

## Chapitre préliminaire

### Les personnes

---

#### Section I

#### Qu'est-ce qu'une *personne* ?

---

Il y a plusieurs manières de définir, juridiquement, ce qu'est une *personne*. La première est née à Rome. Elle consiste à donner au mot une signification propre et distincte de celle des termes du vocabulaire ordinaire (homme).

#### I. La naissance de l'approche fonctionnaliste : Rome

15. — À l'instar des philosophes, qui usent du mot *res* (chose) pour désigner aussi bien des notions objectives, des idées (la Justice) que des objets matériels, les juristes romains font de *res* une qualification applicable aux objets, aux intérêts et aux individus. Un fils ou un esclave peut être une *res* sans que pour autant son humanité soit niée. Ils partagent avec les autres hommes ce qui fait la spécificité du genre humain par rapport au monde animal : ils connaissent le plaisir (Cicéron, *De Off.*, I, 105) et sont pourvus de cet esprit (*mens*) qui donne à la nature de l'homme sa supériorité. Tous les hommes, en vertu de l'idée stoïcienne de la *cosmopolis* et de la liberté naturelle, jouissent donc d'une certaine *dignitas* (*De Off.*, I, 106) parce qu'ils participent tous du *Logos* divin. Au début du III<sup>e</sup> s. de n. ère, Ulpien reconnaît même à l'esclave (dans la formule qu'il rédige, le préteur ordonne au juge de statuer *comme s'il était citoyen*), le bénéfice de l'action d'injures (*actio iniuriarum*) qui sanctionne les atteintes physiques et morales à la personne à travers le *convicium* (cris ou propos injurieux, attentats à l'honneur ou la pudeur, D.47.10.9.4). L'action est intentée par le maître *au nom de l'esclave* parce que l'insulte le vise personnellement et qu'il est évident (*palam est*, écrit Ulpien) que même un esclave peut ressentir cette injure (D. 47.10.15.35). Le juge doit prendre en compte, comme s'il s'agissait d'un libre, la qualité de l'esclave, son caractère, ses talents, son emploi..., bref, son rang social. De même, l'esclave a le droit, comme l'homme libre, de s'infliger le mal qu'il veut (conformément à la nature, il peut être violent envers lui-même, D.15.1.9.7), jusqu'au suicide, même s'il diminue d'autant sa valeur dans le patrimoine de son maître, au nom de sa liberté naturelle et de sa dignité. Au Bas-Empire, cette dignité est davantage encore développée par la législation impériale. En 316, Constantin demande que les condamnés aux jeux ou aux mines soient le moins possible marqués au visage (mais plutôt à la main ou au mollet) au motif que le visage de

chaque homme est fait à l'image de la beauté céleste (*facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis est figurata, minime maculetur*, C.Th.9.40.2). Encore faut-il que cet esclave, comme n'importe quel individu, puisse être regardé comme appartenant au monde des hommes. La question a été posée à l'égard du fœtus et du monstre. Le premier n'est pas considéré comme un individu à part entière : il est celui *qui in utero est* (D.1.5.7), celui qui n'est qu'une partie de sa mère (*pars viscerum mulieris*). Toutefois, en considération de l'espérance qu'il naîtra, il est traité, chaque fois qu'il en va de son intérêt (*commoditas*), comme s'il était déjà né (D.50.16.231). Quant au monstre (celui qui n'a pas l'apparence physique d'un être humain), il est n'est pas non plus admis parmi les hommes. Quel que soit son âge, le droit dénie son humanité. Comme l'écrit le juriste Paul, au début du III<sup>e</sup> s. de notre ère, ses géniteurs ne sauraient le compter parmi leurs enfants : « *non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur* » (D.1.5.14). S'il est admis dans le genre humain, l'individu y est ensuite classé selon son sexe. Cette question du sexe identitaire ou identifiant soulève celle des hermaphrodites (ceux qui sont pourvus d'un *ambiguus sexus*), dont le cas est différent de celui de l'eunuque (*spadonum*). À Rome, la question est *politique* : il n'existe que deux conditions (la *condicio feminarum* et la *condicio masculorum*, D.1.5.9) et tout individu doit nécessairement revêtir l'une ou l'autre, parce que la condition qui est la sienne détermine son statut juridique et ses droits. Pour cela, il suffit de déterminer quel sexe prédomine en lui (D.1.5.10). S'agit-il du sexe masculin ? L'individu pourra alors accomplir tous les actes juridiques que permet la condition juridique de mâle, par exemple être institué héritier.

