de paix suffit, qui doit se borner du reste à *constater* le consentement du conseil de famille, *obligatoire*.

(1) Bordeaux, 28 novembre 1833, S. 34.2.348 ; D. P. 34.2.204.

Mais, à prendre à la lettre les deux textes, il semble qu'une autre différence existe entre leurs dispositions. Tous deux en effet appliquent à la tutelle qu'ils organisent *une partie* des règles de la *Tutelle officieuse*, contenues au Code civil (liv. I, tit. VIII, chap. II). Seulement ce n'est pas la même partie que visent l'article 13 de la loi de 1889 et l'article 16 du projet. Le premier ne conserve des articles 361 à 370 du Code que les articles 364 § 2, 365 et 370, repoussant ainsi l'application des autres ; le second adopte intégralement les règles de la tutelle officieuse (sauf en ce qui concerne les conditions d'âge prévues par les premiers mots de l'article 361 et l'article 364 § 1, qu'il rejette formellement) et ajoute à ces règles la condition exigée aussi de la loi de 1889, à savoir qu'au jour de l'obtention de la tutelle, l'enfant soit déjà, depuis trois ans, confié à l'impétrant-tuteur.

Il y a certainement, dans cette rédaction du projet, une fâcheuse négligence, qu'il faudrait réparer lors du vote de la loi : car, c'est avec sagesse, que la loi de 1889 avait dépouillé la tutelle officieuse des conditions trop rigoureuses prévues par le Code civil et qui empêchent, dans la pratique, l'usage de cette sorte d'adoption provisoire (1). Il serait donc regrettable qu'une loi de progrès vînt reprendre les errements des textes de 1804, et c'est sans hésitation qu'il faudrait revenir au texte même de la loi de 1889. Cependant, sur un autre point, la rédaction du projet nous paraît préférable ; car elle dispense expressément le tuteur et le pupille des conditions d'âge exigées par les articles 361 et 364 du Code

(1) Voy. *infra*, p. 165-166.

civil. Evidemment la loi de 1889, en déclarant que *toute personne* peut obtenir *l'enfant* et en renvoyant ensuite limitativement aux dispositions du Code qu'elle veut appliquer, repousse ces articles 361 et 364 qu'elle ne nomme pas. Mais, malgré tout, l'équivoque est possible : mieux vaut donc ici le texte très formel du projet.

*
**

Les enfants assistés qui sont dans les hospices n'ont pas de subrogé-tuteur, car l'article 420 du Code civil, qui crée cette charge, s'applique aux tutelles régies par le Code civil et non à celles qui sont organisées par des lois exceptionnelles. Les membres de la commission et le receveur de l'hospice sont les véritables contradicteurs du tuteur et par conséquent les subrogés-tuteurs naturels de l'enfant (1). Mais, comme ils n'ont pas légalement un pareil titre, les dispositions de la loi qui exigent l'intervention du subrogé-tuteur dans divers actes intéressant les mineurs, ne sont pas applicables, lorsque ces actes concernent un enfant assisté. Il en est ainsi notamment de l'article 444 du Code de procédure civile, qui ne fait courir les délais d'appel contre un mineur non émancipé que du jour où le jugement a été signifié tant au tuteur, qu'au subrogé-tuteur. Pour un enfant assisté, le délai court dès le jour de la signification, faite seulement à celui des membres de la commission administrative qui est chargé de la tutelle (2).

Ces règles sont suivies par l'article 11, § 1^{er} du projet, aux termes duquel il n'est pas « institué de subrogé-tuteur ».

(1) Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, t. II, p. 400.

(2) Poitiers, 8 décembre 1884, D. S., V^o Appel civil, n^o 187.

Du reste, il est extrêmement rare, en l'espèce, que les intérêts d'un pupille soient en contradiction avec ceux du tuteur (préfet, administrateur d'hospice ou directeur de l'Assistance). On conçoit donc qu'il ne soit pas institué 87 subrogés-tuteurs qui n'auraient peut-être jamais l'occasion d'exercer leurs fonctions.

*
**

Relativement à la personne de l'enfant, les administrateurs doivent veiller à tout ce qui concerne son éducation ; son instruction, sous ce rapport, doit être d'autant plus suivie et surveillée qu'il n'a pas de famille.

Si le mineur veut se marier, il devra obtenir l'autorisation préalable de la commission administrative. Il n'y aura donc pas lieu de lui désigner un tuteur *ad hoc* conformément à l'article 159 du Code civil (1). La plupart des règlements locaux exigent, pour que l'autorisation du mariage soit donnée, que l'enfant soumette à l'approbation de la commission le projet de contrat de mariage et qu'il produise un certificat du maire de la commune qu'habite la personne qu'il doit épouser, indiquant les nom et prénoms de celle-ci, son âge, sa profession, sa moralité et sa position de fortune (2).

Ces règles ne nous paraissent pas avoir été conservées par le projet du gouvernement. En effet son article 11, § 1^{er} décide que les attributions du tuteur et du conseil de famille sont celles que détermine le Code civil. Il faudrait donc, pour étendre les attributions des commissions administratives — qui sont les conseils de famille des enfants assistés — et leur permettre, ce

(1) Répert. Labori, V^o *Assistance publique*, n^o 149.

(2) Béquet, V^o *Assistance publique*, n^o 313.

que ne fait pas le Code civil, d'autoriser directement le mariage sans avoir recours à un tuteur *ad hoc*, il faudrait un texte qui n'existe pas dans le projet. C'est du reste un oubli fâcheux, ne pouvant laisser place qu'à une complication inutile : mais il serait indispensable de le réparer, si un jour le projet vient en délibération.

Nous avons vu que l'article 361 du Code civil exige le consentement des administrateurs pour la mise en tutelle officieuse du pupille. Cette attribution de la commission administrative, émanant du Code civil, n'est pas atteinte par le projet de loi.

Lorsque le tuteur a des sujets de mécontentement graves sur la conduite d'un des enfants placés dans l'hospice, il peut se faire autoriser par la commission administrative à user des moyens de correction indiqués dans les articles 376 et suivants du Code civil. Ce n'est là qu'une application des dispositions de l'article 468 du Code civil.

Le modèle de règlement général des hôpitaux et hospices du 31 janvier 1848 portait à cet égard dans son article 25 : « Si, avant d'avoir atteint leur majorité, ces enfants donnent des sujets de mécontentement très graves, la commission usera à leur égard de la faculté, que lui accordent les articles 376 et 377 du Code civil. »

Dans sa circulaire, le ministre ajoutait : « Cet article ne fait que rappeler des dispositions du décret du 19 janvier 1811 et du Code civil, qu'il était convenable de citer pour que la commission administrative et les personnes admises dans l'établissement n'en perdissent pas le souvenir, mais qui ne donnent lieu à aucune observation. »

L'article 26 du projet modifie quelque peu ces règles.

Il autorise en effet le président du tribunal, sur la requête du tuteur, à maintenir dans l'établissement correctionnel le pupille *vicieux*, après l'expiration du délai de six mois prévu par l'article 377 du Code civil ; et, en vertu de décisions semestrielles prises dans les mêmes formes, la maintenue pourrait être prolongée jusqu'à la majorité du pupille. Or, l'article 379 du Code civil n'autorise le père et par conséquent le tuteur à réclamer une nouvelle détention que si l'enfant tombe, *après sa sortie*, dans de nouveaux écarts.

