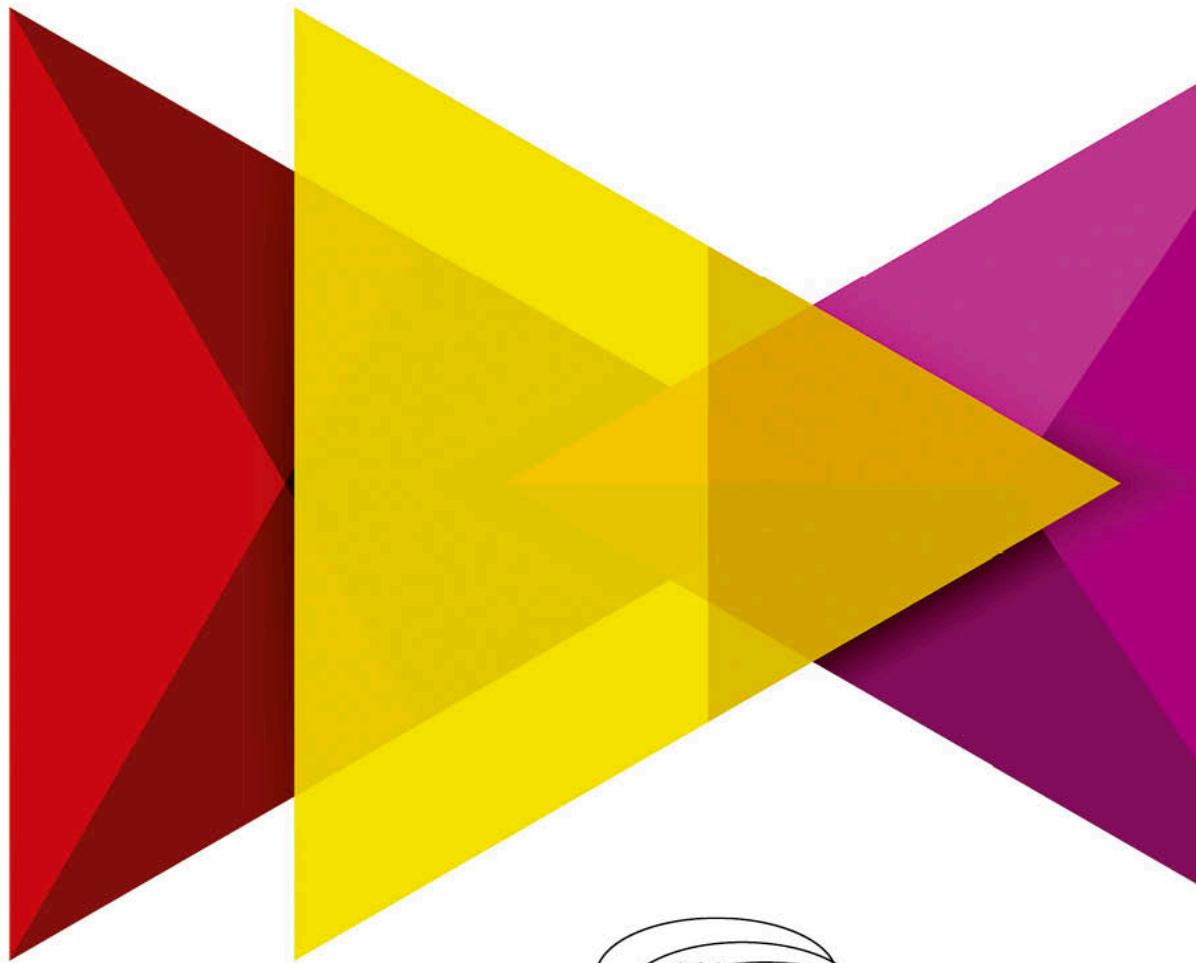


Histoire du **Droit privé**

David **Deroussin**

3^e édition



Introduction

1. — Pourquoi commencer une histoire du droit privé français au XVI^e s.? L'idée, évidemment discutable, n'est cependant pas dépourvue d'arguments. Sur le plan de l'organisation familiale, c'est le moment où se fixe le schéma *classique*, sous l'impulsion de la législation séculière et plus seulement ecclésiastique, qui perdurera encore après la promulgation du Code civil en 1804. Le mariage, seule union conforme aux vœux du corps social, est la source unique de la légitimité qui garantit l'accès au patrimoine familial. Un tel schéma n'est certes pas entièrement nouveau au XVI^e s. Aux premiers temps de l'Église, l'épître aux Corinthiens de Paul (7, 2), déjà, présentait le mariage comme un remède à la concupiscence. Mais le célibat y paraissait plus digne encore, car celui qui ne se marie pas s'occupe des choses du Seigneur alors que l'époux est préoccupé des choses terrestres, parce qu'il lui faut plaire à sa compagne. Surtout, la Renaissance se singularise y compris à ce point de vue parce qu'elle inaugure une période de forte *normalisation* de la vie conjugale, à laquelle par exemple les canons et le décret *De reformatio matrimonii*, adoptés à l'issue du Concile de Trente, assignent trois fins : l'assistance, les secours mutuels et la lutte contre la concupiscence. À ces trois pôles, autour desquels le mariage doit s'organiser, s'ajoutent, au début du XVII^e s., l'amour conjugal et la procréation, que les manuels de vie conjugale (genre littéraire en pleine expansion qui vient compléter les directives du droit canonique et dont l'*Introduction à la vie dévote* de Fr. de Sales constitue le parangon) érigent en fins essentielles du mariage (peut-être peut-on entendre ici l'écho lointain de Saint Augustin, qui reprochait déjà aux Manichéens de traiter leurs épouses comme des concubines, *i.-e.* de jouir de leurs corps sans chercher à engendrer?). Leur audience est telle que le *Dictionnaire* de Furetière définit à son tour le mariage comme un contrat conclu « pour la procréation des enfants légitimes », tandis que la science médicale, allié objectif de la théologie et du droit, contribue à renforcer le mariage en expliquant que les faiblesses physiques des enfants sont le fruit des vices des parents, du luxe et des passions (J. Raulin, *De la conservation des enfants...*, 1768). Le mariage est donc l'espace exclusif, réglé et régulateur, d'expression du sentiment amoureux et de la reproduction. Seule compte la filiation légitime, *i.-e.* celle qui, parce qu'elle découle du mariage, est conforme aux normes sociales. Quant aux autres

branches du droit privé (les biens, les obligations), c'est aussi à ce moment crucial qu'elles prennent leur visage moderne, sous l'effet essentiellement de la romanisation des concepts et des techniques favorisée par l'enseignement des droits savants. Enfin, c'est aussi à ce moment que sont rédigées officiellement les coutumes et que se développe une véritable doctrine coutumière (Dumoulin, Loisel).

2. — La période révolutionnaire. L'autorité des coutumes ne saurait constituer un argument empêchant les révolutionnaires à opérer la réforme du droit civil. Elles ne sont pas en effet le résultat de la volonté nationale, mais « l'ouvrage de ceux qu'une longue suite d'abus avait séparés des autres individus », au service de la féodalité, explique Cambacérès (*Arch. Parlem. LXXVIII*, p. 68). Mais alors que le droit des biens, par la suppression du régime féodal, sort profondément et définitivement modifié de la Révolution, le droit de la famille et des successions connaît un sort plus nuancé : si l'idée d'égalité (entre enfants, entre les filiations) est poussée à son terme dans les années 1792-1794, la Convention thermidorienne et le Directoire annoncent en quelque sorte la timidité du Code civil. Le rapport de Cambacérès sur le troisième projet de code est, de ce point de vue, significatif : il revient sur l'égalité successorale des enfants naturels et des enfants légitimes, souhaite encourager les unions légitimes, assurer la « tranquillité domestique » au motif qu'une bonne législation « est celle qui favorise l'intérêt général de la société et les progrès de la morale publique », au risque de priver quelques-uns « de leurs droits de famille » (Fenet, I, p. 148). D'ailleurs, l'attachement à la famille reste fort pendant la Révolution. La Constituante adopte même ce qui pourrait être l'une des premières mesures de politique familiale en France, en prévoyant une réduction d'impôt au profit des chefs de familles nombreuses (décret du 18 fév. 1791 sur la contribution mobilière), avant que la Convention, en juin 1793, vote des secours aux familles nombreuses dans l'indigence.

3. — Apparemment donc, rien ne change mais, en réalité, tout est bouleversé. Si le mariage reste la base de la société, il s'agit d'une base renouvelée suivant un plan cohérent qui se dessine dès la Constituante et doit conduire à une société nouvelle. Cette régénération suppose la laïcisation du droit familial et que toute sa place soit donnée à la liberté (volonté) individuelle dans les institutions juridiques. Ainsi s'expliquent le divorce et le droit de la filiation ou, du moins, la conception révolutionnaire de la paternité : la fonction paternelle doit être voulue, pour être mieux assumée. Le droit successoral lui-même, malgré les apparences (suppression de l'exhérédation, primauté accordée à la dévolution *ab intestato*), n'échappe pas à l'emprise de la volonté : l'ordre légal des successeurs n'est jamais que le reflet des affections présumées du *de cuius* qui, censé aimer également tous ses enfants, ne doit pas chercher à en avantager un plus que les autres. Outre la grande variabilité du droit positif due aux changements politiques, il faut encore, pour donner une idée plus complète des idées du moment, faire une part au droit qui, sans avoir été appliqué, a néanmoins été pensé, spécialement les projets de Code civil présentés par Cambacérès. Le premier (9 août 1793), composé de 719 articles organisés autour du plan des *Institutes* (personnes, biens, obligations – en remplacement des actions –), se veut résolument novateur. Il abaisse l'âge de la majorité à dix-huit ans, maintient le divorce par consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur, accorde en commun aux époux la gestion des biens du ménage et attribue aux enfants naturels reconnus les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes. Jugé trop long et encore trop empreint des préjugés anciens, il est abandonné. Deux autres suivront, en 1794 et 1796, qui n'aboutiront pas soit parce qu'ils arrivent trop tard (pour le

deuxième) soit parce que les événements en empêchent l'adoption (pour le troisième). Un tel foisonnement rend l'étude du moment révolutionnaire assez délicate. Mais si, entendu au sens large (le droit posé et projets), le droit révolutionnaire ne passe pas intégralement dans le Code civil et, de ce point de vue, ne constitue pas un legs normatif considérable, il mérite l'attention par sa dimension idéologique, dont les fruits, tardifs, seront révélés par la législation de la Ve République.

4. — *La codification.* Tel qu'il a été pensé par le Législateur napoléonien, le Code civil n'est pas qu'un instrument de la technique juridique. Il poursuit l'objectif plus ambitieux de réordonner la société française, de l'instituer sur des bases pérennes en donnant aux « institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes » (Portalis, Fenet, I, p. 481). À travers lui, le Consulat et l'Empire tentent de répondre à un enjeu *politique*, moyennant le renoncement à certains des principes révolutionnaires. Dans cette réponse, la propriété est appelée à jouer un rôle essentiel, parce qu'elle apparaît au codificateur comme le meilleur garant de la stabilité politique et sociale. Cela explique que « le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété » (Portalis, Fenet, XII, p. 132), les autres branches du droit privé n'étant que ses *dépendances*. Si « les autres droits sont sacrés... ils le sont surtout parce qu'ils sont la sauvegarde du droit de propriété » (Fenet, X, p. 669), qui n'est pas un droit parmi d'autres mais constitue, avec d'autres mécanismes fondamentaux du droit privé, la *trame* des relations juridiques entre personnes. Il faut notamment garantir les droits des acquéreurs des biens nationaux confisqués à l'Église ou aux émigrés et laisser aux propriétaires la latitude d'action la plus grande (la formule « on gouverne mal, quand on gouverne trop », chère à Portalis, trouve ainsi à s'appliquer tout particulièrement dans le droit des biens, et plus timidement dans les rapports familiaux, davantage réorganisés sur une base nettement hiérarchique et autoritaire).

5. — *La consolidation de l'ordre napoléonien par la jurisprudence et la doctrine classiques.* Après 1804, tout (tant la sociologie que l'idéologie des acteurs du droit) concourt à faire de la garantie de la propriété, de la faveur au mariage et du maintien du pouvoir du mari (sur son épouse) et du père (sur ses enfants) le catéchisme juridique des trois premiers tiers au moins du XIX^e s.: le suffrage censitaire, qui assure le monopole des propriétaires sur la chose publique, le recrutement des magistrats, qui favorise une forme de conservatisme, et l'affirmation franche, de la part de certains des commentateurs du Code civil, de la dimension proprement politique du discours sur le droit. Demolombe par exemple conçoit la science des juristes comme une « science active et militante », dont la mission n'est pas de décrire les faits ou d'enregistrer passivement les évolutions sociales mais au contraire de les « gouverner » par une interprétation des articles du Code conforme à ce qu'il estime être la « pensée politique » de ses rédacteurs (*Cours*, 3^e éd., I, p. v). On ne saurait mieux nier l'idée même de la neutralité axiologique de la doctrine: la science du droit n'est pas neutre, elle façonne le monde juridique et donc les relations sociales à son image, à partir de présupposés métajuridiques qui sont, pendant cette période, souvent inspirés du spiritualisme de V. Cousin (exaltation de l'esprit contre la matière). Domine alors ce qui sera plus tard appelé *l'esprit individualiste* (par opposition à *l'esprit social*; opposition réelle mais pas *radicale*, puisqu'il s'agit au fond de deux formes de l'individualisme, le premier mettant l'accent sur la primauté de l'individu face au groupe et le second cherchant plutôt à socialiser les processus d'individualisation). De cet *esprit individualiste*, Ch. Beudant a

donné une définition simple : « l'État est fait pour l'individu, et non l'individu pour l'État », ce qui revient à dire que le droit civil n'a pas à se faire l'outil d'une distribution équitable des choses, et qu'il demeure le lieu où s'affrontent des sujets de droit (considérés comme étant à eux-mêmes la cause de leurs droits) aux intérêts parfois concurrents. Les volontés individuelles étant au fondement du droit, la dimension sociale du processus de création du droit est négligée.