**16.** — Une même *réalité* animée (humaine) ou inanimée peut donc être alternativement classée dans l'une des deux catégories juridiques qui, avec les actions, sont les *genres* dont les *Institutes* se servent pour présenter l'ensemble du droit privé des Romains : *res et persona*. En fonction des circonstances et de la fonction qu'il remplit, l'esclave peut être juridiquement traité comme *res Mancipi* (quand il est appréhendé comme outil d'acquisition pour le maître, Ulpien, *Regulae*, 19.11), chose corporelle (Gaius, II.13 : « *corporales (res) hae sunt quae tangi possunt velut [...] homo* ») ou *persona*. Il a cependant besoin, pour que ses relations avec les tiers prennent une dimension proprement juridique, d'être rattaché à son maître, parce qu'il ne sort du monde des *res* que s'il parvient à tenir lieu de quelqu'un. Il peut ainsi agir *ex persona domini*, que le maître soit un individu ou une masse de biens. L'explication donnée par Théophile dans sa *Paraphrase* aux *Institutes* de Justinien (2.14.2), à propos de l'esclave institué héritier par un tiers après le décès de son maître, le montre bien. Le testament est-il valable ? Si Théophile s'interroge, c'est précisément parce que, par son décès, le maître fait perdre à l'esclave le moyen d'être personnifié ; par ce décès, l'esclave ne peut plus être considéré comme tenant lieu de son maître. Il faut donc chercher ailleurs, *i.-e.* dans la succession elle-même (celle du maître défunt), le moyen de le personifier. Il suffit alors d'affirmer que si l'esclave n'a plus son maître, il appartient cependant à l'*hereditas* conçue comme une chose incorporelle et peut toujours être considéré comme esclave héréditaire, parce que la succession tient la place du défunt (tant que personne n'a fait adition) et non pas celle de l'héritier futur. Or la *factio testamenti* existe même à l'égard de l'esclave d'une hérédité. La solution consiste donc à renouer la chaîne des lieutenances apparemment rompue par le décès du maître. D'ailleurs, quand il est dit de l'*hereditas* qu'elle assume à son tour la fonction d'une personne à défaut d'adition d'héritier, il ne s'agit pas de faire d'elle un être de chair, mais de signaler que cette masse de biens pris

collectivement occupe elle-même la fonction en cause (« *vice personae fungi receptum est* », D.41.3.15), *i.-e.* la fonction qu'exerçait avant elle le *de cuius*.

De même du fils de famille : *personne* lorsqu'il est acteur de la vie juridique, *chose* lorsqu'il est l'objet passif des droits de son père. D'ailleurs, le livre I des *Institutes* de Gaius ou de Justinien, où il est question des *personae*, contient les règles relatives au mariage, à la puissance paternelle, à la *manus*, aux esclaves, au patronage (affranchi), au *mancipium* et à la tutelle (tout ce qui concerne la *familia*, au sens large). Le *ius personarum* qu'il expose ainsi est l'ensemble des règles qui déterminent les rapports entre l'individu et la famille et fixent les différents *status* et *conditio hominum* (positions de l'individu dans les rapports de famille, comme époux, père, tuteur).