Nous avons déjà brièvement exprimé notre pensée sur ces bagnes d'enfants, foyers de perversion en même temps que lieux de tortures, qu'on appelle *maisons de correction* ou *colonies pénitentiaires* (1). Aussi estimons-nous que les rédacteurs du projet ont été bien mal inspirés en ayant recours pour de plus longs délais à ce déplorable moyen de moralisation. A la vérité, la mesure ne s'applique qu'aux pupilles réputés *vicieux*, c'est-à-dire à ceux qui, par des actes d'immoralité, d'improbité ou de cruauté, ont donné lieu deux fois à l'application de l'article 466 du Code civil. Il est vrai aussi qu'à l'égard des pupilles réputés simplement *difficiles*, le projet — faisant une innovation — institue des établissements d'observation et de préservation, dans lesquels les placements seraient effectués par le tuteur après avis conforme du conseil de famille.

Mais, dans la pratique, que restera-t-il de cette distinction ?

Seule, la règle concernant les pupilles *vicieux* sera

(1) Voy. *suprà*, p. 39.

mise en vigueur et l'on verra de plus nombreux enfants peupler, pour de plus longues périodes, les colonies déjà existantes.

Quant aux établissements destinés à recevoir les pupilles *difficiles*, l'expérience montre qu'il ne faut pas de sitôt en espérer la création. Les ressources financières des départements ne permettront pas de faire face aux grosses dépenses qu'entraîneraient de tels travaux. L'exemple de la loi du 5 juin 1875, relative à la création de prisons cellulaires, en est un sûr garant; car cette loi est restée lettre morte, à de rares exceptions (1), à cause précisément de la difficulté qu'éprouvent les départements à accroître leurs charges. Et même de tels établissements dussent-ils être créés, n'est-il pas à craindre que, sous prétexte d'*observation* et de *préservation*, on n'y pratique une discipline trop sévère qui ne tardera pas à les faire dégénérer en de véritables maisons de correction, aussi barbares, aussi funestes que les autres.

Les auteurs du projet, pour justifier leur mesure, déclarent que l'éducation correctionnelle, si elle est trop longue, risque d'être exaspérante, et, si elle est trop courte, peut être insuffisante. Nous ne doutons pas de la difficulté qui réside à distribuer cette éducation (?) dans une juste mesure. C'est pourquoi nous estimons que le mieux serait de la supprimer totalement.

*
* *

Relativement aux biens du mineur assisté, la loi du 15 pluviôse an XIII, portait :

(1) La prison de Fresne-lès-Rungis, construite par le conseil général de la Seine, est une de ces exceptions.

« ART. 5. — Si les enfants admis dans les hospices
« ont des biens, le receveur de l'hospice remplira à cet
« égard les mêmes fonctions que pour les biens des
« hospices. Toutefois les biens des administrateurs-
« tuteurs ne pourront, à raison de leurs fonctions, être
« passibles d'aucune hypothèque. La garantie de la
« tutelle résidera dans le cautionnement du receveur
« chargé de la manutention des deniers et de la ges-
« tion des biens. »

« ART. 6. — Les capitaux qui appartiendront ou
« écherront aux enfants admis dans les hospices seront
« placés dans les Monts-de-Piété ; dans les communes
« où il n'y aura pas de Mont-de-Piété, ces capitaux
« seront placés à la caisse d'amortissement (aujourd'hui
« caisse des dépôts et consignations), pourvu que cha-
« que somme ne soit pas au-dessous de 150 francs,
« auquel cas il en sera disposé selon que règlera la
« commission administrative. »

Mais la loi du 27 février 1880 est venue modifier ces dispositions, puisque, aux termes de son article 8, elle est déclarée applicable « aux valeurs mobilières appar-
« tenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle
« soit de l'administration de l'Assistance publique, soit
« des administrations hospitalières. Le conseil de sur-
« veillance de l'administration de l'Assistance publique
« et les commissions administratives rempliront à cet
« effet les fonctions attribuées au conseil de famille ».

Il en résulte que le receveur de l'hospice, quelles que soient ses attributions réglementaires, relativement aux biens de cet établissement, ne pourra, aux termes de l'article 1.^{er} de la loi du 27 février 1880 combinés avec ceux de l'article 8, aliéner les « rentes, actions, parts

d'intérêt, obligations et autres meubles incorporels (1) » qui peuvent appartenir ou échoir au mineur placé dans l'hospice, si ce n'est en vertu d'une délibération expresse, soit du conseil de surveillance de l'administration de l'Assistance publique, soit de la commission administrative : l'article 2 de la loi exige même l'homologation du tribunal lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépasse 1500 francs en capital.

Aux termes de l'article 10, « la conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur devra être soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres » ; tandis que, antérieurement à la loi de 1880, tout administrateur ou tuteur avait le pouvoir d'accomplir cette conversion, considérée par la jurisprudence comme un simple acte d'administration (2).

Aux termes de l'article 5, le tuteur, et, dans notre cas, le receveur de l'hospice devra, dans les trois mois du jour où il a été mis en possession de valeurs, convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui se trouvaient dans le patrimoine du mineur à l'ouverture de la tutelle, ou qui lui adviennent ultérieurement par succession, par disposition entre vifs ou testamentaire, ou autrement, sauf la faculté, pour la commission administrative « de fixer pour la conversion un terme plus long, lorsque, soit par leur nature, soit à raison de

(1) Cette disposition s'étend à tous les meubles incorporels sans exception, c'est-à-dire à tous droits et choses qui, n'étant par leur nature ni meubles ni immeubles, sont réputés meubles suivant la détermination de la loi, en vertu de l'article 529 du Code civil. Elle comprend notamment : l'usufruit des meubles corporels, les créances, le droit personnel de jouissance même sur des immeubles, les droits de propriété littéraire ou artistique et ceux qui sont attachés aux brevets d'invention et aux marques de fabrique, etc. (Bonnet, p. 13 ; — Th. Huc, t. III, n° 398).

(2) Req., 4 août 1873, D. P. 75.5.468.

conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille (en notre cas de la commission administrative), l'autorisation soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver » (art. 5, § 4).

Enfin, l'article 6 impose au tuteur l'obligation de faire emploi des capitaux appartenant au mineur, à l'ouverture de la tutelle, ou qui lui sont advenus, par la suite, et fixe pour cet emploi un délai de trois mois, qui aura le même point de départ que celui de l'article 5. Mais cet article ne spécifie aucun mode d'emploi déterminé des capitaux du mineur. Le receveur conservera donc sa liberté d'action et sa responsabilité personnelle en ce qui concerne le choix d'un placement.

Faut-il continuer à lui appliquer la disposition de l'article 6 de la loi du 15 pluviôse an XIII, sus-relatée, aux termes de laquelle les capitaux du mineur excédant 150 francs devront être placés dans les Monts-de-Piété ou à la Caisse des dépôts et consignations, la commission administrative n'ayant la faculté de régler l'emploi que pour les capitaux inférieurs à 150 francs? Nous pensons que ces règles ont été modifiées par la loi du 27 février 1880 qui est venue remplacer les dispositions surannées de la loi de l'an XIII, promulguée à une époque qui ne connaissait pas les nombreux établissements de crédit fondés depuis lors et notamment les caisses d'épargne (1).

L'assimilation des commissions administratives au

(1) En ce sens, D. Sup. V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 630 ; — Lagrange, *Les enfants assistés en France*, p. 107 et suiv.

conseil de famille par la loi de 1880 ne saurait changer leur mode de composition. Il ne faudra donc pas qu'elles comprennent six membres comme le conseil de famille, alors que la loi du 16 vendémiaire an V (art. 1^{er}) n'en exige que cinq pour ces commissions.