6. — Sous des formes qui peuvent varier d'un auteur à un autre (pour Duranton par exemple, le droit naturel n'est pas une science autonome mais la matrice commune du droit, de la morale et de la théologie, composée des « lois morales de la nature » immuables, dont la sanction « réside dans la conscience et la dans la religion », tandis que le droit positif n'est que la transcription-adaptation de cette matrice aux mœurs et aux besoins d'une nation, *Cours*, I, n° 16 et 42), cette doctrine classique admet l'existence des droits naturels de l'homme (appelés *droits publics*), qu'il possède en tant qu'homme, indépendamment de sa nationalité (puisque'ils dérivent du droit des gens, *ius gentium*), bien qu'ils doivent être exercés sous les conditions possées par la loi positive. Parmi ces droits figure celui de disposer de sa personne. L'homme peut exploiter son travail, qui constitue pour lui un bien, mais seulement pour une durée limitée (louer sa personne à perpétuité, c'est l'aliéner ; « or les personnes ne sont pas susceptibles d'aliénation ; l'homme ne peut ni se vendre, ni être vendu », écrit Larombière). Il peut exprimer ses opinions, être propriétaire, se marier et exercer sur ses enfants la puissance paternelle (que les Romains rangeaient dans le *ius civile*). Juridiquement, cela se traduit par une conception souverainiste du droit de propriété, une exaltation de la liberté contractuelle contre l'intervention correctrice du juge et la défense du mariage et de la filiation légitime.

7. — *La question des « sources du droit » au tournant des XIX^e et XX^e s.* La signification que les juristes français attribuent aujourd'hui aux expressions *sources du droit* et *théorie des sources du droit* n'est pas si ancienne. Avant la fin du XIX^e s., l'expression *théorie des sources du droit* n'est d'ailleurs pas employée et le terme *source* peut désigner plusieurs objets : les « éléments » constitutifs du droit français (Laurent, *Principes de droit civil*, 1869, I, n° 7 ; Abry et Rau, *Cours...*, 5^e éd., I, n° 5), ses « divisons » (droit écrit/droit non écrit), ses sources d'inspiration (comme la morale) et/ou ses origines, *i.-e.* ses sources matérielles. De cette diversité de sens, les ouvrages de Delvincourt (*Cours de Code Napoléon*, 1813), Duranton (*Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844), ou encore Demante (*Cours analytique de Code civil*, 1881) portent encore la trace. Dans *Le droit individuel et l'État*, Beudant annonce cependant un usage nouveau du terme, lorsqu'il évoque les *sources du droit civil*. À la fin du siècle, ce terme ne désigne plus seulement l'origine (historique ou morale) des règles de droit mais aussi et surtout les modalités d'édition de ces règles, ce qui permet de regrouper les sources historiques et les sources actuelles du droit autour d'un critère principal : la compétence (de l'autorité qui formule la règle). Le concept technique de sources du droit apparaît ainsi *ab initio* lié à une approche formelle de la règle de droit, qui renforce très rapidement la distinction doctrinale des sources formelles et des sources matérielles ; distinction à laquelle Ripert donne ses lettres de noblesse, mais que Capitant utilisait déjà dans son *Introduction au droit* (1898, p. 17), où il s'inspire des idées allemandes, notamment celles de J. Unger (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1892). Le mot *source* désigne donc soit l'instance habilitée (la nation par exemple) soit la forme habilitante (la procédure d'élaboration de la loi par exemple). En outre, la question des sources du droit prend un

tour particulier en cette fin du XIX^e siècle parce qu'elle entre alors en résonnance avec celle de l'adaptation (par quels moyens? dans quelle mesure?) du droit aux bouleversements contemporains de la vie sociale.

8. — Durant la période qui s'ouvre ainsi à partir de 1890, la question des sources se révèle ainsi à la fois *idéologique* et *stratégique*. Idéologique, d'abord, parce que les théories (si l'on veut bien prendre ce mot dans son sens fort de système hypothético-déductif) des sources du droit sont des systèmes de représentation possédant leur logique et rigueur propres et doués d'une existence et d'un rôle historique au sein d'une société donnée. Par la cohérence prétendue de l'agencement des différentes sources qu'elles consacrent (distinctions, ordonnancement, hiérarchie : une théorie des sources est avant tout un classement hiérarchique des sources), elles sont bien des systèmes ; et ces systèmes sont bien des idéologies dans la mesure où ils sont le fruit de représentations sous-jacentes que le discours juridique a pour fonction de masquer. Ce sont encore des idéologies par le fait qu'elles servent à justifier les prises de position programmatiques (en vue de l'action) des juristes, puisqu'elles leur permettent de définir tant leur objet d'étude (la réflexion sur les sources du droit n'est pas dissociable de la question de la définition de la règle de droit, donc de la délimitation du juridique) que la position qu'ils occupent dans le champ de cet objet, et qu'elles contribuent à forger une culture, juridique en l'espèce. Ainsi conçue, la théorie des sources du droit est avant tout une *dogmatique* des sources du droit qui, comme toute dogmatique juridique, n'a pas en réalité pour fonction de décrire fidèlement le droit positif, dont elle déforme l'image, parce que, plutôt que de placer son promoteur dans la position d'un observateur neutre, elle fait de lui une autorité qui se veut prescriptive et qui, au lieu de décrire, légitime. Cette fonction de légitimation va de pair avec une autre fonction assumée par la théorie des sources du droit : la fonction d'occultation de la dimension politique de la fabrication du droit. N'est-il pas révélateur à cet égard que Gény refuse de qualifier «politique» le construit qu'il oppose au donné, préférant parler de «technique juridique», expression plus neutre, au motif que le terme *politique* serait «équivoque» («La notion de droit en France», *Arch. de Phil. du Droit*, 1931, p. 21)? Le voile ainsi jeté sur les valeurs qui animent ces représentations n'en est que plus opaque.

9. — En apparence, cette dogmatique insiste sur le fait que, dans le système politique et social hérité de la Révolution, la nation souveraine est la seule autorité légitime de création des règles juridiques, comme on le voit chez ceux qui perpétuent, à propos de la coutume, la conception classique (cf. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1882, I, n° 9, qui évoque le consentement tacite du législateur) ou chez Gény, qui finit par marteler que le droit ne se réalise pleinement que dans et par l'État, qui représente la nation («La notion de droit en France», *art. précit.*, p. 22). Il importe peu que la nation formule le droit directement (coutume) ou indirectement (loi) : tout le droit est censé résulter d'un accord ou assentiment de la nation. L'affirmation n'est d'ailleurs pas sans lien avec la définition du droit comme règle contraignante, puisque seule la contrainte imposée ou mise en œuvre par les organes institués par la nation est regardée comme légitime. Elle explique aussi que certains auteurs, à propos de la coutume, parlent de «source législative» (Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil français*, 1934, I, n° 23, p. 31). Mais il suffit de lever le voile pour voir nos civilistes se représenter le droit comme, d'abord et essentiellement, un droit savant, qui doit rester l'affaire de spécialistes formés à sa connaissance et dont la mission sociale est de lui conserver la fonction de filtrage des desiderata sociaux (pour ne retenir que ceux

qui sont compatibles avec les principes qui doivent innérer le droit). Pour ces civilistes, le droit ne peut être que cela, puisqu'il est placé sous le signe de la Raison. Mais cette Raison, qui dicte *ce que doit être* le droit français, procède aussi par jugements de valeur (sur le contenu des décisions rendues par les juges) qui déterminent cette représentation du Droit français qu'exposent les théories des sources du droit. La dimension *stratégique* de ces théories apparaît alors en pleine lumière : loin d'être descriptives, elles expriment le positionnement de la doctrine et les rapports de force qu'elle entretient tantôt avec le Législateur (jouant, au tournant des XIX^e et XX^e s., le juge contre le Législateur), tantôt avec le juge, lorsqu'elle pense (à tort ?) pouvoir désormais influer sur la rédaction des lois (le début du XX^e s. voit en effet se multiplier les sociétés savantes qui se donnent pour mission de préparer l'élaboration de la loi, dont la Société d'études législatives n'est qu'un exemple, et la participation des juristes aux commissions chargées d'élaborer la législation à venir).

10. — *Socialisation du droit et judiciarisation des relations sociales.* La République rétablie et raffermie par le ralliement des catholiques se montre, dès les années 1880, sensible à ce qu'il est convenu d'appeler la *question sociale* (rapport du capital et du travail, développement du prolétariat). Sous l'influence conjuguée des radicaux, plus ou moins proches du courant solidariste animé notamment par L. Bourgeois (qui milite pour la progressivité de l'impôt, la mise en place des assurances sociales, une meilleure protection des ouvriers), et des députés socialistes auxquels le suffrage universel ouvre les portes de l'Assemblée (surtout à partir des années 1890), elle tente pendant ce *moment républicain* (J.-F. Spitz) de justifier l'État providence par une nouvelle articulation de l'individu à la société, le premier ne se réalisant pleinement que dans une société solidaire. Pour accomplir un tel effort, la République ne peut se désintéresser du droit privé. Le nombre des lois ou décrets-lois votés et des articles du Code civil modifiés le prouve assez. Elle amorce des évolutions importantes quant au fond. D'une part, l'intervention de l'État dans l'exercice de la puissance paternelle ou dans les relations de travail modifie en substance les règles et l'esprit de 1804. L'autorité des pères est mieux contrôlée, la défense des intérêts communs dans le monde du travail mieux assurée (loi sur les syndicats professionnels du 24 mars 1884). Les employeurs sont soumis à un régime objectif de garantie des risques professionnels (L. 9 avr. 1898) et à un certain nombre d'interdictions relatives au travail des femmes et des enfants (L. 2 nov. 1892 et 30 mars 1900), au repos hebdomadaire (L. 13 juill. 1906), au repos de nuit des femmes et des enfants (L. 22 déc. 1911), ou limitant la journée de travail à 8 h (L. 23 avr. 1919). D'autre part, le droit familial subit des inflexions importantes. La III^e République finissante supprime l'incapacité juridique multiséculaire de la femme mariée et fait aux enfants naturels un sort moins rude.

11. — L'évolution la plus remarquable tient à la méthode, qui finit par transformer les institutions juridiques. Rien ou presque n'échappe désormais au regard du juge. Alors que le pape Léon XIII (Encyclique *Rerum novarum*, 15 mai 1891) exhorte les Chrétiens à voir dans la famille une véritable société, dotée d'une autorité et d'un gouvernement propres dont la primauté sur la société civile fait d'elle un *sanctuaire* interdit à l'arbitraire du pouvoir civil (même si les pouvoirs publics peuvent venir à l'aide des familles qui se trouvent dans une situation désespérée ou mettre fin aux « graves violations de droits » qui peuvent se réaliser dans la famille), de sorte que « l'autorité paternelle ne saurait être abolie ni absorbée par l'État », la société, à travers ses tribunaux, s'imisce toujours davantage dans les relations des parents avec leurs enfants, transformant ainsi le sens même de la puissance paternelle.

Les juges se reconnaissent le pouvoir de conditionner l'homologation des décisions des conseils de famille aux critères qu'ils estiment importants (Req. 12 juill. 1921). Les droits subjectifs perdent de leur superbe et sont même parfois ravalés au rang de simples fonctions sociales exercées sous le contrôle du juge.

12. — Ce nouvel esprit de la législation s'est très vite traduit en doctrine par l'apparition d'une thématique nouvelle: la socialisation du droit. L'expression est fréquente sous la plume de plusieurs juristes depuis la chute du gouvernement J. Ferry: Charmont, Tissier, Josserand.... Elle ne signifie pas qu'il faille adopter les solutions politiques du socialisme mais exprime au contraire l'idée que, pour éviter le socialisme, il faut maintenir ou rétablir l'équilibre social afin qu'aucune des classes qui composent la société ne se sente minorée sur la scène juridique et exclue du jeu politique. À cette fin, il faut rendre le Droit « plus humain, plus généreux », « prendre les mesures nécessaires pour que toutes les classes de la société bénéficient de sa protection » (H. Capitant) ou encore élaborer une « protection juridique contre les abus et les injustices » qui prenne en compte les conséquences sociales de l'exercice des droits au lieu de se fier au dogme libéral de l'harmonie nécessaire des intérêts (Tissier, *Livre du centenaire*, p. 92). Au fondement de cette méthode gît une idée simple: le droit ne peut être ramené dans la seule volonté individuelle parce que « l'homme isolé n'existe pas ». La société est une « donnée première » et le Droit, qui a une origine et une nature sociales (il est ce que le *pouvoir social*, selon l'expression de Capitant, prescrit), a pour mission d'assurer le plein épanouissement de chacun de ses membres (ce qui rappelle le solidarisme de Bourgeois). Il faut donc organiser *socialement* l'exercice des droits subjectifs. C'est pourtant à cette époque que l'expression *droits subjectifs* se propage dans le langage doctrinal. Chez certains, elle a une dimension simplement technique: le droit subjectif est un instrument qui permet de penser les facultés ou prérogatives appartenant à un sujet à travers les catégories du droit de créance ou du droit de propriété. Dans ce sens, le droit subjectif est le droit envisagé du point de vue du sujet alors que le droit *positif* est le droit envisagé d'un « point de vue objectif ». Or il est possible de définir ces droits subjectifs non pas comme la manifestation du pouvoir du sujet moral libre mais plutôt, avec l'allemand Jhering, comme un *intérêt juridiquement protégé*: un intérêt d'ordre matériel, moral ou intellectuel protégé par le Droit objectif qui accorde à l'intéressé le pouvoir « de faire les actes nécessaires pour obtenir la satisfaction de cet intérêt » (Capitant, *Intr. au droit civil*, 1898). Chez d'autres, l'expression a une charge fortement polémique. Duguit, l'un des premiers à l'utiliser, la réduit à n'être que la traduction juridique d'un individualisme outrancier condamné par le solidarisme de Bourgeois et la sociologie de Durkheim et de Tarde. Plutôt que de la considérer comme une technique, il y voit un contenu nécessairement libéral qui véhicule une certaine idée de la nature de l'homme (indépendance, égoïsme).