Mais quel est, plus exactement, le sens du mot *persona* ? Le terme est, souvent, utilisé dans le sens de *homo*, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit d'opposer la singularité des situations individuelles à la généralité des cas pour laquelle le droit est institué (« *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* », D.1.3.8). Par exemple encore, les personnes viles auxquelles il est fait allusion dans D.50.2.12 sont très certainement des individus (*homines* dit ensuite le texte) concrètement spécifiés par le fait qu'ils vendent des choses utiles à la vie quotidienne et peuvent être flagellés par les édiles (D.50.2.12). De même, *persona* équivaut à individu dans un fragment où Ulpien explique que celui qui a juré de dédicacer une chose est tenu de le faire parce que le vœu lie la personne qui a juré et non pas la chose promise (D.50.12.2). Les exemples ramenant *persona* à l'individu sont donc nombreux (cf. encore D.17.2.63.10 où *personas* et *homines* sont employés comme synonymes). On peut cependant remarquer, d'abord, que la personne, même prise dans le sens d'individu, n'est pas pour les Romains une pure intériorité. Considérer la personne de quelqu'un, c'est s'intéresser à son origine, à ses facultés (ses biens, sa richesse), *i.-e.* un ensemble d'éléments qui situent socialement et économiquement (D.50.4.14.3). Ensuite, il semble que les juristes romains aient fait place à une distinction rationnelle de l'homme et de la personne, fondée sur le constat que celui-ci n'est celle-là qu'à travers sa participation au droit. Sans vouloir ramener à l'unité tous les sens donnés par eux à *persona*, un sens technique apparaît ainsi, lorsque *persona* est employé pour appréhender un rôle juridique. *Persona* est alors le moyen de saisir l'autre dans une relation dont la particularité est d'être juridique, parce que la vie juridique fait intervenir un nombre finalement limité de figures et de formes dans lesquelles les hommes ou les choses se coulent. Techniquement, *persona* peut donc servir à exprimer l'état, la qualité, la condition de tel ou tel au regard de la Cité : la condition de citoyen, de latin ou de pérégrin, de *libera persona* (D.18.1.63), ou encore la condition de fille, d'épouse (D.50.16.101.1), de tuteur, de pupille, d'héritier, etc. Derrière ces conditions et statuts s'aperçoivent des fonctions. Les termes qui spécifient les *personae*, par exemple *pater*, expriment en effet l'idée d'une fonction particulière : « *pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat...* » (D.50.16.195). La notion juridique de *pater familias* ne renvoie pas à des circonstances triviales ou mondaines (le fait d'être marié, d'avoir des enfants) mais à d'autres notions juridiques comme la *potestas* et le *dominium* : le *pater* est celui qui est chargé par la Cité d'exercer la puissance dans la maison et cet exercice est une fonction sociale (la Cité fait du père son agent au sein de la famille, en vue d'en assurer la conservation, car de la conservation des familles dépend celle de la Cité) qui se traduit juridiquement par un certain nombre de droits et de devoirs (*sacra*). Dans un procès, différentes fonctions doivent être prises en charge par ceux qui sont parties. Ainsi l'*in iure cessio* suppose-t-elle

l'action commune de trois *personae*, *i.-e.* le concours de trois personnages qui incarnent chacun une fonction : « [...] *quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis* » (*Tituli ex corpore Ulpiani*, XIX, 9).

Dans certains cas encore, notamment dans des fragments de la fin de l'époque classique, *persona* est utilisé pour désigner celui qui est juridiquement apte à quelque chose parce que sa volonté est prise en compte par le droit (D.28.8.1). Dans ce sens, avoir une *persona*, c'est avoir la capacité juridique d'accomplir efficacement un acte. On peut en tirer la leçon que la *personne*, au sens du droit, est un artéfact qui permet d'organiser les relations juridiques, un vêtement dont sont revêtues ponctuellement certaines réalités, qu'il s'agisse d'individus ou de masses de biens (la succession jacente représente une personne), pour leur faire endosser le rôle de propriétaire, de créancier, de débiteur..., *i.-e.* des fonctions juridiques. Le droit romain trouve ici un outil qui lui permet de s'affranchir de la nature : tout individu n'est pas une personne, de même que l'homme célibataire et sans enfant est un *pater familias* dès lors qu'il n'est plus sous la puissance d'un ascendant mâle vivant, parce que la personnalité n'est pas juridique la transposition, dans le monde du droit, de la qualité de sujet. Cette conception change-t-elle à l'époque moderne ?

## II. Personne, état et capacité dans l'ancien droit français

17. — Si nos anciens juristes donnent parfois à *personne* et *homme* le même sens, ils les distinguent souvent. Ils y sont, d'une certaine manière, contraints puisqu'ils assimilent *personne* et *capacité* dans un système où tous les individus n'ont pas la capacité de jouissance. L'évolution initiée par les théologiens, perceptible dans le droit romain tardif oriental (*Paraphrase des Institutes* de Théophile, II.14.2) et accentuée par les canonistes, qui consiste à dire que l'individu *a* une personne parce qu'il est généralement apte à agir en vertu d'une capacité permanente et non pas reconnue ponctuellement par le droit, ne pénètre pas encore la doctrine française.

