

A la suite de ces critiques, le projet fut renvoyé à la section de législation. Dans la rédaction définitive, l'intitulé primitif fut maintenu, mais les articles du titre IX ne parlent plus de puissance : les articles 372 et 373 donnent le nom d'*autorité* à ce qui avait été jadis une puissance absolue. On peut donc affirmer que le titre intitulé : *De la puissance paternelle*, abolit réellement cette puissance. C'est aussi en ce sens que l'orateur du gouvernement s'exprime dans l'Exposé des motifs; il conserve le mot de *puissance*, mais le mot exprime des idées nouvelles. L'enfant naît faible, assiégé par les besoins et les maladies; la nature lui donne ses père et mère pour le défendre et le protéger. Quand arrive l'époque de la puberté, les passions s'éveillent en même temps que l'intelligence et l'imagination se développent. C'est alors que l'enfant a besoin d'un conseil, d'un ami qui défende sa raison naissante des séductions de toute espèce qui l'environnent (1). Ainsi la *puissance* du père n'est autre chose qu'une protection et une direction. Faut-il demander si la protection est établie dans l'intérêt du protecteur, et si celui qui est appelé à diriger l'éducation le fait dans son intérêt? La question n'a pas de sens. Nous aboutissons à la conclusion qu'il s'agit du droit de l'enfant et non d'un droit du père. Donc, en cas de conflit entre le prétendu droit du père et le droit véritable de l'enfant, pour qui l'interprète doit-il se prononcer? Evidemment pour l'enfant. C'est ce qu'a fait la jurisprudence, en dépassant même, à notre avis, la limite de son pouvoir.

§ II. *A qui appartient la puissance paternelle.*

NO I. DES PÈRE ET MÈRE.

261. Aux termes de l'article 372, l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation; et l'article 373 ajoute que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. Le code consacre le

(1) Réal, Exposé des motifs, n° 2 (Loché, t. III, p. 328).

principe du droit coutumier; il appelle la mère et le père à titre égal à l'autorité qu'il leur accorde; quand il dit que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage, cela ne veut pas dire que la mère reste étrangère à l'éducation de l'enfant; la loi n'a pas entendu la dégager d'un devoir que la nature lui impose, mais son intervention n'est que morale. La nécessité des choses le veut ainsi. Il faut de l'unité dans la direction de l'enfance; les père et mère délibèrent et décident, s'ils sont d'accord; en cas de dissentiment, il fallait donner le pouvoir proprement dit à l'un d'eux. C'est naturellement le père, investi de la puissance maritale, qui devait aussi avoir l'exercice de la puissance paternelle.

262. Dans l'ancien droit, on admettait que la mère avait l'exercice de la puissance paternelle, même pendant le mariage, lorsque le mari ne pouvait pas l'exercer pour cause de démence ou d'absence (1). Le code civil reproduit cette exception pour le cas d'absence (art. 141); il ne dit rien de la démence. De là quelque doute. Tant que le mari n'est pas interdit, il conserve l'exercice de tous ses droits, et par conséquent aussi de la puissance paternelle; mais comme de fait il sera incapable de l'exercer, de fait aussi la femme l'exercera. Ici déjà, il y a une lacune dans la loi, le fait ne suffit point; quand il s'agit de faire un acte juridique concernant la personne ou les biens de l'enfant, il faut en avoir le droit, et le droit, la mère ne pourrait l'avoir qu'en vertu d'une disposition de la loi, qui déroge à l'article 373. On peut cependant invoquer par analogie la disposition du code concernant le consentement des père et mère au mariage de l'enfant. Quand le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de la mère suffit (art. 149). Il en doit être de même de l'exercice de la puissance paternelle. Quand le père est dans l'impossibilité de l'exercer, il faut bien que la mère l'exerce. Il eût été plus régulier de lui déléguer, en ce cas, l'autorité paternelle. Toutefois, le principe que l'autorité paternelle

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 134.

appartient à titre égal à la mère et au père suffit pour légitimer son intervention.

