

connue dans la pratique. Le motif en est facile à découvrir : la bienfaisance aime à s'exercer librement. Celui qui se propose d'adopter un enfant doit lui fournir des soins non interrompus durant six années au moins de sa minorité ; mais il aimera mieux le faire spontanément que de s'y obliger à l'avance par un titre légal.

**792.** Conditions requises pour la tutelle officieuse. — Il y a des conditions de fond et des conditions de forme.

Les premières sont indiquées par les articles 361, 362 et 364, ainsi conçus :

« Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence » (art. 361).

« Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint » (art. 362).

« Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans » (art. 364).

Les conditions de forme sont indiquées par l'article 363 : « Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse ».

**793.** Effets de la tutelle officieuse. — Ils sont en principe les mêmes que ceux de la tutelle ordinaire. Le tuteur a donc le gouvernement de la personne et des biens du mineur. C'est ce qui résulte des articles 365 et 370 ainsi conçus :

« Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille » (art. 369).

« Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires en devra rendre compte dans tous les cas » (art. 370).

Les autres effets sont indiqués par les articles 364 al. 2, 366, 367, 368 et 369 que nous nous bornerons à transcrire :

« Elle emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie » (art. 364 al. 2).

« Si le tuteur officieux après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes » (art. 366).

« Dans le cas où le tuteur officieux mourrait, soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci durant sa minorité des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation » (art. 367).

« Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tous points, les mêmes » (art. 368).

« Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indem-

» niser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance. — Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier; le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas » (art. 369).

**794.** Parallèle entre la tutelle ordinaire et la tutelle officieuse.

1<sup>o</sup> La tutelle ordinaire est imposée par la loi; on ne peut s'y soustraire, sauf dans les cas qu'elle détermine. Au contraire la tutelle officieuse est purement volontaire.

2<sup>o</sup> Le tuteur officieux est tenu de nourrir, entretenir et élever à ses frais son pupille et de le mettre en état de gagner sa vie. Ces obligations n'incombent pas au tuteur ordinaire. *Tutor de suo alere pupillum non compellitur.*

3<sup>o</sup> Les femmes, qui sont en principe frappées de l'incapacité de gérer une tutelle ordinaire (art. 442), ne sont pas frappées de la même incapacité en ce qui concerne la tutelle officieuse.

## TITRE IX

### De la puissance paternelle

**795.** Dans les titres qui précèdent le législateur s'est occupé de la constitution de la famille. Dans celui à l'étude duquel nous arrivons et dans le suivant, il va s'occuper du pouvoir domestique qui s'exerce sous forme de puissance paternelle ou de tutelle sur des enfants mineurs.

La puissance paternelle et la tutelle constituent deux mesures de protection pour le mineur non émancipé. Il n'y a lieu qu'à la première pour celui qui a encore ses père et mère. La mort de l'un des deux donne ouverture à la seconde sans mettre fin pour cela à la première. Le mineur non émancipé est donc à dater de cet événement soumis à une double puissance : la puissance paternelle et la puissance tutélaire. La puissance paternelle appartient toujours en principe au survivant des père et mère, et la puissance tutélaire lui appartient le plus souvent.

**796.** Historique. — Dans notre ancien Droit il y avait une grande divergence de vues, relativement au caractère de la puissance paternelle, entre la législation des pays de Droit écrit et celle des pays de coutume.

Dans les pays de Droit écrit, la puissance paternelle était accordée au père à l'exclusion de la mère; elle y était considérée comme un droit pour le père, et organisée par suite dans son intérêt beaucoup plus que dans celui de l'enfant. C'était la puissance paternelle du Droit romain avec le caractère de dureté et d'austérité qui la distingue dans cette législation, mitigée toutefois par quelques adoucissements dus à la force irrésistible de l'usage ou à la jurisprudence des parlements. C'est ainsi que la législation de nos pays de Droit écrit admettait dans son dernier état divers cas d'émancipation tacite, et principalement l'émancipation résultant du mariage.