13. — En cette fin du xix^e s., le Législateur et une partie de la doctrine se laissent donc convaincre par l'idée d'une nécessaire (mais parfois relative) socialisation du droit. L'esprit individualiste ne disparaît pas pour autant. Les multiples rééditions du *Cours d'Aubry* et Rau servent également de vecteur en France de la rationalité et de la subjectivité du pandectisme, d'une conception des droits comme *pouvoirs* dont les conditions d'exercice doivent rendre compatible l'exercice par chacun de sa liberté en transformant la liberté naturelle en *liberté juridique* (cette manière d'assigner pour objet au droit civil de placer à « l'exercice de la liberté individuelle de chaque individu les restrictions nécessaires pour la rendre compatible avec celle des autres », qu'on retrouve jusqu'à la 4^e éd. du *Cours*, rappelle évidemment celle

de Kant). Pour eux comme pour leurs continuateurs, la reconnaissance des droits subjectifs n'est pas qu'une nécessité technique (comme chez Josserand) : le droit subjectif est investi, conformément à la tradition libérale, d'une fonction idéologique. Par exemple, la 6^e édition, par P. Esmein, exige, s'agissant de l'abus de droit, l'intention de nuire, et rejette les thèses de Josserand (relativité des droits) et de Duguit (les droits comme *fonctions sociales*), parce qu'elles dévalorisent la notion de droit subjectif, « seule défense idéologique de l'individu contre l'arbitraire du Pouvoir ».

14. — G. Ripert appelle à son tour la doctrine à se reprendre et à renouer avec les conceptions classiques. Alors qu'en 1902, dans sa thèse de doctorat consacrée aux rapports de voisinage, il prédisait la « reconstruction de l'élément social de la propriété », il se fait dès les années Trente le chantre d'une conception absolutiste des droits subjectifs qu'il considère comme des données naturelles, bien qu'ils soient vecteurs d'inégalité, parce qu'ils sont « puissance de l'homme sur l'homme » (*Revue critique*, 1929, p. 33). Dans la controverse qui l'oppose à Josserand à propos de la théorie de l'abus des droits, loin de reconnaître la fonction sociale des droits, il s'en tient ainsi au seul critère (ancien) de l'intention de nuire, parce que cela lui permet de concilier l'absoluité du droit de propriété et le souci de moraliser les rapports juridiques. La socialisation du droit, qu'il considère comme une attaque en règle contre le droit individuel, doit être rejetée, de même que les Facultés de droit doivent se tenir à l'écart des sciences sociales (position suivie par la plupart des juristes après la guerre, qui explique en grande partie la longue indifférence des Facultés de droit à la sociologie). À la sociologie et au positivisme, Ripert préfère la transcendance qui dévoile « les règles constitutives des sociétés civiles de l'Occident chrétien » (*Le régime démocratique*, p. 448). Il insiste sur la possibilité pour le juriste d'émettre un jugement de valeur sur les règles juridiques et sur l'action de l'État, parce qu'il est selon lui toujours possible et souhaitable « de se demander à quel titre » le droit positif « s'impose à notre obéissance » (*Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1918, n° 30, p. 32). Le droit civil lui apparaît ainsi comme un ferment de civilisation offert par la Providence et nourri de la « grande loi morale qui depuis des siècles de christianisme régit les âmes des peuples européens » (*La règle morale*, p. 2). Affirmant l'identité de nature entre la règle de droit et la règle morale, il adopte des positions nettement conservatrices, voire réactionnaires (transcendance/hierarchie/ordre) : la civilisation chrétienne, qu'il considère menacée par la démocratie et la « farouche passion égalitaire », doit se ressaisir en réaffirmant, par exemple, la primauté des propriétaires (supériorité du capital sur le travail) et la nécessité des inégalités sociales et économiques (refus de l'interventionnisme étatique), et en luttant contre la « désorganisation » de la famille (*RTDCiv.* 1929, p. 512).

15. — *Vichy : la poursuite de la publicisation, le choix de la pénalisation.* La III^e République a beaucoup légiféré. L'État français aussi, sur une période bien plus courte et dans un contexte si particulier, marqué par la double pression des circonstances et de l'idéologie, ce qui donne le sentiment d'une véritable explosion législative qui n'affecte pas seulement le droit privé, même *largo sensu*. Il entend faire de la loi l'instrument de sa domination, ce qui est une manière d'affirmer sa souveraineté (illusoire puisque limitée, de fait, par l'occupation ennemie), quitte à produire des règles s'inspirant du droit du vainqueur, et de s'abriter derrière la légalité. Vichy n'est pas la négation du droit, dont le régime use et abuse, mais sa perversion. L'idéologie ne marque cependant pas de son empreinte tout le droit produit pendant la période de la même manière. Si certaines lois traduisent nettement les présupposés de la Révolution nationale (la législation anti-juive ou l'organisation

corporative de l'économie), d'autres sont plutôt des mesures techniques ou prolongent des orientations qui se dessinaient déjà avant la défaite (surtout depuis la chute du Front populaire). Il faut compter, aussi, avec les nécessités économiques (travail des femmes). Il en résulte parfois, dans le droit de la famille, une relative confusion qui montre bien que les sources de la législation (les processus d'élaboration des textes comme leurs motifs) sont diverses ; confusion que la politique législative du moment, consistant à procéder par retouches successives et partielles plutôt qu'à élaborer de grandes réformes d'ensemble (par ex. dans le droit de la filiation) accentue.

16. — Malgré tout, deux aspects méritent d'être soulignés. D'une part, quand on aura dit que les juges peuvent soumettre à conditions l'exercice de l'autorisation qu'ils donnent à une femme mariée (trib. civil de Toulouse, 6 avr. 1943) ou prévoir, en matière de divorce, une attribution conditionnelle du droit de garde (Req. 29 juill. 1943), on aura mesuré combien la période s'inscrit dans la tendance initiée par la III^e République : l'élargissement des pouvoirs (*l'imperium*, comme disait P. Lagarde, *RTDCiv.* 1943, p. 253) et du domaine d'intervention des juges. D'autre part, le droit privé de Vichy ne disparaît pas totalement à la Libération. Le rétablissement de la légalité républicaine par l'ordonnance du 9 août 1944 s'opère en effet de manière sélective. Les réformes constitutionnelles et judiciaires ou les lois raciales (sur les Juifs) sont écartées, mais d'autres textes sont validés. C'est ainsi que la formule de l'actuel art. 213 *CC* («les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir»), reprend celle de la loi du 4 juin 1970... qui elle-même s'inspire, à quelques modifications près, de la loi du 22 septembre 1942. La loi du 14 septembre 1941, jugée sans doute trop libérale, est abrogée en mai 1945, mais la loi du 5 juillet 1956 rétablit une disposition analogue. À certains égards, le droit de l'Occupation fait donc transition et cette impression est renforcée par le fait que, parmi les juristes qui l'ont exposé ou enseigné, nombreux sont ceux qui officiaient déjà dans les années Trente et continueront, après la Libération, à tenir les premiers rôles. Ainsi de Ripert qui, assez naturellement, se rallie à la Révolution nationale et dont le discours, après la Libération, ne change pas (il n'est que de lire son *Déclin du droit*, 1949) ou de R. Savatier, dont le *Cours de droit civil* (1943) critique «la peur de l'effort», le développement excessif de «l'esprit revendicatif» et des *droits* (du travailleur, de la femme, de l'enfant, de l'individu en général) au détriment des *devoirs*.

17. — *Le droit privé depuis la Libération*. Faut-il réécrire le Code civil de 1804 ? La question est débattue dans le *Livre du centenaire* mais, malgré les efforts de Larnaude, elle n'a pas alors reçu une réponse unanime, Planiol par exemple s'y opposant fermement. Elle ressurgit à la Libération. Une commission de révision, chargée de rédiger un *Avant-projet de Code civil*, est désignée. Présidée par L. Julliot de la Morandière, ses travaux s'étalent sur plusieurs années (de 1953 à 1957 pour le Liv. II par ex.) et sont régulièrement publiés. Le plan du grand code du droit privé qu'elle imagine éclate celui du Code civil. Un livre préliminaire traite les questions relatives à la force obligatoire des lois, actes administratifs et traités, aux conflits de loi, à l'exercice anormal des droits, ce qui aurait signé la promotion législative de la théorie de l'abus des droits (même si le projet prend toutes les précautions pour endiguer le flot des revendications : l'acte doit excéder manifestement l'exercice normal du droit soit par l'intention de l'auteur soit par son objet ou les circonstances ; il n'entraîne pas toujours responsabilité et les droits discrétionnaires sont mis à l'abri). Ensuite, le droit des personnes physiques et de la famille constitue le Liv. I, le droit des successions et des libéralités le Liv.

II, dont le plan s'éloigne de celui de 1804 (successions/donations entre vifs et testaments) et comprend 5 titres : successions *ab intestat* (aux règles des successions s'ajoute ici la réserve héréditaire, parce que la question des réductions des libéralités se pose à l'occasion du partage de la succession), successions testamentaires (forme, révocation, caducité, effet des legs), donations, substitutions et clauses d'inaliénabilité, partage d'ascendants. Le Liv. III est consacré aux biens et aux droits réels et le Liv. IV aux actes et faits juridiques tandis que les obligations en général sont traitées dans le Liv. V et les contrats spéciaux dans le Liv. VI. Un dernier livre évoque les personnes morales, dont la réglementation est donc nettement dissociée de celle des personnes physiques. Cette commission, qui affirmait vouloir agir dans le « souci constant d'équilibre entre les traditions de notre droit et les nécessités de l'évolution » notamment révélées par les créations jurisprudentielles, n'a pas réussi son pari. Son souci d'améliorer la situation de l'enfant naturel en facilitant l'établissement de sa filiation, sa volonté d'encourager l'adoption et de renforcer, au nom d'une meilleure protection de l'enfance, le contrôle des tribunaux sur la puissance paternelle, ne seront mis en œuvre que lors des réformes de la Ve République.

18. — Le plan proposé par la Commission révélait un changement de perspective par rapport à 1804. Il considérait les successions, testaments et donations entre vifs moins comme de simples techniques d'acquisition de la propriété (alors que le Code de 1804, parce qu'il fait la propriété le pivot de l'organisation juridico-sociale, voit en eux avant tout des manières d'acquérir la propriété, d'où leur insertion dans le Liv. III) que comme des institutions soumises à des considérations d'ordre familial. Plus généralement, la commission exprimait le désir de « voir le Code marquer nettement la place qu'a et doit avoir, dans notre société, la famille », ce qui la conduisait à rapprocher les règles des régimes matrimoniaux de celles du mariage et de ses effets sur les personnes. Mais les crispations auxquelles ont donné lieu certains débats (divorce) et l'opposition d'une partie des Facultés de droit (sur le choix du régime matrimonial légal), s'ajoutant au contexte politique, ont conduit à abandonner l'idée d'une révision générale du Code civil. À partir des années 60, les réformes se multiplient cependant (dont certaines s'inspirent des idées émises par cette commission), pas seulement en France d'ailleurs. En 1969, la R.F.A. réforme son droit de la filiation en conservant à la mère de l'enfant naturel l'autorité parentale même si elle vit avec le père. En 1975, l'Italie se dote d'un nouveau Code de la famille qui consacre l'exercice conjoint de l'autorité parentale et qui, s'il supprime certaines des discriminations anciennes qui frappaient l'enfant naturel, n'adopte pas le principe de l'égalité des filiations. Ces réformes confirment souvent la part croissante accordée au juge. En France, et s'agissant du droit des personnes et de la famille, elles constituent sans doute, par leur ampleur et leur relative homogénéité (qu'elles doivent au fait d'avoir été préparées par une commission restreinte placée sous l'autorité du Gardes des Sceaux J. Foyer, comprenant not. J. Carbonnier), le moment le plus intense de réformation depuis 1804 : loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle et l'administration des biens du mineur (qui définit la tutelle comme une protection due à l'enfant et une charge publique), loi du 13 juillet 1965 sur les rapports entre époux, loi du 11 juillet 1966 sur l'adoption, loi du 3 janvier 1968 sur les majeurs incapables, 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, 11 juillet 1975 sur le divorce.

19. — Outre leur contenu et leurs conséquences (alors que le mariage était essentiellement pensé pour organiser une famille, ses effets se concentrent davantage sur le couple et instaurent des relations bilatérales), elles dénotent une évolution dans la manière de produire la loi.

La plupart de ces lois sont en effet des projets de l'exécutif et ont été précédées de sondages d'opinion. S'agissant par exemple de la réforme du divorce, les enquêtes d'opinion réalisées par le Centre de sociologie du droit de l'Université de Paris non seulement incitent le gouvernement à préparer ses textes dans un souci de réalisme (selon l'aveu du garde des Sceaux), mais lui permettent aussi de défendre, y compris contre sa majorité parlementaire, certaines de ses volontés conformes à l'opinion publique. Le fait que 11 % seulement des Français se soient déclarés hostiles au divorce par consentement mutuel, tandis que 38 % d'entre eux estimaient qu'il devrait être automatique, n'a sans doute pas été indifférent lors des débats parlementaires, ni non plus le fait que 66 % des Français étaient favorables au divorce en cas d'altération des facultés mentales et que, parmi ces derniers, un même pourcentage souhaitaient l'automaticité; ou encore que 90 % des Français admettaient l'idée d'un divorce fondée sur la rupture prolongée de la vie commune.