### A. Le maintien de l'approche fonctionnaliste

18. — La conception romaine se maintient donc. Le plan des *Institutes* (personne/chose/action), évidemment recopié par les commentateurs modernes du *Corpus* justinien (Doneau, Conan), est parfois adopté par la doctrine coutumière, lorsque, plutôt que de commenter les coutumes en suivant l'ordre de leurs articles, elle s'essaie, dès le XVI<sup>e</sup> s., à présenter de manière synthétique ce qu'elle appelle et crée en même temps : le droit français (par exemple : Loisel, Fleury, Lamoignon ou Bourjon). L'utilisation du terme *personne* comme outil de catégorisation des règles juridiques se perpétue ainsi. Son sens technique apparaît chez certains auteurs, de façon parfois un peu hésitante. Cl. Serres parle de l'*homme* quand il évoque la liberté (qui relève du droit naturel) et de la *personne* quand il l'envisage en rapport avec le système juridique positif, selon les qualités qu'il peut avoir. *Personne* continue de désigner un artéfact, un « être civil » distinct de l'être physique, naturel (Pocquet de Livonnière). Ce n'est pas l'individu ni même son aptitude à exercer des droits puisque, comme dans les *Institutes*, le terme n'est pas réservé aux seuls individus capables d'exercer directement leurs droits (Domat l'utilise à propos des fils de famille, qui ne sont pas « maîtres de leurs droits »), mais le moyen de constater et de localiser, en les rattachant à ceux qui jouent un rôle sur la scène juridique, des rapports juridiques. La personnalité

est une technique d'imputation. On peut donc dire, à propos des époux, qu'ils sont unis par une liaison si étroite qu'ils ne forment, comme le père et le fils, qu'une seule *personne* et que la puissance maritale donne au mari la *propriété de la personne de sa femme*. Pour Pothier, la femme mariée n'a plus une *propriam personam*, parce qu'elle « ne fait plus qu'une même personne avec son mari » (*Intr. gén. aux cout.*, n° 10).

Une des explications vient du fait que l'individu reste pensé comme partie d'un tout, « membre » d'un ensemble qui le dépasse et l'absorbe. Ainsi Pothier dans son *Tr. des personnes et des choses* n'envisage-t-il que différents « ordres » de personnes (ecclésiastiques, nobles, gens du tiers état, serfs ; régnicoles et aubains) qui rappellent les *status* du droit romain. Selon Argou et Pocquet de Livonnière, le droit naturel ne fait pas de distinctions entre les hommes « mais le bon ordre a été obligé d'admettre des différences pour rectifier les imperfections de la nature, et perfectionner le plan de la société ». La hiérarchie des statuts est indépendante du droit naturel, elle naît avec la société pour l'organiser selon un certain ordre dont l'individu n'est pas le point de départ. Le terme *état*, traduction de *status*, est d'ailleurs largement utilisé pour désigner la condition juridique et sociale des individus ou, avec plus de précision, dans l'expression *état des personnes*. Dans son *Institution au droit des François* (1611, p. 252), Coquille consacre ainsi des développements à « l'état des personnes, tutelles et curatelles », ce que les Romains comprenaient sous le terme *status*. Deux siècles plus tard, chez Serres (I, XVI) l'état des personnes correspond au *status* romain et à « ce qu'on appelle proprement la vie civile » ; formule qui fait écho à Pothier, selon qui *personne* indique celui qui jouit de la vie civile (Pothier, *Orléans*, n° 26).