La loi de 1880 n'a du reste pas abrogé les dispositions de l'article 5 de la loi du 15 pluviôse an XIII, confiant au receveur de l'hospice l'administration des biens du mineur et supprimant, à l'encontre des administrateurs, l'hypothèque légale, remplacée seulement par la garantie du cautionnement du receveur de l'hospice.

Le projet du gouvernement confie la « manutention des deniers et la gestion des biens des pupilles » au trésorier-payeur général et, dans le département de la Seine, au receveur de l'Assistance publique de Paris (art. 13). L'article 12 maintient le principe que les biens du tuteur ne seront pas soumis à l'hypothèque légale et que les intérêts du pupille seront garantis par le cautionnement du fonctionnaire chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens.

*
* *

L'article 7 de la loi de pluviôse porte : « Les revenus des biens et capitaux appartenant aux enfants admis dans les hospices seront perçus jusqu'à leur sortie des dits hospices à titre d'indemnité des frais de leur nourriture et entretien ». Mais, s'il y a excédent, il a été jugé avec raison qu'on doit le restituer à l'enfant parvenu à sa majorité, avec les intérêts de droit (1). Cette

(1) Req., 21 mai 1849, D. P. 49.1.202.

disposition est basée sur la règle que l'assistance n'est due que dans la mesure de l'indigence. La faculté de revendication pourrait même s'étendre aux capitaux. Le législateur l'a limitée aux revenus, et le projet du gouvernement la restreint encore puisqu'il ne la fait pas porter sur les produits du travail et de l'économie du pupille et qu'en outre, sur l'avis du conseil de famille, le préfet pourra faire, au moment de la reddition des comptes, toute remise qu'il jugera équitable.

Au sujet de l'article 7 de la loi de pluviôse, la question se pose de savoir à quel moment l'enfant est considéré comme *sorti de l'hospice*. Est-ce lorsqu'il est mis en apprentissage et que, par suite, il n'est pas à la charge de l'hospice ou seulement à l'époque de sa majorité ou de son émancipation ? Il a été jugé (1) que c'était dans le second cas seulement et que par suite, nonobstant le placement de l'enfant en apprentissage, la commission administrative avait le droit de continuer à percevoir, au profit de l'hospice, les revenus des biens de l'enfant, jusqu'à l'époque de sa majorité ou de son émancipation. Cette décision se justifie en ce que l'enfant ainsi éloigné de l'hospice n'est qu'absent mais non sorti en droit ; et qu'au surplus, aux termes de l'article 9 du décret du 19 janvier 1811, l'hospice doit payer une pension au patron chez qui l'enfant est en apprentissage. Le projet résout cette difficulté en décidant que les revenus du pupille seront uniformément perçus jusqu'à l'âge de dix-huit ans.

Il est à remarquer que les règles tracées par l'admi-

(1) Bordeaux, 11 mars 1840, D. P., 40.2.155.

nistration des hospices ne sont pas applicables à la tutelle des enfants assistés ; d'où il résulte que, pour intenter une action judiciaire au nom du mineur, le tuteur n'aura pas à se munir des autorisations spéciales dont un hospice est tenu de justifier, et que, si une libéralité est faite au mineur, la commission n'est tenue, pour l'accepter en son nom, que de remplir les formalités de droit commun imposées au tuteur, sans qu'aucune autorisation administrative soit nécessaire (1).

*
* *

La tutelle des hospices prend fin :

1° *Par la majorité de l'enfant ;*

2° *Par son émancipation par mariage ou autrement ;*

Ces deux premiers cas sont prévus par l'article 3 de la loi du 15 pluviôse an XIII. L'article 4 porte que « les commissions administratives des hospices jouiront, relativement à l'émancipation des mineurs qui sont sous leur tutelle, des droits attribués aux père et mère par le Code Napoléon (2). L'émancipation sera faite, sur l'avis des membres de la commission administrative, par celui d'entre eux qui aura été désigné tuteur et qui seul sera tenu de comparaître à cet effet devant le juge de paix. L'acte d'émancipation sera délivré sans autres frais que ceux d'enregistrement et de papier timbré. » L'article 5 § 3 porte que le receveur de l'hospice, chargé de l'administration des biens du mineur, remplira, en cas d'émancipation, les fonctions de curateur. C'est un des

(1) Répertoire Labori, V° *Assist. publique*, n° 148.

(2) L'enfant assisté peut donc être émancipé dès l'âge de quinze ans. C'est, du reste, ce qu'a déclaré l'orateur du Tribunat (*Exposé des motifs de la loi*, Loqué, t. VII, p. 297).

rare cas — l'unique pour certains — de *curatelle légale* (1).

Ces règles ont été conservées par le projet du gouvernement, dans ses articles 11 § 2 et 3 et 12 § 3. Il serait en effet excessif d'obliger les membres de la commission administrative de se présenter devant le juge de paix pour procéder à l'émancipation d'un pupille; il suffit évidemment que la délibération de la commission, qui tient lieu à l'enfant de conseil de famille, soit apportée au magistrat.

3° *Par le décès du mineur ;*

Aux termes de l'article 8 de la loi de pluviôse, « si l'enfant décède avant sa sortie de l'hospice, son émancipation ou sa majorité, et qu'aucun héritier ne se présente, ses biens appartiendront en propriété à l'hospice, lequel en pourra être envoyé en possession à la diligence du receveur et sur les conclusions du ministère public. — S'il se présente ensuite des héritiers, ils ne pourront répéter les fruits que du jour de la demande. » — L'article 9 et dernier de la loi ajoute : « Les héritiers qui se présenteront pour recueillir la succession d'un enfant décédé avant sa sortie de l'hospice, son émancipation ou sa majorité, seront tenus d'indemniser l'hospice des aliments fournis et des dépenses faites, pour l'enfant décédé, pendant le temps qu'il sera resté à la charge de l'administration — sauf à faire entrer en compensation, jusqu'à due concurrence, les revenus perçus par l'hospice. »

Ce sont ces règles qu'a adoptées le projet, avec cette

(1) On ne connaît qu'un autre exemple de *curatelle légale* : c'est celui du mari majeur qui serait curateur de droit de sa femme mineure, émancipée par le mariage.

différence toutefois qu'il attribue les biens du pupille au domaine départemental des Enfants-Assistés et non à l'hospice même, d'où il résulte que l'envoi en possession aura lieu à la diligence du trésorier-payeur général du département et non à celle du receveur de l'hospice (art. 44, 45).

4° *Par la réclamation de l'enfant de la part des parents* (1) ;

En effet, la tutelle des hospices, bien que créée par la loi, ne l'a été que pour le cas où il n'y a ni père ni mère, et elle n'a plus de raison d'être lorsque l'un des deux se présente. En pareil cas, l'article 21 du décret du 19 janvier 1811 oblige les parents qui réclament l'enfant à rembourser, s'ils en ont les moyens, toutes les dépenses faites par l'administration publique ou par les hospices. Le projet leur impose la même obligation, mais laisse la faculté aux commissions départementales — et, dans le département de la Seine, à une délégation du Conseil général — de les exonérer en tout ou en partie (art. 15).

L'article 41 du projet énonce le principe qui justifie cette obligation imposée aux parents : *Les père, mère et ascendants* (2) *d'un pupille de l'Assistance restent tenus envers lui de la dette alimentaire : toute stipulation contraire est nulle.*

Ce même texte soumet la remise de l'enfant aux parents à l'autorisation du tuteur qui doit prendre l'avis du conseil de famille.