20. — Mais si la méthode législative évolue, les schémas et représentations idéologiques en vogue pendant la première moitié du siècle, débarrassés de leurs manifestations les plus exagérées, ne déclinent que lentement. L'une des explications tient sans doute au fait que la pensée de Ripert, nettoyée de ses « formules excessives » comme l'écrit Rouast dans l'hommage qu'il lui rend, gagne du terrain au sein de la doctrine civiliste après la Libération. Les *Mélanges* qui lui sont offerts en 1950 sont même l'occasion d'une mise en cause frontale de l'idée de *socialisation* du droit et de la législation de la III^e République. On y dénonce des lois « souvent rédigées en hâte et dans le remous des passions politiques », manquant de « l'enchaînement logique » qui caractériserait l'œuvre de Napoléon, des constructions doctrinales dont on souhaite limiter l'impact, comme l'abus des droits (il y aurait contradiction à voir dans les droits des fonctions, puisque le droit est une liberté et la fonction une obligation) ou encore des tendances comme celle (critiquable d'après P. Esmein) qui consistait à mettre à la charge des parties au contrat des obligations nouvelles et à développer les cas de présomption de responsabilité. Roubier consacre un paragraphe à la *socialisation du droit* pour la critiquer dans ses conséquences (morceaulement de l'ordre juridique, empirisme indifférent au caractère juste – rationnel – ou injuste des règles) et surtout dans sa dimension idéologique (utilitaire) qui se conjugue avec celle des « régimes populaires ». On comprend alors que la doctrine dominante tente de combiner les droits sociaux nouvellement proclamés par le préambule de la Constitution de 1946 à une conception toujours forte du droit subjectif, en dépolitisant le débat et en présentant ce dernier sous les traits d'une simple technique dont la nécessité est avant tout d'ordre logique (si l'on parle du *Droit objectif*, c'est qu'il existe bien des *droits subjectifs*). Si certains proposent de substituer *situation juridique* à *droits subjectifs*, cette dernière expression se maintient fermement en doctrine et, loin de la neutralité technique qu'on cherche à lui donner, elle porte l'idée que l'être humain est « respectable » parce qu'il est « une valeur en soi, absolue », comme l'explique le belge J. Dabin en 1952 dans un livre qui lui vaudra les félicitations de Ripert. Car si elle est censée traduire juridiquement le simple fait qu'un individu est titulaire d'une prérogative que les autres sont obligés de respecter, seule la métaphysique, reconnaît J. Dabin, peut dire pourquoi ces prérogatives *méritent* d'être protégées par la puissance publique.

21. — Dans un tel contexte, la politique familiale (nataliste) commencée avant-guerre reste une priorité, d'autant plus que la plupart de ceux qui ont pris part à son élaboration pendant l'Occupation ne sont pas inquiétés au moment de la Libération. Les épurations et sanctions sont rares (Renaudin est relaxé) et nombreux sont ceux qui gagnent les rangs du nouvel

Institut National des Études Démographiques (INED). On tient là l'une des raisons de la perpétuation de cette politique familiale par le Gouvernement provisoire de la République puis par la IV^e République. La loi de finances pour 1946 crée le quotient familial. Un *Code de la famille et de l'aide sociale* est élaboré en 1956. La loi du 3 janvier 1972 vient en aide aux familles en créant une allocation pour frais de garde, en améliorant l'accès des jeunes ménages au crédit et en créant une assurance vieillesse pour les mères de famille. Ce système d'aides publiques est refondu le 1^{er} janvier 1978. Le complément familial remplace l'allocation de salaire unique, l'allocation de mère au foyer et l'allocation pour frais de garde. Or ces prestations, qui ne sont plus conditionnées à l'exercice d'une activité professionnelle, ne sont plus considérées comme des *sursalaires*. Depuis le 16 juillet 1974 est versée, pour les enfants scolarisés (dès le 1^{er} enfant, jusqu'à 16 ans), une allocation de rentrée scolaire (sous condition de ressources). L'abandon de famille, dont le caractère civil ou pénal n'avait pas été clairement défini dans la loi de 1942, est finalement intégré dans le Code pénal (ordonnance 23 déc. 1958) et s'y maintient au prix de quelques retouches au moment de sa réformation en 1994. Mais la préférence accordée à la famille légitime ou la réticence affichée envers le divorce s'étiole à partir de la décennie 1970. Une allocation est désormais offerte au parent isolé, donc non marié (9 juill. 1976). Le droit commence à prendre acte des modifications parfois radicales qui affectent, sur le plan des représentations sociales et mentales, les fonctions traditionnellement attribuées au père et à la mère. Le statut légal et social du père change (en même temps que le droit fait une place à la preuve scientifique de la filiation). L'intérêt de l'enfant et l'autorité égale de la mère comme limites à celle du père sont consacrés. Enfin, si le droit canon, le droit royal et le Code civil ont travaillé à la coïncidence nécessaire de la paternité et de la procréation (seul l'enfant né dans le mariage a un père, les autres devant se contenter d'un géniteur), le développement des techniques de procréation médicalement assistée conduit désormais, comme à Rome d'ailleurs ou pendant la Révolution, à distinguer la paternité de la procréation, l'enjeu consistant à stabiliser la première sous la forme d'une fonction sociale liée à un statut légal défini par le droit.

22. — Après un Chapitre préliminaire consacré à définir les notions de personnes et de personnalité, l'étude des rapports juridiques au sein de la famille sera séparée de celle des relations entre l'individu et ses biens, parce qu'elles n'évoluent pas nécessairement au même rythme. Dans la famille, le modèle consacré au XVI^e s., construit sur la légitimité découlant du mariage, domine jusqu'à la fin du XIX^e s. L'adoption du Code civil en 1804 n'opère pas ici la rupture qu'elle introduit en revanche en matière de propriété.

Chapitre préliminaire

Les personnes ---

Section 1

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

23. — 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).

§ 1. La naissance de l'approche fonctionnaliste : Rome

24. — 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^e s. de n. ère Ulprien 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 Ulprien) 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 caelensis est figurata, minime maculetur*, C.Th.9.40.2).

25. — *Fœtus et Monstrum.* 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^e 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.

26. — 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, Ulprien, *Regulae*, 19.11), chose corporelle (Gaius, II.13 : « *corporales (res) hæ 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 personnaliser. Pour cela, il suffit d'affirmer que si l'esclave n'a plus son maître, il continue cependant d'appartenir à l'*hereditas*, conçue comme une chose incorporelle, de sorte qu'il 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'addition

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*.

Il en va de même du fils de famille : *personne* lorsqu'il est acteur de la vie juridique, il est une *res* 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).

27. — 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 Ulprien explique que celui qui a juré de dédicacer une chose est tenu de le faire parce que le voeu 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. Technique, *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.

28. — 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).

29. — 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 juridique n'est pas la transposition, dans le monde du droit, de la qualité de sujet. Cette conception change-t-elle à l'époque moderne ?

§ 2. Personne, état et capacité dans l'ancien droit français

30. — 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.

I. Le maintien de l'approche fonctionnaliste

31. — La conception romaine se maintient donc. Le plan des *Institutes* (personne/chose/ action), 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^e s., à présenter de manière synthétique ce qu'elle appelle (et crée en même temps) le *droit français* (Loisel, Fleury, Lamoignon, 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. 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 alors de désigner un artéfact, un « être civil » distinct de l'être physique, naturel (Pocquet de Livonièvre). 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 ainsi 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).

32. — Une des explications vient du fait que l'individu reste pensé comme la partie d'un tout, comme le « membre » d'un ensemble qui le dépasse, l'absorbe et lui confère un statut dans le cadre d'une organisation hiérarchisée de la société. Dans son *Institution au droit des François* (1611, p. 252), Coquille consacre ainsi des développements à « l'estat des personnes, tutelles et curatelles », ce que les Romains comprenaient sous le terme *status*. Pothier dans son *Tr. des personnes et des choses* n'envisage que différents « ordres » de personnes (ecclésia-tiques, nobles, gens du tiers état, serfs ; régnicoles et aubains), qui rappellent également les *status* du droit romain. Selon Argou et Pocquet de Livonièvre, 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 donc 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* (*état des personnes*), traduction de *status*, est d'ailleurs largement utilisé pour désigner la condition juridique et sociale des individus. 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).

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

33. — Nombreux sont ceux, de Domat à Daguesseau, qui ramènent la personnalité à l'*état* que le système juridique attribue à chacun. L'*état des personnes* est ainsi constitué de l'ensemble des qualités par lesquelles le droit civil, pour sa propre application, distingue les individus. Ces qualités ont deux points communs, précise par exemple Domat : elles sont une « suite toute naturelle de l'ordre de la société » et elles ont pour fonction de rendre les individus « capables, ou incapables, ou de tous les engagemens, ou de quelques-uns, ou des successions » (puisque les lois civiles ont pour objets les conventions, les successions et plus généralement tous les moyens d'acquérir et de transmettre). Par exemple, la distinction majeur/mineur se rapporte à la possibilité de contracter, tandis que la distinction bâillard/ enfant légitime 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*). Pour déterminer ces qualités et concéder (ou non) aux individus la capacité juridique, le droit peut avoir égard aux distinctions naturelles (sexe, naissance, âge), mais pas seulement. Surtout, ces qualités ne sont pas perçues comme irrémédiablement liées à la qualité de sujet. Elles n'appartiennent pas à l'individu en tant qu'il est un sujet, 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).

34. — 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 payement 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.

III. Conditions (mort civile)

35. — 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^e s. se propage l'idée que l'enfant né avant le 7^e 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 avr. 1635) qui refuse de considérer comme étant

né vivant un enfant né d'une césarienne au 5^e 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).

36. — 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^e 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^e 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).

37. — À partir du XVI^e 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, comme celle de Richer ne peuvent 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 »), il 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 citoien 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).

38. — Dans la mesure où il s'agit d'une fiction, il n'était 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.

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

39. — 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 civil, au domicile, au mariage et à la filiation envisagent les états et statuts que peut revêtir, juridiquement, l'individu, ce qui rappelle la conception fonctionnaliste de la *personne*. Locré, dont la présentation du Code civil s'inspire largement de Domat, atteste cette permanence. Il définit l'état et la capacité des personnes comme ce qui, juridiquement, permet d'intégrer un individu aux relations et circuits d'échanges des biens : le terme « personne... dans le Code... est synonyme d'*état civil* ; or, l'état civil se compose des diverses capacités et incapacités des individus ». Mais, d'un autre côté, l'art. 8 dispose que tout Français jouit des droits civils et, sauf la mort civile, les incapacités de jouissance se raréfient (le mineur de 16 ans ne peut rédiger un testament, l'enfant adultérin ne peut recevoir à titre gratuit de ses parents plus que sa part successorale).

40. — Révélatrice est, toutefois, la réponse faite à la section de législation du Tribunat qui tentait d'obtenir la reformulation des règles du Code relatives à la capacité de contracter : alors que le projet débattu au Conseil d'État évoquait seulement l'incapacité juridique, le Tribunat propose une nouvelle formulation visant à poser plus clairement le principe de la capacité juridique considérée comme une conséquence de la capacité psychologique ou intellectuelle de l'individu : « toute personne capable de consentir est *naturellement* capable de contracter ». La rédaction définitive du Conseil d'État transige. Elle retient que « toute personne peut contracter » mais rejette toute référence à la nature. Ainsi, alors que l'art. 8 CC sera mis à profit par tous ceux qui, à partir des années 1830, s'évertueront à enseigner que l'homme par nature est sujet de droit parce qu'il a par principe la capacité de jouissance, les premiers commentateurs du Code maintiennent la conception ancienne. L'*homme*, c'est l'être humain pris isolément, en dehors de toute caractérisation sociale ou juridique tandis que la *personne*, c'est l'homme saisi par le droit, qui ne l'envisage qu'à travers son état, le *personnage* qu'il joue, la fonction qu'il assume, de sorte que *état* et *personne* sont corrélatifs, comme chez Domat. Deux individus peuvent ne constituer pour la loi qu'une seule personne (les époux, unis sous la direction du mari, ne peuvent contracter ensemble parce qu'ils ne sont pas deux personnes distinctes : Proudhon, *Cours*, p. 254). Toullier recopie sur ce point Domat et considère synonymes les termes *status*, état, capacité et personne. Les qualités qui font l'état « rendent ceux qui les ont capables ou incapables de participer à l'état public ou à l'état particulier ». Comme Daguesseau au XVIII^e s., il fait consister l'état dans la capacité civile, l'habileté à jouir « dans un pays ou une famille, de tous les droits propres aux citoyens ou aux membres de la famille » (I, n° 169-173). La personnalité n'a rien de naturel, elle est abstraction, représentation (le même individu peut figurer plusieurs personnes, remplir différentes fonctions : magistrat, père, mari...), fiction (le même individu peut être une personne dans l'ordre public mais pas dans l'ordre privé), si bien que l'homme peut exister après la mort de la personne (mort civile) et la personne après la mort de l'homme (succession jacente). C'est donc dans la mesure où l'homme est appelé à remplir divers rôles ou fonctions qu'il prend le nom de *personne*.

41. — L'idéalisme et l'individualisme libéral incitent ensuite les juristes à penser le droit à partir de l'individu. Renversant la perspective héritée de la pensée classique, ils voient désormais le droit comme une expression de l'autonomie de l'être humain et refusent de séparer la personnalité juridique de la qualité d'homme. Parmi les premiers figurent des représentants du catholicisme libéral, comme Marcadé : la conception romaine, qui « avait

véritablement créé une seconde nature, une nature juridique, à côté de la vraie nature de l'homme», doit être abandonnée. Quelles que soient les modifications de capacité, la *personnalité* de l'homme demeure, parce qu'elle est une conséquence nécessaire de sa nature. Pour résoudre la contradiction qu'une telle affirmation apporte à l'existence de la mort civile qui assortit les condamnations pénales les plus graves (travaux forcés à perpétuité) et interdit toute participation aux droits politiques ou civils (Duranton, I, n° 213), Marcadé est constraint d'exagérer ses effets. La mort civile ne conduirait pas à distinguer la personne et l'homme (individu juridique/individu naturel), elle serait pire que la *capitis deminutio* romaine : « la loi ne voit pas le même homme devenu esclave... étranger; elle ne voit plus d'homme, elle ne voit plus rien ; il n'y a plus, à ses yeux, qu'un cadavre, un mort ». Ainsi l'assimilation *homme/sujet de droit* est-elle sauvée.