## B. L'assimilation de la personnalité à l'état des personnes et à la capacité juridique

19. — Nombreux sont ceux, de Domat à Daguesseau, qui ramènent la personnalité à l'état que le système juridique attribue à chacun. Cet *état des personnes* (traduction du latin *status*) est l'ensemble des qualités par lesquelles le droit civil distingue les individus. Malgré l'égalité naturelle qui règne entre eux, celui-ci leur attribue librement des qualités dont la fonction est de les situer par rapport aux matières du droit civil. Ces qualités ont deux points communs, précise Domat. Elles sont une « suite toute naturelle de l'ordre de la société » et comme les lois civiles ont pour objets les « engagements et les successions », les moyens d'acquérir et de transmettre, « elles rendent les personnes capables, ou incapables, ou de tous les engagements, ou de quelques-uns, ou des successions ». L'état des personnes est déterminé par la société (qui peut avoir égard aux distinctions naturelles – sexe, naissance, âge – mais pas seulement) et se résume à la question de la capacité juridique (ce que Richer, étudiant la mort civile, confirme) : les qualités qui font l'état des personnes rendent capable ou incapable d'avoir (la distinction majeur/mineur se rapporte à la possibilité de contracter ; celle des bâtards/légitimes se rapporte à la faculté d'hériter). Comme à Rome, la *personne* est l'individu considéré du point de vue des rapports juridiques relatifs à un patrimoine, de la même manière que les distinctions relatives aux choses ont pour effet de désigner celles qui sont susceptibles d'engagements ou non (choses *in commercio/extra commercium*). Or ces qualités ne sont pas perçues comme irrémédiablement liées à la qualité de sujet de l'individu. Elles ne lui appartiennent pas mais restent liées à des rôles que, ponctuellement, le Droit lui fait jouer. La permanence de la personne n'est pas encore la conséquence de celle du sujet et l'état et le statut des personnes, dans la tradition juridique

issue du droit romain, relèvent non pas de l'ordre naturel mais de l'ordre politique (Pothier, *Intr. aux coutumes*, n° 28).

Pendant longtemps cet état n'a pas fait l'objet d'une constatation officielle. Il n'y a pas à proprement parler d'état civil au Moyen Âge (on compte sur la mémoire familiale) et les premiers registres imposés par l'Église sont des registres des baptêmes. L'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539 ordonne ensuite que, dans tout le royaume, soient ouverts des registres pour consigner les naissances. Louis XIV, dans son ordonnance civile de 1667 (tit. xx), impose la tenue de registres paroissiaux de baptêmes, mariages et décès paraphés par un juge royal avec expédition de la grosse aux greffes de la juridiction royale du lieu, à la fin de chaque année, dans le but de substituer une preuve écrite à la preuve testimoniale. Les feuillets doivent être remplis par les curés « sans laisser aucun blanc » et ceux qui le souhaitent peuvent, moyennant le paiement d'une taxe, obtenir des extraits de ces actes. Mais parce que pour la plupart des curés cet enregistrement n'est que l'accessoire du rituel religieux, l'écart est parfois grand entre les règles des ordonnances et la pratique (la querelle janséniste a par exemple été l'occasion pour certains curés de refuser le dépôt aux greffes). Pour ces raisons, la déclaration royale du 9 avril 1736 préparée par Joly de Fleury ordonne la tenue dans chaque paroisse de deux registres authentiques paraphés par le lieutenant-général du bailliage, faisant foi en justice, « pour y inscrire les baptêmes, mariages et sépultures ». Pour les actes de baptême, la déclaration impose la mention du nom de l'enfant, de ses parents et parrain et marraine ; pour les actes de mariage, la mention des noms, surnoms, âge, qualités et demeures des époux mais également de leur capacité juridique (s'ils sont enfants de famille, en tutelle, curatelle), le consentement des parents au mariage et la signature de quatre témoins.

### C. Conditions (mort civile)

**20.** — Tout individu n'est pas nécessairement une *personne*. La personnalité ne commence qu'avec la naissance. Celui qui n'est pas né n'a pas de *personne*. Son état est, avant la naissance viable, « incertain » et ne peut être « réglé » que par la naissance (Domat). Jusque-là, il n'est donc pas compté pour un enfant. Pour protéger ses intérêts, un tuteur (dont la mission est de gouverner la personne d'un mineur) ne peut pas être désigné. Mais l'enfant dont on espère la naissance est réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts (*qui in utero est, pro iam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*) et, en attendant sa naissance, les biens qui ont vocation à lui revenir doivent être administrés par un *curateur au ventre* qui rendra compte de son administration soit au tuteur de l'enfant né soit à ceux à qui les biens appartiendront, si l'enfant meurt. Mais si l'être physique doit advenir, encore faut-il qu'il naisse vivant et viable, comme l'exigeaient déjà à la fois les lois barbares et les romanistes médiévaux. Par l'effet d'une fiction selon laquelle le « temps de la naissance », à la condition de naître viable, rétroagit au temps de la conception (Pothier, *Traité des successions* ; la conception n'est donc pas le véritable moment de l'acquisition de la personnalité juridique) sont assurés tant la protection de ses intérêts patrimoniaux que la sanction de l'avortement. Or dès le début du XVI<sup>e</sup> s. se propage l'idée que l'enfant né avant le 7<sup>e</sup> mois ne peut pas être considéré comme *vivus et perfectus* ; idée qui finit par être consacrée par un arrêt du parlement de Paris du 2 décembre 1594, suivi d'un autre (17 avril 1635) qui refuse de considérer comme étant né vivant un enfant né d'une césarienne au 5<sup>e</sup> mois de la grossesse : ne pas naître viable, c'est ne pas naître vivant. Il faut, encore, avoir figure humaine : les monstres ne sont pas