Enfin, aux termes de l'article 16, § 1^{er} du projet, toute

(1) Colmar, 5 avril 1838, P. 39.1.006, D. P. 39.2.255.

(2) On sait qu'il ne saurait être question d'ascendant s'il s'agit d'enfants naturels.

remise de l'enfant faite à d'autres qu'à des parents, même quand il est confié en vue d'une adoption ultérieure, ne peut avoir lieu que sous réserve de la tutelle de l'Assistance.

5° *Par la tutelle officieuse* (art. 365, C. civ.) (1);

Si cette tutelle spéciale vient à cesser, le mineur doit-il rentrer sous celle de la commission administrative? On enseigne la négative en se fondant sur ce que, d'une part, la tutelle administrative de l'hospice ne tient pas à l'ordre public, mais est un simple acte de bienfaisance et que, d'autre part, la tutelle officieuse est un véritable contrat, emportant obligation de nourrir, élever, mettre en état de vivre l'enfant qui en est l'objet; que, par suite, l'enfant soustrait à l'hospice par la générosité de son tuteur officieux, sera pourvu par celui-ci d'une fortune ou tout au moins d'une situation et qu'il est impossible, dès lors, de continuer à le classer parmi les enfants abandonnés, en vue desquels a été écrite la loi de l'an XIII, qui organise la tutelle des hospices. Il y aura donc lieu en pareil cas de pourvoir le mineur d'un tuteur et d'un subrogé tuteur en la forme ordinaire (2).

6° *Par la mainmise du ministre de la marine* (art. 16 du décret de 1811);

Mais cette cause de cessation de la tutelle, bien qu'existant encore légalement, n'a pas d'application pratique (3).

(1) Sur les modifications apportées aux règles de la *tutelle officieuse* par la loi du 24 juillet 1889 et le projet de loi du gouvernement, voy. *suprà*, p. 139.

(2) Répert. Labori, *V° Assistance publique*, n° 155; — Angers, 26 juin 1844, P. 44.2.281, D. P. 44.2.155. — *Contrà*: Béquet, *V° Assist. publ.*, n° 318.

(3) Voy. *suprà*, p. 132-133.

*
* *

Les commissions administratives sont obligées, quand l'enfant a des biens, de lui rendre des comptes à la fin de la tutelle. « Les actes seront faits sans frais, comme ceux de délégation de tutelle et d'émancipation, et les comptes peuvent être rendus directement par les commissions administratives et approuvés par les préfets en Conseil de préfecture. La quittance et la décharge données sous seing privé par les enfants majeurs sont suffisantes pour mettre à couvert la responsabilité du receveur (1) ».

L'article 14 § 3 du projet stipule que les comptes de tutelle seront approuvés par le Conseil de famille. Les rôles sont en effet intervertis, car, le tuteur étant ici le préfet, il ne saurait contrôler sa propre gestion.

(1) Circulaire du Conseiller d'Etat, directeur général de l'Administration communale, en date du 18 mai 1824.

CHAPITRE IV

LES ENFANTS MORALEMENT ABANDONNÉS.

Notre législation a été longtemps dépourvue de textes prévoyant et réglementant les cas de déchéance de la puissance paternelle. Seul, l'article 335 du Code pénal déclarait que, lorsque le père ou la mère se seraient rendus coupables envers leur enfant mineur soit d'attentat à la pudeur, soit d'excitation habituelle à la débauche, ils seraient, sans préjudice d'autres sanctions pénales, privés des droits et avantages à eux accordés, sur la personne et les biens de l'enfant, par le Code civil, livre 1^{er}, titre IX, *de la Puissance paternelle*.

Cette disposition ne pouvait véritablement suffire à prévenir tous les abus de l'autorité paternelle. Elle n'était applicable qu'en cas d'excitation *habituelle* à la débauche, *au profit d'un tiers et dans un but de lucre*. En outre, la déchéance ne pouvait jamais être que *partielle* et n'était encourue qu'à l'égard de l'enfant *victime de l'infamie du père* (1).

A la vérité un certain nombre de lois, que nous avons énumérées déjà (2), apportèrent de nouvelles atteintes à la plénitude de l'autorité paternelle. L'une d'elles même — la loi du 7 décembre 1874, *sur les enfants employés dans*

(1) Demolombe, t. IV, p. 274 ; — Laurent, t. IV, n° 390 ; — Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. I, n° 8.

(2) Voy. *suprà*, p. 64, note 3.

les professions ambulantes — prononçait une déchéance totale à l'égard de tous les enfants nés ou à naître.

Mais la législation demeurait insuffisante. La jurisprudence, pour remédier à ces inconvénients, avait dû élargir la compréhension des textes existants. L'article 334 fut appliqué en dehors de toute idée de lucre et pour une débauche personnelle (1). Sur les articles 203 et 204, 302 et 444 fut fondé le principe que les tribunaux étaient en droit, si les circonstances l'exigeaient, non point de prononcer une déchéance complète de l'autorité des pères ou mères indignes (car les déchéances sont de droit étroit et il n'y peut être suppléé en l'absence de textes), mais de modifier ou limiter tout au moins l'exercice de cette autorité, dans l'intérêt de l'enfant (2).

Ces textes et cette jurisprudence étaient appliqués aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes (3).

La loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés*, devait dans la pensée de ses auteurs, améliorer une législation aussi incomplète et remplacer le système subtil de la jurisprudence. Elle a certainement accentué l'évolution commencée par le droit coutumier et tendant à ôter à la puissance paternelle son caractère artificiel,

(1) Cass., 21 avril 1855, D. P. 55.1.221 ; — Cass., 23 août 1855, S. 55.1.847 ; — Cass., 10 janvier 1856, S. 56.1.382 ; — Cass., 13 novembre 1856, S. 57.1.490.

(2) Req., 3 mars 1856, D. P. 56.1.290 ; — Trib. Le Puy, 10 décembre 1869, D. P. 70.3.64.

(3) Req., 3 mars 1856, arrêt précité ; — Lyon, 8 mars 1859, D. P. 59.2.141 ; — Paris, 10 avril 1872, D. P. 72.2.144. — Loiseau, *Tr. des enfants naturels*, p. 530-537 ; — Toullier, t. II, n° 1076 ; — Vazeille, *Du mariage*, t. II, n° 473 ; — Aubry et Rau, t. VI, p. 212, texte et note 9 ; — Demolombe, t. VI, n° 630.

pour la rapprocher de la nature (1). Pour mieux protéger l'enfance contre l'indignité de certains parents, elle a facilité aux juges les moyens de priver ces derniers de toute autorité paternelle. Dans ce but, elle a prévu un certain nombre de cas qui entraînent soit une déchéance de plein droit, soit une déchéance facultative pour les tribunaux.

Malheureusement, dans la pratique, cette loi ne rend pas les services qu'on en espérait. Elle a le défaut d'être trop strictement limitative et de lier le juge par une énumération dans laquelle n'entrent pas toujours les faits reprochables à maints parents indignes. En outre, elle prononce, dans tous les cas, une déchéance *totale* de la puissance paternelle, de sorte que les tribunaux, ne pouvant proportionner leur décision au degré exact d'indignité du père, devront n'infliger aucune pénalité, s'ils jugent trop sévère la *seule* que prévoit la loi. A cet égard, l'ancienne jurisprudence était préférable ; elle se pliait mieux aux espèces souvent complexes qui viennent à l'audience. C'est, sans doute, un tel avantage qui a fait soutenir — à tort, croyons-nous, — que cette jurisprudence pouvait encore être maintenue (2).