42. — Après l'abolition de l'esclavage en 1848 et de la mort civile (dont la loi du 8 juin 1850 sur la déportation venait de restreindre le champ d'application) par la loi du 31 mai 1854, l'identification de la *personne au sens du droit* à l'individu se renforce encore, à travers l'idée que la société reconnaît, plutôt qu'elle ne crée, la personnalité juridique des individus. À l'appui de cette condamnation d'une certaine forme de positivisme, l'art. 8 CC. Est parfois invoqué (Delsol), de même que la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 : « depuis 89, tous les hommes sont des personnes », écrit Laurent qui conçoit le statut personnel (la personnalité juridique) comme inhérent à l'individualité morale (personnalité humaine). Pour la plupart des juristes désormais, il est « plus simple et plus vrai » de ne pas chercher à distinguer « doctrinalement » l'individu de la personne (Demolombe), parce que « le moins favorisé (des hommes) aura toujours la jouissance de certains droits » et doit donc être considéré comme une personne. Les différences entre les hommes, quand elles existent, sont purement accidentelles et ne tiennent pas à « l'essence des choses » (Duranton, qui écrit pourtant avant l'abolition de la mort civile). Alors que le droit romain, notre ancien droit et certains des premiers juristes de l'après Révolution refusaient la personnalité juridique aux monstres et prodiges (Chabot de L'Allier, *Loi des successions*, Paris, 1818, n° 13 précisait que la tête est le siège de l'entendement, que seul celui auquel la nature a donné une tête d'animal est un monstre et que le Code civil renvoie aux théories romaines), les difformités physiques et les infirmités intellectuelles sont désormais indifférentes. L'humanité des monstres est affirmée dès la 3^e édition de leur *Cours* par Aubry et Rau, qui enseignent que les difformités physiques et les infirmités intellectuelles ne sauraient porter atteinte à la personnalité de l'homme. Demolombe est du même avis.

43. — Il n'en reste pas moins que si aucun homme ne peut être « d'une manière absolue, privé de toute capacité juridique », l'idéalisme qui inspire alors les juristes les conduit à définir l'homme avant tout comme une volonté, comme un sujet pensant et libre, donc capable d'agir (le kantien Acollas caractérise la *personne* par la conscience et l'imputation, la liberté et la responsabilité en même temps qu'il affirme la juridicité naturelle de l'homme : l'individu naît avec l'aptitude à avoir les droits civils », la « jouissance des droits », *Manuel*, 1869, I, p. 16). Or certains en tirent la conséquence que les sourds-muets ne jouissent en principe d'une capacité juridique pleine et entière (sauf pour l'accomplissement de certains actes, à raison de leurs conditions particulières de validité) que s'ils sont en état de manifester leur volonté d'une manière certaine, ce que la Cour de cassation, le 30 juin 1844, admet en déclarant le sourd-muet capable de donner entre vifs, même s'il ne sait ni lire ni écrire dès lors qu'il est en état de manifester sa volonté (cité par Demolombe, III, n° 25).

44. — L'assimilation de l'individu à la *personne au sens du droit* n'empêche pas de continuer à définir, pour les besoins du raisonnement, la personnalité juridique comme une abstraction. Chez Aubry et Rau, elle permet de mieux saisir la nature du patrimoine, mis en corrélation étroite avec la personnalité, et de mieux comprendre l'erreur sur la personne dans la formation du mariage (distinction de la *personne*, artéfact juridique, et de l'*individu*). Chez Troplong, la dissociation de la *personne* et de son corps permet de penser le louage d'ouvrage: l'objet n'est pas la chose à réaliser mais l'activité personnelle, le travail qui constitue un bien. Mais le travailleur ne s'aliène pas totalement, sans quoi le contrat serait illicite, parce que sa *personne* (sa liberté, son autonomie) ne sont pas l'objet du contrat. Quoi qu'il en soit, dans la nouvelle vulgate *personne* désigne tout être capable de posséder des droits et d'être soumis à des obligations et *tout être humain constitue une personne*. La personne humaine a «une existence réelle et naturelle, par conséquent des droits qu'elle possède au même titre que l'existence, qu'elle tient de la nature même, des droits naturels» (Beudant). L'affirmation selon laquelle les concepts de sujet de droit ou de personne morale sont «des moyens artificiels de l'élaboration juridique» (Gény, *Science et technique*, 1921, p. 212) n'a donc plus de conséquence ontologique.

45. — Cette assimilation de la personne au sujet de droit ne sera plus mise en cause par la doctrine civiliste, y compris celle qui consent à la socialisation du droit. Il s'agit d'une qualité imprescriptible, inhérente à la nature de l'homme. Du catholicisme social au libéralisme et au solidarisme de L. Bourgeois (qui voit «entre tous les membres de l'association humaine, un caractère commun, identique, qui est proprement la qualité d'homme, c'est-à-dire d'être à la fois vivant, pensant et conscient»), tous les courants de pensée ou presque incitent à une telle assimilation (le solidarisme insiste peut-être davantage sur l'idée que ce caractère commun existe toujours: même si «la conscience et la pensée disparaissent d'une manière durable, par exemple chez l'aliéné, il n'y a pas suppression du droit, car l'individu reste virtuellement capable de reprendre le caractère d'homme, mais suspension de l'exercice du droit», *Solidarité*, p. 110). En revanche, une partie de la doctrine publiciste perpétue l'autonomie du langage juridique et distingue l'être civil de l'être naturel, pour voir dans la personne un moyen subordonné à la collectivité. Plus radicalement, Duguit refuse de parler de *personne juridique* (seules existent en droit des situations objectives définies par les règles du droit). Dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen la personne-sujet de droit n'apparaît pas comme une réalité naturelle et reste un «concept anthropomorphique créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive»; concept qui consiste dans un «faisceau d'obligations, de responsabilité et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes». La *personne* est donc une catégorie juridique, dont la pertinence tient seulement au fait qu'elle est utile pour le système juridique, voire nécessaire puisqu'elle est, avec le patrimoine, le support à l'application des normes. L'être humain est celui à qui le droit impose des normes, la personne est l'abstraction juridique que l'ensemble de ces normes ou effets juridiques constitue. Il est donc absurde de dire que la personne *a* des obligations ou des droits: elle *est* ces droits et obligations. Mais il est aussi difficile de dire que Kelsen, même s'il place la personnalité entre les mains du Législateur, «maître de ses déterminations», cherche à tout prix à déconnecter l'être civil de l'être naturel (sauf sur le plan rationnel). Une telle démarche ne serait pas épistémologique (or c'est l'approche à laquelle il souhaite se tenir) mais reposera sur des présupposés axiologiques ou éthiques.

46. — Ces présupposés (mais favorables à l'homme) fonctionnent en revanche à plein du côté des civilistes. Le Droit ne saurait organiser la négation complète de la personnalité des individus. La juridicité naturelle de l'homme l'interdit. Le droit ne peut organiser que des atteintes partielles qui doivent répondre à un souci de protection des plus faibles. Il convient donc désormais de bien différencier la personnalité de l'état et de la capacité, car si la première est imprescriptible, la capacité résulte de circonstances qui peuvent ou non se rencontrer concrètement (majorité, mariage...), l'ensemble de ces qualités constituant l'état social et civil de la personne. La leçon n'est cependant pas toujours entendue par le Législateur. L'Occupation en offre un exemple tragique. Elle en est d'autant plus fortement dispensée par la doctrine après la Libération. Comme par exorcisme, Ripert et Boulanger réaffirment que «la personnalité juridique est liée à l'existence de l'individu» et, surtout, que la qualité de personne *doit* être reconnue par le Droit indépendamment du degré de conscience ou de volonté de l'être humain : «si faible, si déchu qu'il soit, tout être humain est, demeure, une personne juridique». Les deux mêmes raisons sont encore invoquées : l'art. 8 CC et l'égalité des droits, qui «entraîne cette conséquence que, du seul fait qu'elle existe, toute personne a des droits et assume des obligations». De P. Esmein à J. Carbonnier tous sont d'accord pour dire que le mot *homme* «résume tout» (A.P.D., xxxv, p. 207). Quoi qu'il en soit, tout cela ne conduit pas la jurisprudence à voir dans le fœtus une personne. L'accident qui provoque sa disparition n'est pas un homicide (Ass. plén. 29 juin 2001 ; la solution est approuvée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui laisse aux États le soin de préciser quel est le point de départ de la vie humaine).

47. — Vers la fin de l'anthropocentrisme? L'approche anthropomorphique a longtemps conduit la doctrine dominante à nier la qualité de sujets de droit aux animaux, qui sont simplement protégés contre les mauvais traitements par les lois des 19 novembre 1963 et 8 juillet 1964 (après celle de 1850), qui définissent plus un devoir de l'homme qu'un droit de l'animal. Depuis la loi du 16 février 2015, qui s'inscrit dans le sillage de l'art. L. 214-1 du *Code rural* (issu de la loi du 10 juillet 1976), qui déjà considère l'animal comme «un être sensible [qui] doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce», le nouvel art. 515-14 CC qualifie les animaux *d'êtres vivants doués de sensibilité*, tandis que le nouvel art. 528 CC ne les range plus parmi les meubles par nature. Si cette qualification peut servir de justification au régime juridique protecteur qui s'applique à eux («sous réserve des lois qui les protègent»), elle ne conduit pas à leur reconnaître la personnalité juridique, puisque les animaux restent «soumis au régime des biens». La qualification nouvelle n'a donc pas débouché sur l'élaboration d'un régime juridique spécifique, l'idée évoquée lors de la discussion de la loi, consistant à insérer dans le *Code civil* une partie spécifique sur l'animal, ayant été rejetée, dans le but de ne pas remettre en cause les catégories juridiques existantes, notamment la distinction entre les biens et les personnes. Cet objectif de protection est, également, poursuivi par ceux qui militent pour la reconnaissance de la personnalité juridique à certains éléments environnementaux, au motif que ces éléments seraient *par nature* des éléments vivants, au même titre que les individus, donc des *personnes*. Cette tendance à la reconnaissance d'une *personnalité environnementale*, assise sur une vision désormais écocentrale, s'est récemment manifestée dans plusieurs pays (Canada, Australie, Inde), parfois en lien avec la question des droits des peuples autochtones.

48. — Certains éléments naturels de l'environnement, comme les cours d'eau, se sont ainsi vus reconnaître une forme de personnalité juridique. Ainsi du Gange, ou de la rivière Magpie au Canada (en 2021, les municipalités formant la municipalité régionale de comté de Minganie ainsi que le Conseil de la Nation Innu d'Ekuanitshit ont en effet adopté des résolutions reconnaissant à cette rivière certains droits, comme le droit de couler, de maintenir sa biodiversité naturelle et d'intenter une action en justice; mais sa protection est en fait laissée entre les mains de « gardiens de la nature »).

§ 4. Les personnes morales

49. — Le régime de constitution des personnes morales n'a pas été, pendant longtemps, un régime de liberté, ce qui s'explique par la nature qui, jusqu'à la fin du xix^e s., leur a été assignée.

I. La personnalité comme fiction

50. — Dans notre Ancien Droit, les statuts des groupements d'individus doivent être homologués par les juridictions royales qui vérifient leur conformité « aux lois et à la liberté publique » ; homologation dont celui qui se prétend léser par ces statuts peut faire appel. Les « les corps et communautés » doivent donc être « établis suivant les Loix du Royaume ». Sous cette condition, ils ne sont pas assimilés à des personnes physiques mais « considérés dans l'État, comme *tenant lieu* de Personnes » (Pothier). Il s'agit d'« êtres intellectuels », distincts des personnes physiques qui les composent. Leurs biens (*res universitatis*) n'appartiennent pour aucune part à celles-ci et forment des *res universitatis* différentes des choses qui appartiennent en commun à plusieurs. Ces êtres intellectuels ne peuvent agir par eux-mêmes et doivent être pourvus d'un procureur, le plus souvent un syndic élu par les membres qui composent le groupement, dont les pouvoirs sont précisés par la procuration qui lui est faite, et d'un receveur, préposé au recouvrement des créances. Parce qu'ils ne sont pas assimilés aux personnes physiques, ces corps n'ont pas des droits identiques à ceux des particuliers. Leur droit d'acquérir, par exemple, est plus limité. Avant l'édit de 1749, ils pouvaient acquérir des fonds mais pas toujours les retenir. Le procureur du roi était en effet autorisé à leur faire abandonner l'immeuble acquis (« vider leurs mains de ces héritages », écrit Pothier) pour une raison fondée sur l'intérêt public : « les communautés ne meurent point, et n'aliènent presque jamais » leurs immeubles, qui se trouvent de fait hors commerce. Les contraindre à « vider leurs mains » permet ainsi de ramener ces immeubles dans le commerce juridique. Le même droit appartient au seigneur de qui l'immeuble acquis relevait, sauf si la communauté a obtenu du roi des lettres d'amortissement qui lui donnent le droit de retenir le fonds, moyennant indemnisation du seigneur (tiers du prix, pour les fiefs). Il se fonde sur son utilité particulière : éviter qu'il ne perde ses droits de mutation.

L'édit de 1749 diminue encore les droits des communautés, en les empêchant d'acquérir (par vente, donation, legs...) un immeuble, un droit seigneurial ou tout autre droit réel, de même que des rentes constituées sur des particuliers (même dans les coutumes qui les réputent meubles), sauf à être autorisées par lettres patentes du roi, enregistrées en parlement. Leur pouvoir d'acquérir se limite donc aux seuls meubles.

51. — Cette conception de la personnalité morale comme fiction se maintient pendant la Révolution, où la question, posée à la Constituante, de la nationalisation des biens du clergé (déc. 1789) offre une première occasion de discussions sur la nature des personnes morales. Pour les constituants, les « corps » n'existent que par l'effet de la loi. C'est elle qui les autorise et réglemente leur fonctionnement, de leur formation jusqu'à leur dissolution. Comme l'affirme Thouret, la loi « a sur tout ce qui les concerne, et jusque sur leur existence même, une autorité illimitée ». Puisqu'ils sont des créations de la loi, « les corps n'ont aucun droits réels par leur nature, puisqu'ils n'ont pas même de nature propre ». La personnalité morale, qui ne procède pas de la *réalité* du groupement, ne peut être qu'une fiction. Thouret ne s'en cache pas : « ils ne sont qu'une fiction, une conception abstraite de la loi qui peut les faire comme il lui plaît ». Comme les théologiens, qui voient dans l'homme la personne par excellence parce qu'il incarne parfaitement cette essence singulière et libre par laquelle se définit, précisément, la personne, les révolutionnaires paient ici le prix de leur approche naturaliste, anthropocentriste, de la personne : pour ces libéraux, tout homme est un sujet de droit et le sujet de droit se réduit à l'homme, parce qu'il est le seul être rationnel et volontaire. La réalité naturelle des groupements humains s'en trouve niée. Seuls les individus sont réels, en conséquence du postulat de l'état de nature : dans l'état de nature n'existent que des individus libres, qui s'associent pour donner naissance à l'État, sans former de corps intermédiaires. Il n'y a rien de naturel entre l'individu et l'État. Reconnaître à d'autres la qualité de sujet de droit ne peut passer que par une fiction. À travers la loi, c'est l'État qui accorde la personnalité. Ainsi s'explique le contrôle de l'administration, comme sous l'ancien régime, lors de la création des sociétés.