comptés parmi les héritiers. Suivant la conception d'Aristote (la nature des êtres leur donne une forme particulière ; l'espèce se perpétue sous cette forme fixe, si bien que la validité de l'être dépend de sa conformité à cette forme-modèle), nos anciens juristes perpétuent les solutions du droit romain, dès lors que prédominent des caractères qui effacent totalement ceux de l'humanité (Lebrun, *Tr. des successions*, I, IV, 1).

**21.** — Ces conditions remplies, la personnalité juridique peut se perdre par la mort naturelle mais aussi par la mort civile, qui se définit comme l'*état* de celui qui est privé des droits civils et montre combien l'*être civil* est entièrement dépendant du Droit, dont l'autonomie, par rapport à la Nature, est quasi totale. Curieusement, la même expression rend compte de deux situations bien distinctes, auxquelles il faudrait peut-être ajouter celle du lépreux (d'après Ph. de Beaumanoir, « *sitost comme il est pris de cele maladie, il est mors quant au siècle* » : il n'hérite pas mais peut disposer de ses meubles et conquêts et du cinquième de ses héritages, § 1617 ; situation plus favorable que celle d'un mort civil), l'une imposée par la justice des hommes (lorsque la mort civile assortit une condamnation pénale capitale : bannissement perpétuel, condamnation perpétuelle aux galères, non présentation du contumax dans les cinq ans de sa condamnation), l'autre voulue par celui qui, pour se rapprocher de Dieu, choisit de mourir au monde et de renoncer à posséder en propre. D'ailleurs, jusqu'au XVI<sup>e</sup> s., ces situations étaient distinguées. Pour le religieux profès, du moins en pays de droit écrit, s'appliquait la *dedicatio*, d'origine romaine, en vertu de laquelle il abandonnait son patrimoine à son ordre (le droit canonique précisant que, malgré la fiction de mort, l'ordre ne recueille pas les biens à titre d'héritier mais se trouve placé dans la situation qui était celle, à Rome, d'un père de famille procédant à l'*adrogatio* ou adoption d'un autre) et devenait pour son ordre, comme le *filius familias* romain, un moyen d'acquérir tout ce qu'il produisait ou lui était donné ou légué par sa famille. Les juges et les coutumes médiévaux poussaient au contraire à son terme la fiction de la mort et ouvraient la succession du religieux. L'idée, émise sans doute en Normandie d'abord, s'est propagée dans le Nord du royaume. Le parlement la prend à son compte au XIII<sup>e</sup> s. Mais, pour rassurer les familles (au moment où la notion de biens propres émerge précisément pour protéger leur patrimoine héréditaire) et les seigneurs, privés du droit de mettre la main sur les successions de ceux de leurs sujets qui décèdent sans héritier, les textes appliquent à cette succession les règles coutumières de la dévolution *ab intestat* (*Summa de legibus normande*, Beaumanoir).

**22.** — À partir du XVI<sup>e</sup> s. ces situations se rapprochent grâce à la doctrine, qui insiste sur l'ouverture anticipée de la succession et l'incapacité à recevoir, parce que le mort civil « ne participe plus aux droits des François, comme s'il était véritablement mort ». Dans tous les cas, la société le regarde « comme n'étant pas des êtres vivants », ce qu'il faut nuancer : au regard du droit, l'individu n'a plus d'existence mais « la société, quelque outragée qu'elle puisse être [...] ne laisse pas de veiller à la conservation de son être (physique). Elle ne lui refuse rien de tout ce qu'il peut attendre de l'humanité » (Fr. Richer). Il peut « recevoir des aliments, parce que tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables » (R.-J. Pothier). La perte de l'*être civil* n'enlève pas la qualité d'*être humain* : ces deux *êtres* sont indépendants. Mais il reste délicat d'assimiler la mort civile du religieux à celle du condamné ou de voir dans la première le modèle de la seconde. Elles découlent de causes différentes (volonté individuelle/sanction pénale, donc sociale) et produisent des effets distincts : les biens du religieux profès profitent à son ordre, ceux du condamné sont confisqués au profit du fisc.