De ces défauts de la loi résulte que son application est assez peu fréquente dans les départements, nulle à Paris. Mais n'est-ce pas aussi que les magistrats mettent à s'en servir quelque mauvaise grâce ? On cite des pères, ivrognes avérés, au casier émaillé de condamnations, contre lesquels le Parquet de la Seine n'a pas cru devoir

(1) Il est à remarquer que malgré cette tendance de la loi ses rédacteurs ont conservé dans son texte l'expression : *puissance paternelle* que le Code civil avait intentionnellement écartée et n'avait laissé subsister que la rubrique.

(2) Voy. *suprà*, p. 79, note 1.

prendre l'initiative d'une instance — que, seul, en certains cas, il pouvait introduire —, ou auxquels le tribunal n'a pas estimé que la loi de 1889 fût applicable. Cependant le texte de cette dernière, a été, avant d'être proposé au Parlement, examiné par maints groupes d'études criminalistes, notamment par la *Société des Prisons*, dont font partie la plupart des magistrats de Paris. Que ne se sont-ils élevés à ce moment contre une loi qu'ils devaient, en fin de compte, laisser sans application !

Notre sujet ne nous permet pas de nous étendre plus longuement sur une critique que nous n'avons pu nous empêcher de formuler, l'occasion s'en présentant. Nous allons donc aborder l'étude de la loi de 1889, au point de vue seulement de la situation qu'elle crée à certains enfants naturels quant à la puissance paternelle (1).

L'article 1^{er} énumère les cas donnant lieu à la déchéance de plein droit. Il est ainsi conçu : « *Les père et mère ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du Code civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 : — 1° S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 de l'article 334 du Code pénal ; — 2° S'ils sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs en-*

(1) Nous avons signalé plus haut (page 137) la déchéance *partielle* de la puissance paternelle, organisée par la loi du 19 avril 1898, art. 4.

fants, soit comme coauteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants ; — 3° S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, coauteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants ; — 4° S'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. — Cette déchéance laisse subsister entre les ascendants déchus et l'enfant les obligations énoncées aux articles 205, 206 et 207 du Code civil. »

Nous observons, à propos de ce texte, qu'il ne distingue pas entre enfants légitimes et naturels et qu'il s'applique certainement à ces derniers ; mais qu'en ce cas il ne saurait être question de prononcer la déchéance contre les ascendants, autres que le père et la mère, puisqu'ils n'ont sur l'enfant naturel aucune espèce de puissance. Cette observation s'étend du reste à la loi tout entière, applicable aux parents naturels aussi bien qu'aux parents légitimes. C'est la raison qui nous la fait étudier. Mais il faut rappeler ici ce que nous avons dit des enfants assistés et noter que si, parmi ceux-ci, les enfants naturels sont les plus nombreux, c'est le contraire qui se produit pour les enfants moralement abandonnés : la majorité en est légitime.

Il faut remarquer également que ce texte dépouille les parents indignes de tous les attributs de l'autorité paternelle, sans exception, et non pas seulement de ceux qui sont énumérés dans le titre de la *Puissance paternelle*, ainsi que le décidait l'article 335 al. 2 du Code pénal, aujourd'hui implicitement abrogé.

L'article 2 de la loi énumère, limitativement comme le 1^{er}, les cas dans lesquels la déchéance *peut* seulement être prononcée par les tribunaux :

ART. 2. — *Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits : 1° Les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les articles 86 à 101 du Code pénal ; — 2° Les père et mère condamnés deux fois pour un des faits suivants : séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants, ou pour vagabondage ; — 3° Les père et mère condamnés par application de l'article 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1873, ou des articles 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874 ; — 4° Les père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ; — 5° Les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction, par application de l'article 66 du Code pénal ; — 6° En dehors de toute condamnation, les père et mère, qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.*

Cet article, comme le précédent, ne distingue pas entre père et mère naturels ou père et mère légitimes.

Le dernier cas de déchéance facultative, prévu par le paragraphe 6, remédie, dans une grande mesure, à la regrettable insuffisance de l'ancienne législation sur ce point. C'est, du reste, la disposition qui pourrait recevoir le plus fréquemment son application, dans la pratique, si les tribunaux voulaient bien en voir toute la compréhension. Grâce à elle, bien des abus de la puissance paternelle qui, pour ne constituer ni crime ni délit, n'en sont pas moins de nature à compromettre les intérêts matériels et moraux de l'enfant, pourraient ne plus demeurer impunis.

Mais fût-elle soigneusement appliquée, il s'en faudrait encore que cette disposition ait, comme on l'a dit, réussi pleinement à combler la lacune du droit antérieur. Il subsiste, malheureusement, bien des cas où les parents, légitimes aussi bien que naturels, font un usage déplorable des pouvoirs que leur donne le Code, sans que leur conduite tombe cependant sous le coup de la loi de 1889.

C'est surtout dans l'administration et la jouissance légales que se manifestent les abus : et bien des mineurs se sont vu dépouiller de leur pécule par un père ou une mère indignes, mais assez habiles pour échapper à toute sanction légale.

On voit donc qu'il est nécessaire et urgent de perfectionner encore la législation sur cette matière délicate. Peut-être, pourrait-on, pour ne citer qu'un cas, étendre au père, administrateur infidèle, les cas de destitution applicables au tuteur. On ne saurait objecter que la dignité du père en serait amoindrie : bien au contraire, elle nous paraîtrait devoir être fortifiée du fait que, pour conserver l'administration légale, il faudrait désormais faire preuve d'une intégrité absolue.

Les cas d'indignité que la loi laisse impunis se rencontrent d'ailleurs chez les parents légitimes aussi bien que chez les parents naturels. Il est donc difficile, comme nous l'avons déjà dit, d'en tirer argument contre les derniers, pour leur refuser le droit à l'administration légale (1).

Les articles 3 à 7 organisent la procédure de l'action en déchéance, qui doit être intentée en chambre du con-

(1) V. *suprà*, p. 78.

seil par des parents du mineur ou par le ministère public. Ce ne pourrait être que ce dernier ou, dans certains cas, la mère, qui agiraient au nom de l'enfant naturel.

*
**

Pour remplacer la puissance paternelle, la loi a donné un tuteur à l'enfant. Cependant, si la mère est jugée par le tribunal digne de conserver l'autorité retirée au père, elle pourra « exercer les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis au Code civil » (art. 9).

On voit que cette attribution à la mère de l'autorité paternelle n'est que facultative. Pour que l'exercice lui en soit retiré, il n'est même pas nécessaire qu'une cause de déchéance existe par rapport à elle. Quelle raison invoque-t-on pour justifier cette mesure? Le législateur a craint, dit-on, que la mère, après la déchéance du père, fût impuissante à protéger les enfants d'une manière efficace. Le père, en effet, conserve l'autorité maritale, et l'on pouvait redouter que, par cette autorité, il n'arrivât à exercer en réalité la puissance paternelle, comme s'il n'en eût pas été déchu (1).

Si tel est le motif qui a inspiré le législateur, devons-nous appliquer à la mère naturelle la disposition de l'article 9? Il n'y a pas, en ce cas, d'autorité *maritale*; dès lors, la crainte qu'elle peut inspirer n'a plus de base et la règle de l'article 9 semblerait devoir être écartée. Nous n'admettons point cependant cette solution. Il n'est écrit nulle part que ce soit l'autorité *maritale* du père qui s'oppose à ce qu'en tous les cas, on laisse à la mère l'exercice de la puissance paternelle. On peut dire que le législa-

(1) Beudant, *Cours de droit civil*, t. II, n° 686-2°.

teur a plutôt considéré, d'une manière générale, *l'influence morale* que peut avoir le père sur la mère. Il est indéniable, en effet, qu'une telle influence peut avoir, hors du mariage, la même force que dans le mariage. Le juge aura seulement à apprécier si la mère est plus ou moins digne ou capable d'exercer le pouvoir paternel ; mais cette appréciation sera faite sans aucune considération de légitimité ou d'illégitimité.