52. — Qu'en est-il dans le Code civil ? L'art. 529 ne formule pas explicitement le principe selon lequel la société civile forme une entité distincte de la personne de ses membres, ce qui est au contraire franchement admis par le Code de commerce et par la jurisprudence (Req., 1834) au profit des sociétés commerciales. Du coup, les juristes hostiles à ce qu'on appelle alors la *personnalité civile* ou plus rarement la *personnalité morale* s'évertuent à qualifier sociétés civiles la plupart des groupements qui, à l'évidence, n'ont pas une nature exclusivement commerciale, dans le but de limiter l'octroi de la personnalité juridique. Toullier exige le concours de l'autorité publique dans la formation des groupements et refuse de reconnaître spontanément la personnalité juridique à toutes les sociétés, civiles ou commerciales (il nie aussi que la communauté conjugale puisse être considérée comme une personne morale distincte du mari et de la femme). Comme nos anciens juristes, il enseigne que la personnalité est l'œuvre de la loi : « l'existence civile et indépendante, de même que la destruction de cette personne morale, ne peut être produite que par l'autorité de la puissance publique ou de la loi ». Cette idée ancienne de la personnalité-fiction n'est d'ailleurs pas propre à la France. Elle se retrouve en Allemagne, au même moment, où Savigny dans son *Système de droit romain* développe l'idée que la capacité juridique se confond avec le concept d'individu, si bien qu'elle ne peut être étendue que « artificiellement à des sujets reconnus par une pure fiction. On les appelle personnes juridiques, c'est-à-dire personnes qui n'existent que pour des fins juridiques ».

53. — Les motifs d'une telle hostilité, qui n'est d'ailleurs pas partagée par tous (Troplong, dès les années 1840, combat le nécessaire concours de l'autorité publique parce que, partant du postulat de l'autonomie et de la liberté de l'homme, son libéralisme économique le pousse à critiquer une telle intervention ; mais sa conception de la personne morale demeure celle

de la personnalité-fiction, non pas qu'il s'agisse de dire que la personne morale est une création artificielle de la loi, mais parce que seul la technique juridique de la fiction permet aux juristes de personnifier et matérialiser cette abstraction qu'est un groupement), sont nombreux. Pour certains, les sociétés civiles ne doivent pas avoir la personnalité parce que cela permettrait à l'Église de se reconstituer, comme sous l'ancien régime, en un «corps» propriétaire de biens exclus du commerce juridique. Ce spectre de la mainmorte incite Laurent à refuser la personnalité aux sociétés civiles. Pour d'autres (les commercialistes mais aussi des civilistes comme Acollas), elles ne doivent pas avoir la personnalité car, contrairement aux sociétés commerciales, elles ne sont pas soumises à des règles de publicité suffisamment strictes : leur donner la capacité d'agir et de s'engager serait un risque pour les tiers.

II. Vers la personnalité morale comme réalité

54. — Malgré ces réticences, la jurisprudence reconnaît la personnalité juridique des sociétés civiles, progressivement et de façon d'ailleurs hésitante. Dans un arrêt de sa Chambre des requêtes du 8 novembre 1836 (D. 1852.321), où il s'agissait de savoir si une société civile, par analogie avec les dispositions relatives aux sociétés commerciales, peut agir en justice sous sa raison sociale sans indiquer les noms, professions et domiciles de chacun de ses membres, la Cour de cassation l'admet. Mais des arrêts postérieurs reviennent sur cette reconnaissance et il faut attendre un nouvel arrêt de la Chambre des requêtes du 23 février 1891 (D. 1891.1.337, à propos de la question de l'hypothèque légale de la femme mariée : pour bien distinguer les biens du mari de ceux de la société, l'arrêt interdit d'inscrire l'hypothèque sur les immeubles sociaux), pour que soit proclamé définitivement le principe d'après lequel «il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres... les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social». Il faut dire que la loi de 1884, qui donne aux syndicats la personnalité juridique, était passée par là et offrait un bel exemple d'attribution de la personnalité morale à un groupement non lucratif. Le principe est donc à nouveau proclamé dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 avril 1910 (D. 1911.1.473). Les réticences d'une partie de la doctrine ne disparaissent pas pour autant. Guillouard, notamment, réclame l'intervention du Législateur, qui ne tarde pas : la loi de 1901 sur les associations transpose, dans le cadre civil, le régime plus libéral que la loi de 1867 (qui supprime l'autorisation administrative antérieure à la constitution de la société) avait déjà mis en place s'agissant des sociétés anonymes. Dans le même temps (en réalité dès la fin du XIX^e s.) la jurisprudence donne aux sociétés en commandite ou par actions le caractère de sociétés commerciales.

55. — Ce mouvement de consécration et de libéralisation de la personnalité morale correspond à une modification, à la fin du XIX^e s., de la conception même des groupements. En Allemagne, la théorie de la fiction est combattue par O. Von Gierke (1841-1921), qui lui oppose celle de la personne morale-réalité. S'appuyant sur les anciennes conceptions germaniques (pour les Germains, les peuples, les tribus, les communautés forment des *réalités* naturelles dotées de droits distincts de ceux de leurs membres : ce ne sont pas des abstractions), Gierke affirme la réalité de la personne morale : la personnalité n'est pas octroyée à un être fictif mais à un être réellement existant, qui s'identifie avec ce qui le

manifeste au-dehors. Elle découle de la constitution organique de cet être réel et n'est pas imitée du modèle que représenterait la personnalité des êtres individuels. Ainsi le peuple, totalité naturelle, est un organisme vivant une existence indépendante, une personne qui peut se subdiviser en sous unités (tribus, ordres, corporations) qui sont autant d'organismes qui se créent inconsciemment et naturellement (et comme le peuple, elles sont d'ailleurs des sujets actifs de la formation du droit, dans la conception historique et l'idéologie antécodificatrice héritée de Savigny). Elles existent donc sans intervention de l'autorité publique.

56. — En France cette fois, au tournant des XIX^e et XX^e s., coexistent plusieurs théories (outre celle de Duguit, qui se passe de la technique de la personnalité morale parce qu'elle se passe du concept de droit subjectif: il n'est pas nécessaire de relier les droits à des sujets, individuels ou collectifs). Celles qui reposent sur la négation de l'existence réelle des groupements n'ont pas baissé les armes. Il en existe même deux variantes. L'une considère la notion de personne morale inutile (seuls les individus existent réellement) et entend la remplacer par celle de propriété collective (au profit des membres de l'association). L'idée, développée en Allemagne par Brinz (la personne morale n'est qu'une masse de biens affectés à un but, propriétaire d'elle-même, capable de contracter et d'acquérir pour elle-même) est acclimatée par Planiol, qui expose le régime des «personnes fictives» à propos du droit des biens et de la propriété collective: les biens appartiennent aux individus qui les composent, et ils constituent une «seconde forme de la propriété», à côté de la propriété individuelle (*Tr. élém.*, I, n° 3016 et sv.). Si Saleilles (*Annales de droit commercial*, 1897) tente de montrer que les règles de fonctionnement de la commandite commerciale (au contraire des autres formes de sociétés, où la présence des associés est moins forte) s'expliquent en raison de l'existence d'un patrimoine d'affectation soumis à un régime d'administration unitaire mais demeurant la propriété des associés (propriété en mains communes), sans qu'il soit besoin de recourir à la notion de personne morale, l'idée est rejetée par la plupart des civilistes français parce qu'elle suppose d'imaginer un droit (propriété) sans sujet actif ou passif.

57. — L'autre version de la théorie de la fiction est plus traditionnelle. Elle consiste à répéter que seul l'homme physique ayant naturellement vocation à être une personne, les personnes morales ne peuvent être que des sujets fictifs. Baudry-Lacantinerie exprime bien ce point de vue: puisque le patrimoine est inséparable de l'idée de personne, le patrimoine du groupement, sur lequel les membres ne peuvent exercer un droit individuel, doit bien appartenir au groupement lui-même considéré comme un être «fictif et abstrait», dont l'existence dépend le plus souvent de la loi. Il justifie ainsi le fait que l'existence des personnes morales dépend d'un acte de l'autorité publique, outre que ce contrôle étatique permet de limiter les dangers de l'immobilisation (durable) des biens et de l'accumulation de richesses «entre les mains de personnes morales qui pourraient tenter de constituer un État dans l'État» (I, n° 140). Critiquant Gierke, il insiste sur le fait qu'une association d'individus ne peut pas donner naissance à un être réel, doté d'une existence matérielle: il ne peut donc s'agir que d'un être «intellectuel», conçu par l'esprit.

58. — L'«observation des faits» (selon l'expression de L. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905) conduit cependant un bon nombre de juristes français à admettre la réalité de la personnalité juridique des groupements, en accord avec une définition du droit subjectif qui met l'accent moins sur le sujet-individu que sur la présence d'un intérêt (en considération duquel le droit est accordé) et d'une volonté au service de cet intérêt, laquelle

volonté peut se trouver en dehors du sujet lui-même (c'est la définition de Saleilles : *pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercée par une volonté autonome*). Du côté des publicistes, Hauriou (dont la pensée évolue d'ailleurs entre son article à la *Revue générale du droit* de 1898 et les éditions de son *Précis de droit administratif*) affirme que les « organisations sociales ont une existence réelle séparable en partie de celle des individus» (*Principes de droit public*, 1916), et que la façon dont un groupement fonctionne (« entreprise collective organisée corporativement ») fait toujours émerger une volonté commune, qui procède de la fusion de la volonté des représentés avec celle des représentants et qui s'impose à tous. Un groupement possède donc une volonté propre et, en conséquence, constitue une personne. Du côté des privatistes, Boistel parvient au même résultat en partant d'un point de vue plus philosophique : puisque la liberté (« pouvoir suprême de direction » sur les actes) définit la personnalité et que les groupements, comme les individus, sont libres de se diriger comme ils le souhaitent, tous ils sont des personnes. Pour H. Capitant, les personnes morales sont des « phénomènes sociaux » réels, qui naissent et se développent « spontanément, nécessairement, irrésistiblement ». Dès lors qu'un groupement est doué d'une « vie propre », il doit pour cela être considéré comme une personne. Mais, contrairement à Beseler et Gierke, Capitant insiste sur le fait que la reconnaissance d'un droit ne suppose pas nécessairement l'existence d'une « volonté consciente et libre ».

59. — Au fond, cette opposition entre fiction et réalité est une manière de perpétuer la vieille querelle des universaux, née au Moyen Âge, qui opposait le postulat nominaliste-conceptualiste (pour G. d'Occam par exemple, seul ce qui est individuel existe réellement dans le monde, les idées générales et les termes universels – humanité, genre, espèce, État, groupements, personne – n'étant que des concepts dénués d'existence propre en dehors du langage, qui n'est qu'une convention : ils ne sont donc que des outils, qui aident à penser la réalité, mais pas la réalité elle-même) au postulat réaliste (pour Duns Scot et ses disciples, les universaux correspondent à des réalités objectives). C'est ce postulat qui finit par l'emporter (du moins en France, car en Italie, le *Code civil* de 1942, qui affirme mettre en forme juridique l'organisation corporative de l'économie et de la société, conditionne l'acquisition de la personnalité juridique des associations, fondations et autres institutions de caractère privé à l'obtention d'un arrêté royal) : la personnalité morale n'est pas une « création de la loi », elle appartient à tout groupement à la condition qu'il existe « une possibilité d'expression collective » et qu'il ait pour « mission de gérer certains intérêts collectifs » (Civ. 2^e, 28 janv. 1954).

60. — Pour autant, la loi du 24 juillet 1966, art. 5, veut que les sociétés commerciales ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce. Les engagements pris par les futurs associés avant cette immatriculation n'obligent pas la société formée, sauf si, une fois formée et immatriculée, elles les a repris à son compte (ils sont alors « réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société »).

Section 2

Les distinctions des personnes

§ 1. Ancien droit

61. — Notre ancien droit des personnes est foncièrement inégalitaire. Les distinctions de statuts juridiques lui sont consubstantielles, comme elles l'étaient déjà au droit romain. Même ceux que l'on pourrait croire influencés par la doctrine moderne du droit naturel les légitiment, affirmant ainsi l'autonomie du droit civil (droit positif de la nation) par rapport au droit naturel. Domat balaie d'un revers de la main le principe naturel d'égalité: « quoique les loix civiles reconnoissent une espece d'égalité que met le droit naturel entre tous les hommes ; elles distinguent les personnes par de certaines qualitez... ». Dans cette société d'inégalités statutaires, les différences les plus importantes ne sont pas celles que le droit fonde sur des critères physiques/naturels (sexe et âge) mais celles par lesquelles il distribue les individus dans les fameux trois *ordines* dont les contours et la fonction ont été dessinés depuis le xi^e s. par les théologiens (Adalbéron de Laon) et les juristes. Au xv^e s. Loisel fait encore de la distinction des nobles et des roturiers (bourgeois et vilains) la première des divisions entre les personnes (I, VII, 25) et, deux siècles plus tard, il suffit de lire le *Tr. des personnes et des choses* de Pothier pour voir ainsi exposer (et défiler en ordres) toute la société d'ancien régime structurée autour de la notion centrale de privilège. Même la distinction des aubains (étrangers) et des régnicoles (nationaux) apparaît, en regard, secondaire. Rares sont ceux, d'ailleurs, qui réclament la suppression immédiate des ordres, y compris du côté des réformistes (Mably ne l'exige pas, même si la distribution des citoyens en « différentes classes » lui semble absurde et s'il préfère l'établissement d'un droit commun : sans « confondre tous les rangs », il en appelle simplement à la réforme des abus et des injustices les plus criants).

I. Les distinctions liées à l'appartenance aux ordres

62. — Ceux qui ne sont ni ecclésiastiques ni nobles sont versés dans le troisième et dernier ordre en dignité du royaume, ce qui ne leur confère aucun statut particulier (même si, à titre individuel, ils peuvent jouir de certains priviléges).