Dans les pays de coutume au contraire, la puissance paternelle était regardée comme un droit pour l'enfant, et pour le père comme un devoir plutôt que comme un droit. Aussi y était-elle organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant, et attribuée collectivement au père et à la mère qui sont ses deux protecteurs naturels, avec cette restriction toutefois que pendant le mariage le père seul en avait l'exercice. « Ce n'était, dit Demante, qu'une sorte d'autorité tutélaire, consistant dans le

gouvernement de la personne et des biens des enfants hors d'état par leur âge de se gouverner eux-mêmes et de pourvoir à leurs intérêts. » Ce rôle, tout de protection, des père et mère était assez mal désigné par l'expression *puissance paternelle*, et c'est là sans doute l'idée qu'exprimait cet adage admis dans quelques pays coutumiers : *Droit de puissance paternelle n'a lieu*.

Sauf quelques modifications, c'est le système admis dans les pays de coutume que notre législateur a reproduit. L'expression *puissance paternelle*, qui figurait dans la rédaction primitive de plusieurs articles de notre titre, en a été supprimée après discussion et remplacée par le mot *autorité* (art. 372 et 373). Elle est demeurée cependant dans l'intitulé de notre titre, sans qu'il soit bien facile d'expliquer pourquoi ; car on avait aussi proposé à plusieurs reprises de le modifier sur ce point.

**797.** On peut définir la puissance paternelle : l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ceux-ci. La puissance paternelle a principalement pour but de faciliter aux parents l'accomplissement du devoir d'éducation dont ils sont tenus vis-à-vis de leurs enfants.

D'après cette définition, qui est calquée sur les articles 374-373, la puissance paternelle n'appartient qu'aux père et mère, jamais aux autres ascendants, dont les articles de notre titre affectent de ne pas parler ; et d'autre part la puissance paternelle prend fin à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. On a donc tort de rattacher à cette puissance, soit les droits que la loi accorde aux ascendants autres que les père et mère sur la personne ou sur les biens de leurs enfants, soit ceux qu'elle accorde aux père et mère eux-mêmes et qui survivent à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant ; tels sont notamment, le droit de consentir au mariage de l'enfant, le droit d'y former opposition, celui de réclamer des aliments, d'accepter des donations entre-vifs faites à l'enfant (art. 935) et enfin le droit de tutelle (art. 390, 402 et s.).

**798.** Les règles de la puissance paternelle varient suivant que cette puissance s'exerce sur des enfants légitimes ou sur des enfants naturels.

### § I. De la puissance paternelle sur les enfants légitimes.

**799.** Aux termes de l'article 371 : « *L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère* ». C'est là un précepte purement moral que le législateur a cru devoir placer au frontispice de son œuvre, sans doute pour nous montrer quel est le principe dont il s'inspire en cette matière.

Mais il ne faut pas tirer de l'article 374 d'autres conséquences pratiques que celles que la loi en a déduites elle-même. C'est ainsi qu'un fils créancier de son père peut recourir aux voies ordinaires d'exécution pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, le père dut-il être ruiné par les poursuites du fils. La loi morale commandera souvent au fils d'user de plus de ménagement à l'égard de son père que vis-à-vis des autres débiteurs ; mais la loi civile ne fait pas ces distinctions. De même un fils pourrait exercer contre son père une action dite déshonorante. Et c'est au surplus ce qui résulte par argument de l'article 380 P., qui autorise un fils victime d'un vol

commis par son père à exercer contre celui-ci une action civile en réparation du préjudice causé.

**800.** Aux termes de l'article 372 : « *Il (l'enfant) reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.* »

*Sous leur autorité.* Donc la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Mais, pour qu'il y ait plus d'unité dans la direction des intérêts moraux et matériels de l'enfant, la loi a cru devoir en attribuer l'exercice exclusif au père. C'est ce que dit l'article 373 : « *Le père exerce seul cette autorité durant le mariage* ». Quand donc la mère sera-t-elle appelée à l'exercice de la puissance paternelle ? En principe, ce ne sera qu'après la dissolution du mariage par la mort du mari ; pendant le mariage son droit sommeille. Exceptionnellement la mère peut être appelée à exercer la puissance paternelle pendant le mariage lorsque le père est dans l'impossibilité *physique, morale ou légale* de l'exercer.