Un second cas de tutelle déferée de droit se produit quand une tutelle était ouverte avant la déchéance et concourait avec l'autorité paternelle : le tuteur conserve alors ses fonctions et ses pouvoirs se complètent.

Mais, s'il n'y a ni mère, ni tuteur, il faut organiser une tutelle. La loi en a prévu deux sortes :

I. Aux termes de l'article 10, le tribunal peut constituer la tutelle de droit commun avec ces différences cependant : 1° que la personne désignée ne sera pas dans l'obligation d'accepter cette charge ; 2° que les biens de ces tuteurs ne seront pas grevés de l'hypothèque légale, si ce n'est jusqu'à concurrence seulement d'une somme déterminée. L'article 11 ajoute que, « si la tutelle n'a pas été instituée conformément à l'article précédent, elle est exercée par l'Assistance publique conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849... L'Assistance publique peut, tout en gardant la tutelle, remettre les mineurs à d'autres établissements et même à des particuliers. »

Le tribunal, en prononçant sur cette tutelle, fixe le montant de la pension qui devra être payée par les père

et mère (1) auxquels les aliments peuvent être réclamés ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne peut être exigé aucune pension (art. 12). C'est le plus souvent le second cas qui se produira. Mais il eût été injuste, alors que les parents indignes en avaient les moyens, de ne pas faire rembourser au tuteur, quel qu'il soit, au moins partiellement, les dépenses qu'il fait pour le pupille. La faute des parents ne doit pas profiter à leur patrimoine. C'est d'ailleurs, nous l'avons vu (2), la solution qu'avait adoptée le décret du 19 janvier 1811 pour les enfants assistés.

II. ART. 13. — « Pendant l'instance en déchéance toute personne peut s'adresser au tribunal, par voie de requête, en fin d'obtenir que l'enfant lui soit confié. Elle doit déclarer qu'elle se soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de l'article 364 du Code civil au titre de la *Tutelle officieuse*. Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseignements et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, accueille la demande, les dispositions des articles 365 et 370 du même Code sont applicables... »

Cette seconde tutelle est, on le voit, une tutelle officieuse modifiée : mais des règles trop rigoureuses de cette dernière, la loi de 1889 ne retient que l'obligation pour le tuteur de nourrir le pupille, l'élever et le mettre en état de gagner sa vie (art. 364, § 2, C. civ.), d'administrer les biens de ce pupille comme sa personne, sans pouvoir néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus dudit pupille (art. 365), de rendre compte dans tous les cas de cette administration (art. 379).

En outre, une des dispositions les plus rigoureuses du

(1) Voy. *suprà*, p. 53, note 2.

(2) Voy. *suprà*, p. 53.

Code civil, en ce qui concerne la tutelle officieuse, celle de l'article 367, est profondément transformée. On sait qu'aux termes de cet article, la succession du tuteur officieux qui viendrait à mourir avant d'avoir adopté son pupille est tenue de fournir à ce dernier, jusqu'à sa majorité, des moyens de subsistance fixés soit amiablement, soit judiciairement : on conçoit facilement qu'une telle obligation ait été un grand obstacle à la fréquence des tutelles officieuses, qui, de fait, sont à peu près inconnues dans la pratique. Aussi le législateur de 1889, qui désirait favoriser un excellent moyen de protection des enfants moralement abandonnés, devait-il adoucir la rigueur de cette mesure ; il l'a fait, sans sacrifier l'intérêt de l'enfant, en décidant qu'en cas de mort du tuteur il y aurait lieu à ouverture d'une nouvelle tutelle qui serait constituée par le tribunal (art. 13, § 4). De la sorte il n'y a plus à craindre de grever le patrimoine de leurs héritiers.

L'article 10 § 2 de la loi de 1889, stipulant que les tuteurs, institués en vertu de la présente loi, remplissent leurs fonctions, sans que leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mineur, s'applique, de par ses termes même, à la seconde forme de tutelle comme à la première (art. 10, § 2).

Il est à noter que, pour cette seconde tutelle absolument bénévole, la loi ne parle pas d'une pension à payer aux tuteurs par les parents non besogneux. Mais au cas de décès du premier tuteur, si le tribunal en désigne un nouveau, l'article 12 sera applicable, en conséquence la pension sera exigible et le montant en sera fixé par les juges.

*
* *

La loi de 1889, dans ses articles 15 et 16, permet aux parents frappés de déchéance de se faire restituer la puissance paternelle, lorsqu'ils ont obtenu leur réhabilitation, à moins qu'ils n'aient été frappés pour les cas prévus aux paragraphes 5 et 6 de l'article 2 ; car ces cas de déchéance n'impliquant aucune condamnation antérieure des parents, il ne saurait y avoir lieu à réhabilitation ; il suffit alors que trois ans se soient écoulés depuis que le jugement prononçant la déchéance est devenu irrévocable et que l'avis du conseil de famille, absolument obligatoire, soit favorable. « Le tribunal, en prononçant la restitution de la puissance paternelle, fixe, suivant les circonstances, l'indemnité due au tuteur ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité » (art. 16, § 3).

*
* *

Le titre II de la loi de 1889 a résolu une difficulté soulevée dans la pratique par le principe de l'inaliénabilité de la puissance paternelle. En vertu de ce principe, les parents qui avaient confié l'enfant tout jeune à des administrations d'Assistance publique, à des associations charitables ou à des particuliers, revendiquaient leurs droits sur sa personne, dès qu'il était en état de se livrer à un travail productif — quand ce n'était pas au vol ou à la prostitution — et cela bien qu'ils eussent souvent pris l'engagement de ne pas réclamer l'enfant avant sa majorité. Le juge ne pouvait se refuser à faire droit à cette réclamation (1).

(1) Sur les efforts tentés dans la pratique pour tourner cette difficulté, voy. Drucker. *La protection des enfants maltraités et moralement abandonnés*, p. 145 ; — Villebrun, *op. cit.*, p. 49 et s.

La loi de 1889 est venue remédier à ce grave inconvénient. Le projet voté par le Sénat se contentait de valider législativement le contrat de dessaisissement de la puissance paternelle, qu'on autorisait entre les parents et les établissements ou les particuliers, sous la seule approbation du juge de paix du domicile des père et mère. Mais le Conseil d'État se montra hostile à ce projet pour un double motif : 1° parce qu'il est contraire aux principes de permettre que la puissance paternelle puisse être l'objet de conventions entre les particuliers ; 2° parce que la pratique de ces contrats pouvait être dangereuse et susceptible d'abus, le contrôle d'un juge de paix étant manifestement insuffisant pour remédier à cet inconvénient. On eut donc recours, en définitive, à l'intervention du pouvoir judiciaire (1).

Le système adopté prévoit deux hypothèses :

1° Si les père, mère ou tuteur ont confié eux-mêmes les enfants, le tribunal peut décider, sur la requête des parties intéressées, qu'il y a lieu « de déléguer à l'Assistance publique, les droits de puissance paternelle et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant » (art. 17).