A. Des ecclésiastiques

63. — Les ecclésiastiques composent le premier ordre en dignité du royaume. Ils jouissent d'avantages qui consistent dans des honneurs particuliers (auxquels s'ajoutent, bien qu'ils ne relèvent pas *stricto sensu* des droits personnels, des droits utiles) : présence sur les laïcs dans les églises et lors des cérémonies religieuses, dans les assemblées politiques (États généraux ou particuliers), au sein des parlements (où l'avis des conseillers clercs est recueilli avant celui des laïcs). Outre ces honneurs, ils bénéficient d'exemptions que les juristes rangent en deux catégories : exemptions personnelles ; exemptions mixtes, réelles ou personnelles. Parmi les premières figurent des priviléges judiciaires (renvoi devant la juridiction ecclésiastique pour les causes personnelles), l'exemption des charges municipales (logement des hommes de guerre, guet et garde), de tutelle, de la contrainte par corps. Au titre des secondes ils ne sont pas astreints aux tailles personnelles pour leurs biens ecclésiastiques ni à l'impôt

sur sel (là où il existe). Et comme l'Église ne meurt pas, ses biens, qualifiés biens de *main-morte*, ne sont pas soumis aux droits de mutation puisqu'ils ne font plus l'objet d'aucune transmission (ce qui explique, souligne Ferrière, que les gens de mainmort ne peuvent acquérir des héritages que sur la permission expresse du roi, par lettres d'amortissement dont le coût monte souvent au tiers pour les biens nobles et au cinquième pour les biens roturiers, à quoi s'ajoute, au profit du seigneur de qui relève l'héritage, un *droit d'indemnité* compensant l'absence de droits de mutation).

Malgré la relative uniformité du statut juridique induite par l'appartenance à l'ordre du clergé, le monde des clercs est toutefois divisé par des distinctions importantes. Entre réguliers, astreints à la profession (vœux) et aux règles de l'ordre dans lequel ils entrent, et séculiers les oppositions sont parfois vives et à la veille de la révolution, le clergé apparaît socialement clivé: d'un côté le haut clergé (archevêques et évêques – dont certains n'ont pas parcouru leur diocèse depuis longtemps! –, abbés), de l'autre le bas clergé, dont les conditions de vie, même s'il bénéficie de la dîme ecclésiastique prélevée sur la paysannerie, sont souvent proches de celles de leurs ouailles.

B. Des nobles

64. — La noblesse, qui représente entre 1 et 2 % de la population totale, constitue le deuxième ordre du royaume. Son origine a été largement discutée entre nos anciens historiens et juristes (se trouve-t-elle chez les anciens Gaulois, n'est-elle pas plutôt contemporaine de l'établissement de la monarchie par les Francs – Pasquier, Loyseau –?). En tant que qualité distinctive des personnes, elle peut être définie comme «un titre d'honneur, qui donne à ceux qui en sont revêtus plusieurs priviléges et exemptions» (Pothier). Jusqu'à ce que l'ordonnance de 1667 fixe des délais identiques, le roturier pouvait être ajourné en justice de manière immédiate alors qu'un délai de 15 jours était le plus souvent prescrit pour l'ajournement des nobles, selon une règle ancienne (on la trouve déjà dans les coutumiers du XIII^e s.) rappelée par Loisel. Plus précisément, nos anciens juristes distinguent la noble de race de la noblesse de concession. La première est celle, immémoriale, dont les origines remontent si loin dans le temps qu'elles ne peuvent être déterminées avec précision. De fait, elle se prouve par des actes de possession, qui établissent la filiation de l'intéressé et la possession de ses ancêtres. Si la possession du père et de l'aïeul suffisaient, d'après le règlement des tailles de 1600, le souci de lutter contre les usurpations de qualité conduit à abandonner la preuve par témoins (ordonnance d'Orléans, 1560) et à exiger (déclaration de 1664) des preuves de cette possession depuis 1550, encore que, en pratique, il semble que l'on se soit contenté d'actes dont la date remonte au-delà de 100 ans et qui prouvent que, depuis cette date, les ancêtres ont vécu noblement. Ce durcissement ne suffit d'ailleurs pas à endiguer les usurpations et la monarchie, à plusieurs reprises (1666, 1696), doit procéder à de grandes réformations. D'ailleurs, l'acquisition de la noblesse par prescription n'est pas possible: la noblesse ne se prescrit pas, pas plus qu'elle ne se présume pas car elle représente une exception «contraire à l'intérêt primitif de l'État» (Pothier).

65. — La seconde ne peut être accordée que par le roi (c'est un acte de «souveraineté», écrit Pothier), au moyen de concessions soit générales soit particulières. Les concessions générales sont celles qui sont faites en faveur de tous les descendants mâles de celui qui a été pourvu d'un office auquel la noblesse est attachée, lorsqu'il est mort revêtu de son office

ou l'a possédé pendant vingt ans (sauf pour les offices municipaux qui, dans quelques villes, donnent la noblesse parce que leur exercice est limité à un certain temps). Parfois (offices de la Couronne ou des cours souveraines), la noblesse est attachée à cet office au premier degré: il suffit alors que le père en ait été pourvu pour que le fils soit noble; sinon, elle n'est attachée qu'au second degré (il faut alors que deux générations aient été pourvues de l'office). Depuis un édit de novembre 1750, la concession générale peut aussi résulter du service militaire. L'art. 2 de l'édit donne la noblesse aux officiers généraux et à leurs enfants légitimes nés ou à naître qui sont au service du roi à cette date et l'art. 3 dispose que, à l'avenir, le grade d'officier général (des maréchaux de France jusqu'aux maréchaux de camp) conférera la noblesse à ceux qui en seront revêtus. À l'inverse, les concessions particulières ne bénéficient qu'à ceux que le roi gratifie par des lettres d'anoblissement scellées du grand sceau et enregistrées (en parlement, à la chambre des comptes et à la cour des aides), moyennant le paiement d'une finance dont le montant, fixé par la chambre des comptes, est d'ailleurs souvent remis par le roi, contrairement à l'aumône, autre indemnité due par l'impétrant (et souvent employée pour des œuvres pieuses). La noblesse ainsi conférée peut être irrévocable, lorsque les lettres se fondent sur des services rendus à l'État, ou non. Dans ce cas, la révocation suppose que la finance versée soit remboursée.

66. — Voilà les seules manières d'acquérir la noblesse. La détention d'un fief, malgré l'avis de quelques-uns (A. Loisel), ne fait pas de celui qui en est investi un noble, précise l'ordonnance de Blois (1579), sauf s'il a été donné par le roi lui-même ou si celui-ci érige un fief au profit d'un roturier, parce que cette investiture ou cette érection peuvent être interprétées comme une concession tacite de la noblesse (Dumoulin, Pothier). Elle oblige cependant à payer au seigneur un droit de franc-fief (souvent 1 année des revenus du fief, payable régulièrement, tous les 15 ou 20 ans). Enfin, la noblesse implique des devoirs (*l'auxilium* et le *consilium* hérités de l'époque féodale) et doit être *maintenue* par des mariages avantageux, la recherche du service du roi mais aussi et surtout par l'abstention de toute activité mécanique, manuelle (sauf s'il s'agit d'exploiter son propre domaine : forges et mines) ou commerciale. À défaut, elle se perd par dérogance (en cas de condamnation à une peine infamante aussi, mais seul le condamné perd sa noblesse). Les dérogances se font cependant plus rares à la fin de l'Ancien régime, afin de permettre aux nobles de prendre part aux nouvelles activités commerciales. Une ordonnance de 1620 les autorise à exercer le commerce maritime sans déroger et les édits de 1684 autorisent tout intéressé à prendre part aux compagnies qui se mettent en place dans le cadre de l'exploitation des colonies sans perdre ses priviléges.

II. Les distinctions liées aux critères physiques

67. — Deux critères physiques servent à distribuer les individus dans des statuts juridiques différents : le sexe et l'âge.

A. Le sexe

68. — Le sexe distingue l'homme de la femme et rend le premier capable en principe de tous les engagements et de toutes les fonctions. Au contraire, la femme est incapable «par la seule raison du sexe de plusieurs sortes d'engagemens et de fonctions» (Domat). Elle ne peut exercer une magistrature (tout office public, en raison de la «pudeur du sexe» qui,

explique Pothier, l'oblige à vivre retirer dans sa maison et ne lui permet pas « de se produire au-dehors »), être avocat, témoin dans un testament, tutrice (sauf la mère du mineur ou son aïeule). L'incapacité de la femme est encore renforcée par son mariage, qui la contraint, pour s'obliger valablement, à être autorisée par son mari (*infra*). Il faut toutefois tenir compte du poids des apparences : celui qui a emprunté à une femme capable, qui ensuite se marie, se libère valablement de son obligation en lui rendant la chose (et non à son mari), s'il a une « juste ignorance » de ce changement d'état (Pothier).

69. — Mais comment faire la preuve de son sexe ? Dans les procès en sorcellerie et bigamie jugés par l'Inquisition, l'identité sexuelle pouvait être établie, outre l'examen médical, par les témoignages des proches ou des indices extérieurs : la profession, le fait d'être marié, le choix des activités et des fréquentations, le comportement (ce qui révèle, au fond, une confusion entre le sexe biologique, le genre et l'orientation sexuelle). Nos anciens juristes, de leur côté, participent au phénomène de démythification et dédiabolisation qui touche depuis le XVI^e s. l'hermaphrodisme, qu'ils considèrent donc comme le simple résultat du hasard (Cl.-J. de Ferrière). Ils ne suivent pas pour autant les enseignements d'A. Paré, qui distinguait d'un côté l'hermaphrodite homme, l'hermaphrodite femme et l'hermaphrodite qui n'est « ny l'un ny l'autre » parce qu'il n'est pourvu d'aucun organe sexuel, et d'un autre côté les hermaphrodites « masles et femelles » qui ont les deux sexes dans une conformation parfaite (*Les œuvres d'A. Paré*, Lyon, 1664, p. 654.), et qui tendaient ainsi à dépasser la binarité sexuelle affirmée depuis Rome. Ils affirment au contraire que les véritables hermaphrodites n'existent pas. Une telle affirmation, qui se renforce au XVIII^e s., leur permet de classer chaque individu dans la catégorie des hommes ou celle des femmes après avoir constaté le sexe qui prédomine en lui (même si la déclaration royale du 9 avril 1736 n'impose pas la mention du sexe sur les registres paroissiaux). C'est à ce sexe que l'individu devra se tenir. Par exemple, celui en qui le sexe masculin domine aura beau se vêtir comme une femme, la justice pourra lui enjoindre de porter l'habit d'homme et, s'il résiste, le punir. La justice d'ailleurs s'en remet le plus souvent à l'expertise médicale (expertise dont l'importance grandit également dans d'autres systèmes juridiques européens au même moment, au point par exemple que l'*Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794, qui autorise l'hermaphrodite à l'âge de 18 ans à choisir son sexe, précise cependant que si la détermination du sexe conditionne les droits d'un tiers, ce dernier peut réclamer un examen médical dont les conclusions s'imposeront alors à tous, § 19 à 23), sauf lorsque le résultat est indécis, comme le montrent les exemples rapportés par Merlin dans son *Répertoire* ou quelques arrêts du Parlement de Toulouse (J. Albert, *Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse*, 1781, p. 236).

B. L'âge

70. — Les idées de Grotius (acquisition progressive de la capacité juridique), qui consistait à distinguer trois états (lequel l'enfant manque totalement de discernement et doit être soumis au pouvoir de direction de ses géniteurs, puis il est capable de jugement mais fait partie toujours de la famille paternelle et reste donc dépendant de leur volonté pour les affaires les plus importantes, enfin il se sépare de sa famille paternelle et devient maître de sa personne, malgré son devoir de respect) sont restées sans influence. Notre ancien droit ne connaît que des majeurs ou des mineurs. Aux premiers il accorde une pleine capacité juridique, sauf l'organisation d'une curatelle pour des raisons précises. À l'égard des sourds,

muets, fous, interdits ou prodiges le juge, sur la réquisition de l'un des parents proches peut, après avoir constaté la folie ou prodigalité et pris l'avis de la famille, interdire au majeur l'administration de ses biens et lui nommer un curateur. Ces curatelles sont, en pays coutumiers, datives et peuvent être déférées à tous ceux qui sont capables de tutelle dative, sauf excuse légitime. On remarquera que la doctrine (Pothier) ne distingue pas l'interdiction de la curatelle, comme le fera le Code civil : tous sont pourvus d'un curateur. Mais, selon les cas, l'interdiction n'a pas la même étendue. La folie donne au curateur des pouvoirs et obligations aussi bien à l'égard de la personne que des biens (vis-à-vis desquels les pouvoirs du curateur sont à peu près ceux d'un tuteur) de l'interdit, qui peut être placé par lui en pension « dans telle maison honnête qu'il jugera à propos ». Si l'interdit a perdu la raison au point de ne pouvoir sans danger être laissé en liberté, le curateur doit solliciter le juge pour qu'il ordonne son enfermement dans une maison de force. Au contraire, le prodigue n'est interdit que quant à la gestion de ses biens. Il peut donc gouverner sa personne.

1. Minorité/majorité

71. — Le droit coutumier médiéval connaît la notion de majorité, qui intervient à un âge variable selon les coutumes, le sexe et la qualité (noble/roturier), mais ne lui donne en principe (sauf l'ancien coutumier de Champagne du XIII^e s. qui range l'âge parmi les causes qui mettent l'enfant hors la puissance paternelle, à côté du mariage et de l'habitation séparée) aucun effet émancipateur : l'enfant acquiert la capacité civile mais reste soumis à la puissance paternelle. C'est seulement à partir de la rédaction officielle des coutumes au XVI^e s. que le principe de la majorité émancipatrice, le plus souvent fixée à 25 ans (20 ans en Normandie), s'affirme, en même temps que se généralise devant les juridictions la technique des lettres de restitution (rescision du contrat) fondées sur la minorité, au profit de celui qui n'a pas encore vingt-cinq ans. À propos de la coutume d'Orléans, Pothier explique ainsi que « les personnes majeures de 25 ans » sont « parfaitement usantes de leurs droits » (sauf interdiction pour cause de démence ou prodigalité et sauf mariage, dans le cas de la femme). Même si toutes les coutumes n'admettent pas ce mécanisme (celle de Bourgogne exige l'habitation séparée d'avec les parents), Bourjon fait de la majorité à vingt-cinq ans une règle du *droit commun* de la France.