La même lacune existe en cas d'interdiction. D'après la rigueur des principes, il faudrait dire que l'interdiction n'apporte aucun changement aux effets du mariage, puisqu'elle a pour but unique de garantir les intérêts pécuniaires de l'interdit. Il est certain que, dans ses intervalles lucides, l'interdit est capable de tous les actes moraux (1). Mais qui exercera la puissance paternelle hors ces intervalles? Ici il y a lacune. L'interdit est placé sous tutelle; sera-ce le tuteur qui aura l'exercice de la puissance paternelle? Cela est inadmissible. La puissance paternelle ne se délègue pas, et la mission du tuteur se concentre sur la personne et sur les biens de l'interdit. Si ce n'est pas le tuteur, ce doit être la femme, en vertu des principes que nous venons de poser. Sans doute, cela n'est pas régulier. La loi aurait dû faire, en cas d'interdiction, ce qu'elle fait en cas d'absence, dire que la mère aura la surveillance de ses enfants et les droits qui y sont attachés. Dans le silence du code, il faut recourir à l'interprétation analogique. Telle est l'opinion généralement suivie (2).

263. En cas de prédécès de l'un des père et mère, le survivant exerce la puissance paternelle. L'article 373 le dit implicitement en déclarant que le père seul exerce cette autorité durant le mariage; la mère l'exerce donc après la dissolution du mariage. C'est, en effet, ce que porte l'article 382 pour le droit de correction. L'article 381, en restreignant les pouvoirs du père remarié, suppose encore qu'il a l'exercice de la puissance paternelle, plein et entier, quand il est veuf et non remarié. Cependant la loi dit aussi (art. 390) qu'après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs appartient au survivant. Il y a donc tout ensemble tutelle et puissance paternelle, et le plus souvent les deux puissances sont réunies sur la même tête. N'est-ce pas une contradiction? Le tuteur prend soin de la personne et des

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, titre de l'*Interdiction*.

(2) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 52. En sens contraire, Demante, t. II, p. 179, n° 115 bis, et Proudhon, t. II, p. 244.

biens du mineur (art. 450); le père aussi gouverne la personne et administre les biens de l'enfant. De plus, la tutelle et la puissance paternelle ont le même but, ce sont deux autorités de protection, de direction. Pourquoi le législateur ne se contente-t-il pas de la puissance du père? C'est que l'enfant qui perd un de ses père et mère, perd par cela même un des protecteurs que la nature lui a donnés, et à ce moment même il acquiert des droits dont l'exercice peut le mettre en conflit avec le survivant: il est héritier de son père ou de sa mère, et le survivant a aussi des droits pécuniaires à exercer sur le patrimoine du défunt. Dans cette opposition d'intérêts, il faut à l'enfant des garanties nouvelles, dont il n'avait pas besoin pendant la vie de ses père et mère: ces garanties, il les trouve dans la tutelle.

La tutelle donne au mineur des garanties que la puissance paternelle ne donne pas à l'enfant. D'abord les pouvoirs du tuteur sont plus restreints et il a moins de liberté d'action. Un conseil de famille le contrôle, un subrogé tuteur le surveille. Il est soumis à l'hypothèque légale. Toutes ces mesures de défiance n'existent pas à l'égard du père. Pendant la durée du mariage, il est rare qu'il y ait des intérêts contraires, et quand cela arrive, l'appui de ses père et mère suffit pour garantir les intérêts de l'enfant. Quand le mariage est dissous par la mort de l'un des père et mère, la tutelle donne à l'enfant les garanties nouvelles auxquelles il a droit en vertu de sa nouvelle position. D'ordinaire le survivant est tuteur. Il réunit, dans ce cas, en sa personne la puissance paternelle et la tutelle; celle-ci vient limiter la puissance du père ou de la mère: nous dirons au titre de la *Tutelle* quelles sont ces limites. Par exception, le survivant peut ne pas être tuteur: s'il est excusé ou s'il est incapable. Conserve-t-il alors la puissance paternelle? L'affirmative est évidente. Le survivant a deux qualités distinctes; il est père et tuteur; il conserve sa qualité de père, alors même qu'il n'est pas tuteur. Mais comment, en ce cas, les pouvoirs se partagent-ils entre le tuteur et le survivant des père et mère?