Le mari est dans l'impossibilité *physique* d'exercer la puissance paternelle, quand il est absent, quand il a disparu, comme le dit l'article 141.

Dans l'impossibilité *morale*, quand il est fou sans être interdit.

Dans l'impossibilité *légale* : 1° quand il est interdit judiciairement ; 2° quand il est interdit légalement ; 3° quand il a été condamné pour avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant ; l'article 332, P. dit à ce sujet : « ... Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le Code Napoléon, livre I, titre IX, de la *Puissance paternelle* ».

L'interprétation restrictive qui doit toujours être admise en matière pénale conduit à décider, bien que ces solutions soient peu satisfaisantes : d'une part que le père ou la mère qui, ayant plusieurs enfants, en corrompt ou prostitue un seul ou quelques-uns, ne sera pas déchu de l'exercice de la puissance paternelle par rapport aux autres (argument des mots *sur la personne et sur les biens de l'enfant*) ; et d'autre part que, même vis-à-vis de l'enfant ou des enfants qu'il a prostitués ou corrompus le père ou la mère ne sera pas déchu de tous les attributs de la puissance paternelle, mais seulement de ceux « *à lui accordés... par le titre IX de la Puissance paternelle.* » Notamment il ne serait pas déchu du droit d'administration légale qui lui est accordé par l'article 389.

Nous disons que, dans tous les cas qui viennent d'être indiqués, la mère est appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père. En effet l'article 372 attribue la puissance paternelle à la mère aussi bien qu'au père, et le seul obstacle légal qui s'oppose à ce qu'elle l'exerce durant le mariage vient de ce que l'article 373 en confère l'exercice exclusif au père. Cet obstacle cessant lorsque le père est incapable d'exercer la puissance paternelle, son effet doit naturellement cesser.

**801.** Les attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes

mes sont assez nombreux. Le législateur en indique trois dans notre titre, savoir : le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. Il faut ajouter : le droit d'administration légale, dont le législateur traite à tort dans le chapitre de la tutelle (art. 389), et le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur à ses enfants (art. 397 et s.).

#### N° 1. Du droit de garde ou de surveillance.

**802.** « *L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus* » (art. 374). Pour que le père puisse remplir le devoir d'éducation dont il est tenu vis-à-vis de son enfant, il faut bien qu'il puisse le forcer à rester dans la maison paternelle ou dans toute autre qu'il lui a assignée, telle que collège, couvent, maison d'apprentissage...

Après la dissolution du mariage, si l'enfant mineur se trouve avoir un tuteur autre que le survivant de ses père et mère, il aura son domicile de droit chez ce tuteur (art. 408); mais il devra résider chez son père ou chez sa mère, qui, pour n'être pas tuteur, n'en demeure pas moins investi de la puissance paternelle, et par suite du droit de garde qui en est un attribut.

Le principe que le mineur ne peut pas quitter la maison paternelle sans la permission de son père, souffre exception au cas d'enrôlement volontaire. Cette exception trouve sa justification dans la faveur due à la défense de la patrie. L'âge, auquel l'enfant devient maître de son sort au point de vue de l'enrôlement volontaire, était de dix-huit ans révolus d'après notre article; il a été porté à vingt ans par l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, dont la disposition sur ce point a été reproduite par l'article 106 de la loi du 27 juillet 1872, ainsi conçu : « Si l'engagé a moins de vingt ans, il doit justifier du consentement de ses père et mère ou tuteur. Ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille ». Arrivé à ce point, il aurait peut-être autant valu supprimer l'exception.