2° Si les enfants ont été recueillis directement sans l'intervention des parents « une déclaration doit être faite, dans les 3 mois, au maire de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant a été recueilli et, à Paris, au commissaire de police, sous peine d'une amende de 5 à 15 francs ». En cas de nouvelle infraction dans les douze mois, l'article 482 du Code pénal serait applicable, c'est-à-dire la peine de la récidive en matière de

(1) *Journal officiel* du 21 avril 1889, p. 709, 2^e coll.

contraventions, soit 5 jours d'emprisonnement. Cette déclaration est, dans la quinzaine, transmise au préfet, et pour le département de la Seine, au préfet de police (art. 19). Les parents peuvent alors réclamer leur enfant; mais, s'ils ne l'ont pas fait dans les trois mois, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander l'exercice de tout ou partie des droits de puissance paternelle. Si une partie seulement en est attribuée au requérant, le tribunal doit déclarer « par le même jugement que les autres, ainsi que la puissance paternelle sont dévolues à l'Assistance publique » (art. 20).

La fin du titre II, de caractère purement administratif, a pour objet d'assurer à l'enfant, tant qu'elle lui est nécessaire, la continuation des soins qu'on lui donne (art. 21) et de le protéger contre les abus possibles de ceux à qui on l'a confié (art. 22 et suivants).

CONCLUSION

L'esprit qui a présidé à cette étude est inspiré du principe de haute humanité que proclamèrent nos ancêtres de 1789 : l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes.

Certes, le Code civil avait expressément repoussé, sur certains points, la consécration, peut-être trop précoce et trop radicale, d'une vérité incontestable. Dans l'intérêt mal entendu de la généralité, il avait sacrifié d'innocentes unités ; pour réprimer une faute déclarée funeste, il avait puni, non le coupable, mais la victime. Le droit héréditaire des enfants naturels s'était ainsi trouvé réduit si injustement, que la loi du 25 mars 1896 est venue notablement modifier, en faveur du bâtard, cette déplorable atteinte au principe d'égalité.

Mais sur les questions qui nous occupent, le législateur ayant, par timidité, observé une réserve permettant le doute sur sa volonté, nous avons cru pouvoir — à défaut de textes et en nous appuyant sur les travaux préparatoires qui mettent à jour la pensée véritable des rédacteurs du Code — adopter les solutions les plus conformes au principe qu'avait consacré intégralement la loi du 12 brumaire an II.

Le titre de la *Puissance paternelle* nous paraît donc entièrement applicable aux parents et aux enfants naturels *simples*, lorsque ceux-ci ont été légalement recon-

nus, ainsi que diverses dispositions éparses dans le Code et traitant d'attributs de cette autorité. On ne saurait arguer des expressions contenues en ces textes et appropriées aux familles légitimes, puisque, nous l'avons indiqué, c'est dans un but de clarté et de simplicité que ces articles furent rédigés de la sorte, pour être ensuite étendus *en bloc* aux enfants naturels par une disposition spéciale. Cette dernière, il est vrai (art. 383), est très défectueuse. Mais elle montre simplement l'hésitation qu'eurent les législateurs de 1804 à suivre ceux de la Révolution dans leurs énergiques affirmations du droit de tout enfant à naître sans privilège, ni déchéance.

Nous n'admettons qu'une différence indéniable ; c'est l'absence absolue du lien familial et de droits ou devoirs de puissance entre les aïeux de l'enfant naturel et ce dernier. Ces personnes sont étrangères au vœu de la loi, et il ne nous est permis que de le déplorer. On allègue en vain, pour justifier cette règle, qu'il est impossible d'imposer aux aïeux les bâtards de leur fils : car la loi ne permet même pas à ces ascendants une reconnaissance *volontaire* et d'autre part elle leur impose, parfois *contre leur gré*, ces mêmes bâtards, le jour où le père procède à leur légitimation.

C'est donc, à notre sens, le père naturel qui exerce la puissance paternelle s'il y a cohabitation régulière avec la mère (art. 373) ; s'il y a séparation de fait, ce sera celui des parents qui s'est chargé de l'enfant. En cas de contestation, les tribunaux auront un pouvoir discrétionnaire pour confier l'enfant à l'un ou l'autre des parents (art. 302) ou même à une tierce personne, les parents conservant en ce cas le droit de surveiller res-

pectivement l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et devant y contribuer à proportion de leurs facultés (art. 303).

Les attributs de cette puissance seront exactement ceux qui sont donnés aux parents légitimes. On leur appliquera donc toutes les règles relatives aux consentements à mariage, à adoption, à mise en tutelle officielle, entrée dans les ordres sacrés, etc., au droit d'opposition au mariage (sauf la différence expresse établie par l'art. 159) ou à celui d'en invoquer la nullité. De même, on devra étendre aux familles illégitimes, les dispositions de l'article 935 — relatif au droit pour les parents d'accepter une donation au nom de leur enfant mineur —, des articles 205 et 207 — concernant l'obligation alimentaire —, de l'article 203 — formulant le devoir d'éducation —, de tous ceux du titre de la *Puissance paternelle* — traitant du respect dû aux parents, des droits de garde et d'éducation, du droit de correction et de l'usufruit légal — de l'article 389 — donnant au père le droit d'administrer les biens de son enfant — et enfin de l'article 477 — réglant le droit d'émancipation.

De même, la tutelle des enfants naturels, dont le Code ne dit mot, nous paraît ne pouvoir être organisée que sur le modèle de celle des enfants légitimes. Nous admettons donc qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort d'un des père et mère; que ceux-ci doivent être appelés de plein droit à cette fonction; qu'ils peuvent également désigner, dans leur testament, le tuteur de leur choix, et le père, un *conseil de tutelle* à la mère; que les sanctions prononcées par les articles 395 et 396 contre la mère, tutrice légale, qui se remarie sont applicables à la mère,

tutrice naturelle, qui se marie et même à celle qui unit sa vie à un homme, sans l'épouser ; qu'enfin la tutelle dative doit être décernée, d'après les règles mêmes de la section IV du chapitre *de la Tutelle*, en observant, toutefois, que le conseil de famille ne sera composé que de « citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur » (art. 409).

Quant au fonctionnement même de la tutelle, c'est-à-dire aux dispositions des sections V et suivantes du chapitre *de la Tutelle*, personne ne conteste qu'elles ne soient entièrement applicables au tuteur de l'enfant naturel.

Il est malheureusement impossible de faire bénéficier les enfants adultérins ou incestueux d'une assimilation, même partielle, avec les légitimes. Ces bâtards, aussi peu responsables que les autres, de la faute qu'on punit en eux, ont une condition des plus dures : ils sont, au vœu de la loi — formelle sur ce point, — complètement étrangers à ceux qui les ont procréés. Il nous a paru cependant qu'en certains points on avait exagéré la sévérité du législateur et travesti sa pensée.

C'est ainsi que l'obligation alimentaire, qui constitue, aux termes de l'article 762, le seul droit de ces enfants, nous semble devoir être imposée aux parents aussi bien qu'à leur succession.

Nous admettons encore que l'article 371 et les règles relatives au droit et au devoir d'éducation sont applicables à ceux de ces enfants dont la filiation est légalement établie, ce qui se produit, du reste, rarement.

La tutelle légale est généralement refusée aux parents mais nous ne voyons de raison à cette exclusion ni dans les textes, ni dans les travaux préparatoires. Nous

inclinons donc à la leur accorder, en faisant remarquer qu'en fait, ils ne l'auront presque jamais, la filiation n'étant, nous le répétons, presque jamais établie légalement, à leur égard. En général, il y aura lieu à une tutelle dative, comme pour les enfants naturels simples non reconnus (1). Sur l'importante controverse qui divise la doctrine au sujet de la légitimation des enfants naturels, nés de personnes ne pouvant se marier qu'avec une dispense, nous avons, suivant en cela l'opinion de la jurisprudence, admis la possibilité d'une telle légitimation, que rien n'interdit formellement dans les textes, que la logique et l'humanité ordonnent de favoriser.