La question ne se présente que pour la personne du

mineur; quant à ses biens, il est certain qu'ils sont administrés par le tuteur. Quelle est l'essence de la puissance paternelle en ce qui concerne la personne de l'enfant? Nous l'avons dit. La puissance paternelle est un devoir d'éducation. Puisque le survivant conserve cette puissance, il reste par cela même soumis à l'obligation qu'elle implique. C'est donc lui qui sera chargé de l'éducation de l'enfant. On le décidait ainsi dans l'ancien droit. Denisart dit, en termes énergiques, que lorsque le gardien et le tuteur sont deux personnes différentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur est *éclipsée* pendant la garde par celle du gardien (1). Le même principe doit être suivi sous l'empire du code Napoléon. Mais comme le tuteur est aussi chargé de prendre soin de la personne du mineur (art. 450), on pourrait demander si le tribunal aurait le droit de confier le mineur au tuteur, de préférence au survivant, en supposant que l'intérêt de l'enfant l'exige. M. Demolombe répond que cette solution pourrait bien paraître raisonnable, et que peut-être il y aurait lieu plus d'une fois de la suivre (2). S'il s'agissait de faire la loi, nous n'hésiterions pas à donner ce pouvoir aux tribunaux, pour cause d'incapacité du survivant; car si pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires, on organise la tutelle, à plus forte raison faut-il garantir un intérêt bien plus grand, l'éducation, dont dépend tout l'avenir de l'enfant. Mais le code donne-t-il ce pouvoir au juge? A notre avis, non. On ne peut pas dire qu'il y a lacune; la loi pourvoit à l'éducation du mineur en la confiant au père ou à la mère. La loi y pourvoit mal, soit. Cela prouve qu'il faut la corriger. Mais appartient-il aux tribunaux de corriger la loi?

Le survivant des père et mère conservant la puissance paternelle, alors même qu'il n'est pas tuteur, il s'ensuit que c'est le père ou la mère et non le tuteur qui a les droits de garde et de correction (art. 374 et 375). Cela n'est pas douteux, puisque ces droits ne sont donnés au père

(1) *Nouveau Denisart*, t. IX, *De la garde noble*, § XII, n° 4. Demolombe, t. VI, p. 289, n° 380.

(2) Demante admet aussi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux (*Cours analytique*, t. II, p. 181, n° 117 bis).

que comme moyens d'éducation; c'est donc celui qui a le devoir légal d'élever l'enfant qui doit avoir le pouvoir qui y est attaché. L'application du principe donne lieu à une légère difficulté. Aux termes de l'article 108, le mineur a son domicile chez son tuteur; et d'après l'article 374, l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. Si le père a la garde de l'enfant, chez qui celui-ci aura-t-il son domicile? On répond qu'il aura son domicile de droit chez son tuteur, comme le veut l'article 108; mais qu'il sera tenu de résider chez son père, comme le prescrit l'article 374. C'est l'opinion générale, et elle n'est pas douteuse (1).

Si le survivant est tuteur et s'il est destitué de la tutelle pour conduite notoire (art. 444), sera-t-il déchu, par cela même, de la puissance paternelle, ou peut-elle du moins lui être enlevée soit par le conseil de famille, soit par les tribunaux? Nous examinerons cette question plus loin.

264. Si le survivant des père et mère se remarie, conserve-t-il la puissance paternelle? Il la conserve par cela seul qu'il n'y a pas de loi qui la lui enlève, et nous ajouterons qu'il n'y a pas de loi qui permette de la lui enlever. Que le père qui se remarie conserve la puissance paternelle, cela ne fait aucun doute. L'article 380 restreint seulement son pouvoir de correction; il ne peut plus l'exercer par voie d'autorité. Mais l'exception confirme la règle. Le père, quoique remarié, conserve donc, sauf cette restriction, la plénitude de la puissance paternelle.

La mère conserve aussi la puissance paternelle; mais la loi y apporte des restrictions plus graves. Elle n'a plus le droit, en sa qualité de mère, de faire détenir ses enfants du premier lit (art. 381); le pouvoir de correction ne peut être exercé, dans ce cas, par la mère que si elle est tutrice, et conformément à l'article 468. Privée du moyen que la loi donne à celui qui exerce la puissance paternelle pour qu'il puisse remplir le devoir d'éducation, ne doit-on pas en induire qu'elle n'a plus ce devoir? La loi lui enlève l'usufruit légal (art. 386), c'est-à-dire la récompense qu'elle

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 139, sur l'article 374.

accorde à celui qui a la charge de l'éducation et de l'administration des biens; la mère étant privée de l'avantage, ne faut-il pas en conclure qu'elle n'a plus la charge? Non, car elle ne cesse pas d'être mère, elle doit donc remplir les devoirs que la maternité lui impose, à moins que la loi ne l'en décharge, ce qu'elle ne fait pas. Il est vrai que la loi place la mère remariée dans une position très-illogique; elle lui laisse la charge, pour mieux dire le devoir d'éducation, et elle lui enlève le pouvoir nécessaire pour s'acquiescer de son devoir. Cela est inconséquent, mais l'inconséquence de la loi ne nous permet pas de la corriger et de la refaire. Or, ce serait faire la loi que de prononcer contre la mère une déchéance qu'aucun texte n'établit.