#### N° 2. Du droit de correction.

**803.** Sous ce nom le législateur attribue aux père et mère un droit extrêmement rigoureux, qui consiste à faire emprisonner l'enfant, ou plutôt à le faire renfermer (car il ne s'agit pas d'un véritable emprisonnement) hors de la maison paternelle. Ce moyen de correction, qu'on peut regretter de voir figurer dans nos lois, est réservé pour les cas d'une extrême gravité. « *Le père qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants* », dit l'article 375. Ce texte semble supposer que le droit de correction ne peut être exercé que par le père; mais, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, l'exercice en appartient quelquefois à la mère. Nous étu-

dierons successivement les deux hypothèses : elles sont régies par des règles toutes différentes.

#### I. Du droit de correction exercé par le père.

**804.** Le père peut, suivant les cas, faire détenir son enfant *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

On dit que le père peut faire détenir son enfant *par voie d'autorité*, lorsqu'il lui suffit, pour arriver à ce résultat, de demander au président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci est obligé de délivrer. Le président du tribunal n'a pas le droit en ce cas de contrôler les motifs qui portent le père à ordonner la détention de son enfant; le père n'est même pas obligé de les indiquer.

On dit au contraire que le père ne peut faire détenir son enfant que *par voie de réquisition*, lorsqu'il a seulement le droit de solliciter du président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci peut refuser s'il ne trouve pas suffisants les motifs allégués par le père. Le père est donc alors obligé d'indiquer ses motifs, et le président du tribunal a le droit de les contrôler et de les juger; il statue *cognita causa* entre le père et l'enfant, tandis que dans la première hypothèse il n'est que l'exécuteur des volontés du père.

**805. A. Détention par voie d'autorité.** — Quatre conditions sont requises pour que le père ait le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité.

1° Que l'enfant ait moins de seize ans commencés. « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* ». Quand l'enfant n'a pas encore quinze ans accomplis, son jeune âge est une garantie contre un excès de sévérité de la part du père. Comme le dit M. Laurent, « l'enfant qui n'a pas atteint quinze ans est trop jeune pour braver l'autorité paternelle. On ne doit donc pas craindre que le père se laisse emporter par le désir de venger un pouvoir qu'il voit méprisé; tandis qu'entre l'adolescent et le père il peut naître des conflits, l'on peut craindre que le père n'agisse par vengeance; dès lors la loi a dû faire intervenir un magistrat qui sera juge entre le père et l'enfant ».

2° Que le père ne soit pas remarié. « *Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377* » (art. 380), c'est-à-dire que le père ne pourra alors agir que par voie de réquisition. La loi craint l'influence de la seconde épouse du père, la marâtre de l'enfant; « elle ne suppose plus au père, dit Réal dans l'exposé des motifs, ni la même tendresse ni la même impartialité ».

à défaut de locaux spéciaux, sauf peut-être à Paris, il faut souvent emprunter les locaux destinés aux criminels, ce qui est plus regrettable encore, parce qu'on confond ainsi dans un même asile des hommes corrompus et des enfants insoumis. Empêchât-on le contact en les séparant, ainsi qu'on le fait, paraît-il, dans la pratique, on aurait toujours le voisinage, et c'est déjà trop.

**809.** Le vœu de la loi est qu'il reste le moins de traces possible de la détention paternelle, afin de ne pas perpétuer le souvenir d'un mode de correction qui a quelque chose de très-humiliant et de très-blessant pour l'amour-propre de l'enfant; aussi l'article 378, al. 1, dispose-t-il : « *Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés* ». L'alinéa 2 ajoute : « *Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables* ».