En ce qui touche les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés, nous nous sommes bornés à exposer et analyser les dispositions, peu fertiles en controverses, qui règlent leur situation au point de vue de la tutelle et de la puissance paternelle : loi du 15 pluviôse an XIII, décret du 19 janvier 1811 ; loi du 24 juillet 1889. Nous avons aussi étudié les réformes que doit introduire dans cette législation un projet déposé au Sénat, depuis plus de sept ans, et qui ne paraît pas devoir de si tôt acquérir force de loi.

Il y aurait abondante matière à critique — si la question ne dépassait les limites de ce travail — sur l'organisation relative à tous les enfants, même légitimes, rejetés par des parents que poussent soit la misère, soit une coupable indifférence. L'Assistance publique est loin d'avoir

(1) On enseigne que ces derniers n'ont pas une tutelle permanente mais seulement, un tuteur *ad hoc* chaque fois que leur intérêt l'exige. Nous n'apercevons ni la nécessité, ni le motif de cette organisation spéciale, qui ne s'appuie sur aucun texte et ne peut que préjudicier à l'enfant, sans servir personne.

atteint toute la perfection désirable ; mais les reproches qu'on peut lui adresser sont bien légers comparés à ceux que formulait naguère l'honorable Monseigneur Turinaz, évêque de Nancy, à l'encontre de certaines institutions religieuses de bienfaisance.

Les solutions que nous avons adoptées risquent de provoquer les reproches de ceux qui estiment dangereux, pour la société, le principe d'assimilation des enfants naturels aux légitimes.

Au point de vue doctrinal, elles présentent toutefois ce caractère que, si toutes n'ont été admises *en bloc* que par un très petit nombre d'auteurs, chacune d'elles l'a été *séparément* par l'un d'eux.

Au point de vue social, nous persistons à penser qu'elles approchent de l'idéal vers lequel doit tendre une bonne législation, qui ne saurait avoir d'autre but que la recherche du maximum de bonheur pour chaque individu, afin d'assurer le bonheur de tous. Cette idée, dont la seule énonciation devrait paraître une naïveté, n'est pourtant pas généralement admise : elle nous paraît, cependant, l'émanation directe des principes de justice et de vérité.

Vu :

Le Président de la Thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

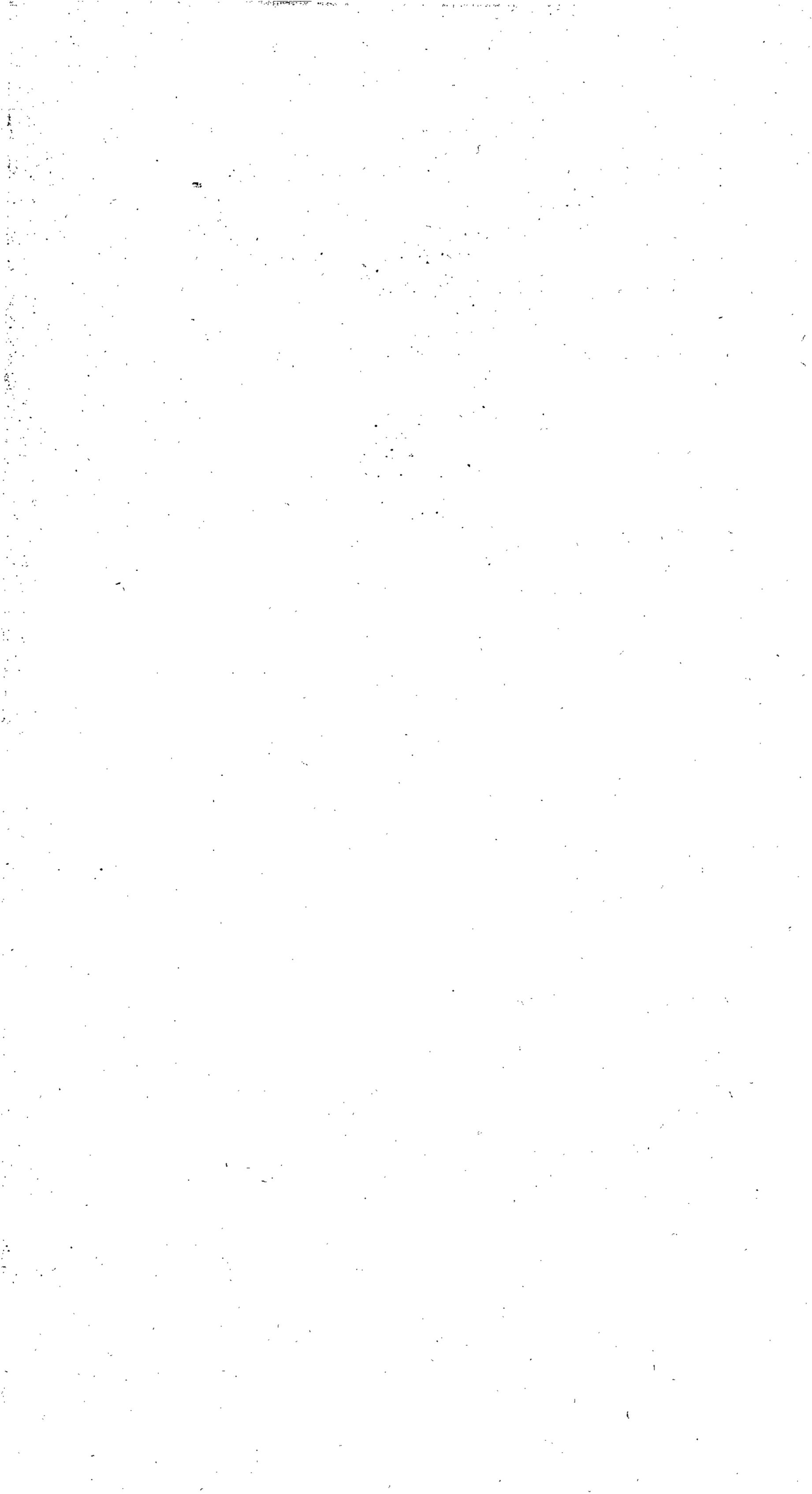
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE. — Les enfants naturels simples. .	13
CHAPITRE I. — Etude historique.	13
CHAPITRE II. — Puissance paternelle	37
CHAPITRE III. — Tutelle	88
DEUXIÈME PARTIE. — Règles particulières à certaines catégories d'enfants naturels.	103
CHAPITRE I. — Etude historique.	103
CHAPITRE II. — Les enfants adultérins ou incestueux . .	109
CHAPITRE III. — Les enfants assistés.	129
CHAPITRE IV. — Les enfants moralement abandonnés. .	156
CONCLUSION.	171





INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE. - Les enfants naturels simples

CHAPITRE I. - Etude historique

CHAPITRE II. - Puissance paternelle

CHAPITRE III. - Tutelle

DEUXIEME PARTIE. - Règles particulières à certaines catégories d'enfants naturels

CHAPITRE I. - Etude historique

CHAPITRE II. - Les enfants adultérins ou incestueux

CHAPITRE III. - Les enfants assistés

CHAPITRE IV. - Les enfants moralement abandonnés

CONCLUSION