265. Quand la mère qui se remarie est maintenue dans la tutelle, l'application de ces principes ne fait aucun doute. On sait que la mère tutrice qui veut se remarier doit convoquer le conseil de famille, lequel est appelé à délibérer si la tutelle lui sera conservée (art. 395). Lorsque le conseil maintient la mère dans la tutelle, elle réunit les deux pouvoirs après son mariage comme elle le faisait étant veuve. Mais que faut-il décider si la tutelle ne lui est pas conservée? La question est controversée. Nous croyons que la mère conserve la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, et que l'administration des biens seulement passe au tuteur. En principe, cela ne fait même aucun doute. Ce qui donne lieu à controverse, c'est le point de savoir si le conseil de famille peut confier au tuteur la garde et l'éducation des enfants. Nous croyons qu'il n'a pas ce pouvoir. La mère tutrice qui se remarie a deux qualités, elle a la puissance paternelle et la tutelle; la loi permet au conseil de famille de lui enlever la tutelle, elle ne l'autorise pas à lui enlever la puissance paternelle. Cela décide la question. Vainement objecte-t-on que, d'après l'article 450, le tuteur prend soin de la personne du mineur. Cette disposition suppose que la tutelle existe seule; elle n'est plus applicable quand, à côté du tuteur, il y a encore la mère survivante. La tutelle n'absorbe pas, en ce cas, la puissance paternelle. Il faudrait un texte formel pour que le conseil de famille eût le droit de dépouiller la mère

d'un droit qui est en même temps et avant tout un devoir⁽¹⁾. La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire. Elle admet que la garde et l'éducation de l'enfant peuvent être confiées au tuteur, si le plus grand intérêt du mineur l'exige⁽²⁾. C'est, en définitive, donner aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, comme le veut M. Demolombe⁽³⁾. Nous croyons comme lui que c'est là le vrai principe, mais le code Napoléon l'a-t-il consacré? Il est certain que la loi ne donne ce pouvoir ni au conseil de famille, ni au tribunal. Cela est décisif, nous semble-t-il. Autre est la question de savoir si la mère peut être destituée de la puissance paternelle en cas d'inconduite notoire. Nous l'examinerons plus loin. Pour le moment, nous supposons qu'il n'y a pas d'inconduite notoire, mais que le conseil de famille, pour des raisons particulières, ne conserve pas la tutelle à la mère. Peut-on admettre que le conseil ait le pouvoir d'enlever à la mère la puissance paternelle, alors qu'aucun texte ne lui donne ce droit? Nous ne le pensons pas. Les pouvoirs du conseil de famille sont limités; il n'a de pouvoirs que ceux que la loi lui accorde. Il en doit être ainsi surtout quand il s'agit de la puissance paternelle, qui est d'ordre public. Les tribunaux mêmes, à notre avis, n'y peuvent porter aucune atteinte.

266. Il n'y a qu'un cas dans lequel le conseil de famille pourrait limiter l'exercice de la puissance paternelle, lorsque la mère tutrice se remarie. S'il lui conserve la tutelle, il peut prescrire des limites et des garanties spéciales en ce qui concerne l'administration des biens. Ici nous avons un texte. Le conseil de famille peut enlever à la mère la tutelle, c'est-à-dire l'administration des biens; à plus forte raison peut-il limiter les droits de la mère. C'est le cas de dire : Qui peut le plus, peut le moins. Telle est aussi l'opinion générale⁽⁴⁾.

(1) Poitiers, 15 février 1811 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 394, 1°). Voyez, en sens contraire, Bruxelles, 28 janvier 1824 (Daloz, *ibid.*, n° 394, 2°); Colmar, 29 août 1832 et Lyon, 5 avril 1827 (Daloz, *ibid.*, n° 395).

(2) Bastia, 31 août 1826 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 734). Comparez arrêt de Paris du 9 mars 1854 (Daloz, 1855, 2, 247).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 294, n° 390.

(4) Daloz, *Répertoire*, au mot *Minorité*, nos 394, 395.