La virgule qui figure dans ce texte n'existait pas dans le projet; on discute sur le point de savoir s'il faut en tenir compte. Le doute vient de ce que rien n'indique, dans les travaux préparatoires de la loi, que cette virgule ait été ajoutée avec intention, et il pourrait bien se faire qu'elle l'eût été par inadvertance. — Elle a donc bien de l'importance, cette virgule! — Oui, dit-on; car elle change complètement le sens de la phrase. Sans elle le texte signifie que le père doit souscrire une soumission de payer les frais et les aliments; par conséquent le père ne prend qu'un engagement pour les aliments comme pour les frais. Avec la virgule au contraire, le texte signifie que le père doit s'engager à rembourser les frais, mais qu'il doit payer immédiatement les aliments; il n'aurait donc pas le droit de souscrire seulement une soumission, c'est-à-dire un engagement de les payer. — A notre sens cette controverse est oiseuse, et l'article 378, al. 2, doit être entendu de la manière suivante : l'enfant détenu par voie de correction paternelle n'est pas de plein droit soumis, en ce qui concerne les aliments, au régime de l'établissement dans lequel il est enfermé, régime ordinairement peu confortable; c'est au père qu'il appartient de pourvoir comme il l'entendra à la subsistance de son enfant, soit en lui fournissant des aliments en nature, soit en traitant de gré à gré avec une personne qui les lui fournira. En effet, en ce qui concerne les frais, la loi dit bien que le père devra s'engager à les payer; mais en ce qui concerne les aliments elle dit que le père devra les fournir (ou s'engager à les fournir si on supprime la virgule), ce qui suppose que le père doit ou fournir les aliments lui-même ou les faire fournir par quelqu'un.

**810. B. Droit de grâce.** — « Aux termes de l'article 379 : « *Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents* ».

Cet article ne mentionnant que le père, on a douté que le droit de grâce appartint à la mère. Mais l'alinéa 2 de l'article précédent ne parle aussi que du père, et cependant nul ne doute qu'il ne soit applicable à la mère; pourquoi n'en serait-il pas de même de notre texte? Le droit de grâce paraît d'ailleurs essentiel en cette matière, de telle sorte qu'à la rigueur la loi aurait pu se dispenser d'en faire mention.

Il est même très-douteux que la mère soit obligée, pour exercer son droit de grâce, d'obtenir le concours des deux plus proches parents paternels, ainsi que le veulent un grand nombre d'auteurs. L'article 384 exige bien cette condition pour que la mère puisse faire détenir son enfant; mais aucun texte ne l'exige pour l'exercice du droit de grâce. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur autorise plus facilement l'exercice du droit de grâce que celui du droit de correction, le premier de ces droits étant beaucoup plus favorable que le second.

**811. C. Durée de la détention.** — Quand l'enfant a moins de seize ans commencés, la durée de la détention ne peut excéder un mois. Elle peut s'élever jusqu'à six mois, quand l'enfant a dépassé cet âge (argument des art. 376, 377, 380, 381 et 382).

On doit admettre que le renvoi fait par ces trois dernières dispositions à l'article 377 ne concerne que la forme de la demande (détention par voie de réquisition), et non la durée de la détention.

**812. D. Voies de recours.** — « *L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la cour royale. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur du Roi près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la cour royale, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.* »

Bien que la relation existant entre ce texte et l'alinéa précédent puisse donner à penser, au premier abord, que la voie de recours dont il s'agit peut être exercée seulement par l'enfant qui a des biens personnels ou un état, on doit décider qu'elle appartient à l'enfant dans tous les cas où il est détenu par voie de réquisition. Outre qu'il y a même raison de décider, les travaux préparatoires ne laissent guère de doute à cet égard. Il existe cependant sur ce point quelques dissidences.

Mais en aucun cas l'enfant ne pourrait user de ce moyen de recours, s'il était détenu par voie d'autorité. Comment pourrait-il être question de réformer la sentence du président du tribunal, c'est-à-dire l'ordre d'arrestation décerné par ce magistrat, alors qu'il a dû le délivrer sans examen préalable, *sine cognitione causæ*?

Le recours, exercé par l'enfant aux termes de l'article 382, n'est pas suspensif de l'exécution de la peine; car la loi suppose qu'il est exercé « par l'enfant détenu ».

Aucune voie de recours n'existe au profit du père ou de la mère contre la décision du président du tribunal, qui leur refuse l'ordre d'arrestation par eux requis, ou qui l'accorde pour un temps moindre que celui qu'ils ont demandé.

### N° 3. Du droit de jouissance légale.

**813.** La jouissance légale est le droit qui appartient au père durant le mariage, et après sa dissolution au survivant des père et mère, de jouir des biens appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés. Cette définition est à peu près calquée sur l'article 384, qui s'exprime ainsi : « *Le père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jus-*