En outre, la justification apportée à cette technique convient mieux au cas de condamnation pénale : celle qui consiste à trouver l'origine de la mort dans la *capitis deminutio media* du droit romain (perte de la qualité de citoyen, donc des droits de cité), comme l'explique Cl. Serres, ne peut valoir pour le religieux profès. Estimant que la vie civile ne correspond pas aux seuls droits de cité (pour avoir la vie civile, il suffit d'être « membre d'une nation »), Richer, lui assigne comme origine la rupture d'une sorte de contrat social : la société peut retirer l'exercice des droits à celui qui y contrevient (en retranchant de son sein « le citoïen rebelle »), jusqu'à lui enlever son être civil, à moins qu'elle ne préfère lui « ôter la vie naturelle ». Enfin, si la mort civile est souvent comparée par les auteurs à la mort naturelle, elle s'en démarque. Le mort civil peut recouvrer ses droits civils (annulation des vœux religieux, grâce du condamné). Dans la mesure où il s'agit d'une fiction, il ne serait pas possible d'assortir par exemple la mort civile ou le bannissement d'une condition ou d'un délai. Puisque l'homme ne peut pas mourir *naturellement* pour un temps seulement, la mort civile, qui doit imiter la nature autant qu'il est possible, ne peut pas le frapper de manière seulement temporaire (on ne peut pas recouvrer la vie civile après l'avoir perdu, tout comme il n'est pas possible aux morts de ressusciter) : un tel mécanisme serait contraire à la fois à la loi civile et à la loi naturelle, écrit Fr. Bourjon (I, p. 124). En conséquence, la condamnation aux galères à temps ne saurait emporter la mort civile, ni la qualité d'étranger être assimilée à la mort civile. Seul le roi, écrit Pothier, peut « restituer la vie civile à ceux qui l'ont perdue » (*Intr. générale aux coutumes*, n° 8 ; on remarquera que l'annulation des vœux religieux n'a pas à proprement parler pour effet de restituer la vie civile car, par l'effet rétroactif de l'annulation, qui est lui-même une fiction, le religieux est censé n'avoir jamais prêté ses vœux, donc perdu la vie civile). De même, la mort civile ne peut voir ses effets limités géographiquement parce qu'« on n'est point mort non plus pour un lieu, et vivant pour un autre » (Fr. Richer, p. 239). Enfin, la rétroactivité qui s'attache à cette fiction ne peut remonter plus haut dans le temps que le moment où l'événement qui a déclenché la fiction : à cet égard, la mort civile opère comme la mort naturelle et ne remet pas en cause, par exemple, les actes conclus avant qu'elle ne commence. À propos du contumace cependant, les auteurs ne sont pas tous d'accord. Certains, comme Catellan (*Arrests notables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1723, t. 1, p. 464), considèrent nul le testament rédigé avant la condamnation lorsque le testateur meurt dans les cinq ans pendant lesquels la contumace peut être purgée, alors que d'autres (Lebrun), estiment que le contumace qui meurt dans ce délai de cinq ans meurt à un moment où il pouvait encore se présenter en justice et se faire absoudre, de sorte qu'il meurt *integri status* et a pu rédiger un testament valable.

### III. L'affirmation de la juridicité naturelle de l'homme : l'assimilation homme/personne/sujet de droit

23. — L'affirmation de l'égalité civile par la Révolution conduit-elle le Code civil à voir dans tout être humain une personne sujet de droit ? D'un côté, il maintient la mort civile (dont les travaux préparatoires montrent qu'elle n'est pas conçue comme absolue : « un homme auquel on laisse la vie conserve par cela seul les moyens de vivre, par conséquent la faculté de travailler, et ainsi le droit d'acheter, de vendre, d'être contraint en justice », parce que la faculté de contracter relève plus du droit des gens que du droit civil, Fenet, VII, p. 182), que les projets Cambacérès ne mentionnaient pas. Les articles relatifs à l'état