72. — Tant qu'il n'a pas atteint l'âge prévu (là où la majorité émancipatrice existe) ou n'a pas été émancipé, le mineur n'a pas la pleine capacité juridique. Le « sous-âgé n'a ni voix ni répons à court » (Loisel). Il ne peut, seul, ester en justice ni disposer librement de ses biens. Mais, entre les deux extrêmes que sont la minorité et la majorité, existent différents états intermédiaires dans lesquels le mineur gagne en autonomie. Ayant atteint l'âge de raison, par exemple, il peut consentir à ses fiançailles (même si ce consentement doit être réitéré au moment de leur célébration). Dans les pays de coutumes, la « venue en âge » qui, selon la qualité de la personne, se réalise à partir de vingt-et-un ans pour les nobles (quinze ans pour les filles), parce que c'est à cet âge qu'ils sont censés pouvoir manier les armes, et plus précocement pour les roturiers (quatorze ans, sauf s'agissant de leurs fiefs : on leur applique alors l'âge de vingt-et-un ans), lui confère quelques droits. Mais l'évolution ne leur est pas favorable. Si, pendant le moyen âge, les roturiers dès l'âge de quatorze ans pouvaient ester en jugement et contracter valablement (« l'âge parfait était à quatorze ans, par l'Ancienne coutume de France », Loisel, § 52), la rédaction officielle des coutumes au XVI^e s. est l'occasion de restreindre cette capacité. Celles d'Anjou ou du Bourbonnais limitent la capacité de

contracter dès l'âge de quatorze ans aux seuls biens meubles et exigent, pour les immeubles, l'âge de vingt ans. D'autres, plus contraignantes (Auvergne), leur interdisent de disposer, même par contrat de mariage, de leurs immeubles avant l'âge de vingt-cinq ans. La durée de la puissance paternelle tend donc à s'allonger. Quant aux pays de droit écrit, ils donnent au père une puissance paternelle viagère, qui ne prend fin qu'à sa mort, et ignorent toute idée de majorité émancipatrice. Le fils de famille ne peut donc pas tester, même avec l'accord de son père, sauf sur les biens qui composent ses pécules castrenses ou quasi-castrenses. En revanche, le codicille rédigé par un fils de famille produit ses effets s'il décède *sui iuris* et, dans les provinces qui admettent cette technique, le fils de famille peut, avec le consentement de son père, donner valablement à cause de mort à qui il veut (y compris à son père, qui peut ainsi acquérir ses biens adventices).

2. *Les atténuations à l'incapacité du mineur*

73. — L'éémancipation volontaire, parce qu'elle résulte de la volonté du père, mérite d'être étudiée avec les effets de la puissance paternelle. À côté d'elle, il existe des cas dans lesquels les actes accomplis par le mineur sont validés. En premier lieu, l'exercice d'une profession ou la détention d'un office peut influer sur la capacité du mineur. Ainsi le mineur marchand (qu'il ne faut pas confondre avec celui qui a été préposé par son père à un négocie) s'engage-t-il valablement par tous les actes qui concernent son négocie, sans pouvoir être restitué pour cause de minorité. Cette solution conforme à l'intérêt du commerce, admise par la plupart des auteurs, par certaines coutumes (Berry) et par les parlements (Toulouse, 27 juin 1626, cité par Brillon), est consacrée par l'ordonnance sur le commerce de 1673 qui répute majeur tout « commerçant ou négociant en gros ou en détail » (possession d'état de marchand). On juge même que ce qu'il acquiert par son négocie *à part* ne profite pas au père (arrêt du parlement des Flandres). Encore faut-il qu'il ait agi *ès* qualité à l'occasion de son négocie (même si un simple lien de connexité entre l'acte et l'activité commerciale suffit : le mineur ne peut être restitué contre une vente dont le produit est *destiné* à soutenir cette activité).

74. — De même, parce que la détention d'un office suppose la majorité chez son titulaire, le mineur officier ne peut être restitué contre les actes qu'il passe dans l'exercice de sa charge (à quoi il faut ajouter qu'un arrêt du Châtelet de Paris du 3 février 1595 refuse d'entériner les lettres de restitution présentées par un mineur prêtre). S'il s'agit, au fond, de protéger ceux qui ont affaire à lui, la capacité ainsi reconnue au mineur couvre non seulement les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions mais aussi les autres (contrairement au cas du mineur marchand). Mais la solution n'est pas admise partout et la liste des fonctions censées émanciper ne peut pas être établie avec une grande certitude. À Paris, aux charges de gouverneur ou conseiller d'État, Cl.-J. de Ferrière ajoute celle de conseiller (au parlement) ou la dignité de docteur en droit (tandis qu'un arrêt du parl. de Paris, en 1633, refuse de restituer un recteur de l'université de Poitiers contre un prêt contracté par lui). Plus largement, les *Arrêtés* de Lamoignon souhaitaient émanciper tous les mineurs de vingt-cinq ans reçus «en quelque charge ayant fonction publique». Commentant la coutume de Lille, Patou enseigne de manière aussi libérale que toute «condition honorable», dans la robe, l'épée ou l'Eglise, à laquelle sont attachées des fonctions publiques place le mineur hors la puissance paternelle. Dans les pays de droit écrit au contraire, où la puissance paternelle est plus forte, il est plus rare que l'accès à une fonction publique émancipe (dans ceux qui relèvent du parlement de Paris, seules les plus hautes dignités de la magistrature). Quant

aux fonctions de notaire ou sergent, les avis sont partagés. Certains pensent qu'elles émanent (Buridan), d'autres non (Patou). Tout dépend des auteurs, des coutumes (quand elles tranchent la question) ou des arrêts, s'il en existe (le parlement de Paris, le 22 déc. 1574, refuse ainsi la restitution en entier fondée sur la minorité à un notaire royal).

75. — En second lieu, les actes accomplis par le fils de famille sont, dans les pays de droit écrit qui s'inspirent du droit romain, valables lorsqu'ils concernent son pécule, qu'il s'agisse du pécule *castrense*, qui comprend les meubles donnés à celui qui va ou qui est à la guerre et les biens acquis par le service aux armées, ou du pécule *quasi-castrense*, qui comprend les biens acquis dans l'exercice de certaines professions publiques, dont la liste n'est d'ailleurs pas arrêtée de manière fixe (à Toulouse, ce privilège est étendu par exemple aux conseillers et juges, greffiers des cours supérieures, procureurs au Parlement mais pas aux chirurgiens ni aux greffiers), auxquels sont assimilés les biens maternels abandonnés au fils par le père. Ces pécules appartiennent complètement au fils, qui peut en disposer librement alors qu'il ne peut disposer des biens qui lui ont été confiés par son père (et de tous les gains réalisés à partir de la gestion de ces biens) et qui constituent son pécule *profectice* qu'au décès de ce dernier même si, conformément à la solution romaine, le fils qui, croyant son père vivant, a acquis un fonds grâce à ce pécule, en prescrit la propriété (s'il l'a acheté *a non domino*) parce qu'il est censé avoir cru acquérir pour lui ce qu'il croyait acquérir pour son père (Pothier).

Enfin, et plus généralement, l'apparence trompeuse suscitée par le fils pourra lui être reprochée à l'effet de permettre à ses créanciers d'agir en paiement contre lui. Ainsi ne peut-il opposer l'exception fondée sur le sénatus-consulte macédonien (qui permet au fils de famille d'échapper à l'obligation de rembourser le prêt contracté) s'il passait aux yeux de tous pour capable au moment où il a emprunté.

3. *Tutelle et garde*

76. — Le mineur, qui vit en principe sous l'autorité de son père (quand il est né dans le mariage), peut être placé sous tutelle ou en garde.

a. La tutelle

77. — L'époque moderne consacre l'évolution commencée dès les XIII-XIV^e s. et conçoit la tutelle comme une charge publique organisée dans l'intérêt du mineur et qui, sauf excuses légitimes, ne peut être refusée. Quelques principes la régissent. Premièrement, *toutes tutelles sont datives*: la tutelle légitime (sauf à considérer, comme le fait Pothier, que la garde et le bail des mineurs sont des «espèces de tutelle légitime»), comme la tutelle testamentaire (même si le juge peut choisir d'investir celui que le parent décédé a désigné) ont disparu, y compris en pays de droit écrit (où la doctrine, par exemple Cl. Serres, résiste malgré tout et, conformément au droit romain, continue de qualifier *légitime* la tutelle des père et mère). Le tuteur doit être choisi par le conseil de famille (cinq des «proches parents», dit par exemple l'art. 183 de la coutume d'Orléans) parmi les parents qui se montrent les plus *idoines* («en état de gouverner la personne et les biens du mineur», écrit Pothier), *capables* et *suffisants* (disposant d'une fortune leur permettant de répondre de leur gestion) et investi par le juge. Mais l'on sait que, à la fin du XVII^e s., Domat reprochait justement aux conseils de famille de déférer la tutelle non pas au parent le plus proche, mais à un parent plus éloigné, donc peu affectionné. Deuxièmement, la tutelle est le droit de «gouverner la personne des

mineurs et d'administrer leurs biens» (Pothier). Les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur imitent partiellement ceux du père: il dirige son éducation, consent à son mariage mais, «dans les choses de grande importance», son action est soumise à «l'inspection de la famille» (Pothier). Ainsi ne peut-il pas, sans jugement et avis de la famille, faire enfermer l'enfant. S'agissant des biens, le tuteur représente le mineur (il ne se contente pas, comme à Rome, d'apporter son *auctoritas*), administre sa fortune mais ne peut aliéner seul les immeubles: il a besoin de l'avis du conseil des parents et de la constatation, par le juge, de la nécessité de l'acte.

Troisièmement, le mineur dispose de garanties: rédaction d'un inventaire, procédure de reddition des comptes de tutelle, hypothèque tacite sur les biens du tuteur (qui remplace les anciens gages et cautions), désignation en pays de coutumes d'un subrogé tuteur chargé de veiller à la rédaction loyale de l'inventaire, de régler les conflits d'intérêts qui peuvent s'élever entre le tuteur et le mineur et de dénoncer au conseil de famille les éventuelles malversations. Enfin, la responsabilité du tuteur peut être engagée s'il outrepasse ses pouvoirs. Pour expliquer ces obligations, certains analysent le rapport du tuteur à son pupille sous l'angle du quasi-contrat (Pothier): l'acceptation de la tutelle forme un quasi-contrat par lequel le tuteur s'engage à rendre compte de son administration et le mineur à l'indemniser des avances qu'il a pu consentir.

b. Les gardes

78. — Prise dans son sens général, la *garde* est le droit que la coutume donne au survivant des père et mère ou, à défaut, aux descendants de «gouverner avec autorité les personnes des enfants mineurs» ainsi que les biens qui leur sont échus par l'effet de la succession du parent précédent (Pothier, qui compare la garde à une tutelle légitime). Plus précisément, il existe à l'époque moderne deux types de garde: noble et bourgeoise. La première est la survivance de l'ancien bail des fiefs. Mais alors que le droit médiéval accordait ce bail à l'héritier présomptif du fief, même en ligne collatérale, à condition qu'il soit capable des services qu'implique sa détention, la plupart des coutumes du XVI^e s. restreignent la garde aux seuls descendants, voire aux père et mère (la dimension militaire du bail s'étant considérablement réduite). La seconde n'existe, comme privilège accordé aux habitants de la ville (d'où son nom) qu'à Paris et quelques grandes villes (Orléans). La garde roturière, organisée à l'origine lorsque le mineur n'avait pas de biens nobles mais qui a fini par s'appliquer, indépendamment de la qualité des biens, dès lors qu'il s'agissait d'un roturier, n'existe plus.

79. — Quelques règles sont spécifiques à tel ou tel type de garde. À Paris, la coutume alourdit ainsi les obligations du gardien bourgeois en l'obligeant à donner bonne et suffisante caution alors que le gardien noble en est dispensé et elle fait durer plus longtemps la garde noble, qu'elle attribue y compris aux aïeux alors que la garde bourgeoise n'est confiée qu'au survivant des père et mère. À Orléans, la garde noble s'accompagne en principe d'un émolument particulier: le droit de garde noble. Mais le plus souvent les règles sont identiques. La garde est déférée par la coutume (elle n'est jamais dative: «les baillies et gardes sont coutumières», disait Loisel). Elle doit être acceptée en jugement (sauf à Orléans, où le parent survivant est saisi de plein droit), après inventaire des biens du mineur. Tous les gardiens ont également l'administration de ses meubles (les coutumes qui accordent la propriété des meubles au gardien sont de plus en plus critiquées, surtout à partir de la fin du XVII^e s., parce que l'évolution économique fait désormais que les meubles sont parfois

d'une assez grande valeur et forment une part importante du patrimoine) et la jouissance de ses immeubles, du moins ceux dont il est propriétaire au moment de l'ouverture de la garde (à l'exclusion donc de ceux qui lui viendraient ensuite par succession, même en ligne directe, ou par donation). Ils perçoivent les fruits des immeubles à la charge de les entretenir, de nourrir et entretenir le mineur conformément à son rang et à sa qualité et de payer ses dettes personnelles et mobilières (du moins celles qui sont dues à raison des biens sujets à la garde). Mais cette garde ne concerne que les biens, non la personne du mineur. En outre, le gardien n'est pas tuteur et ne peut donc intenter pour le mineur des actions réelles ou personnelles en justice (mais si la qualité de gardien est différente de celle de tuteur, elles ne sont pas incompatibles et peuvent se retrouver sur une même tête, art. 271 de la nouvelle coutume de Paris). Surtout, contrairement à la puissance paternelle, elle prend fin soit par le remariage du gardien (la garde noble s'éteint et ne passe pas à l'aïeul, règle que les *Arrêtés de Lamoignon* proposent de généraliser à toutes les coutumes), soit parce que le mineur a atteint l'âge de quinze ans accomplis (fille) ou vingt ans accomplis (garçon) pour la garde noble, ou l'âge de douze ans accomplis (fille) ou quatorze ans accomplis (garçon) pour la garde bourgeoise. À l'issue, le gardien doit restituer les biens, dont il n'avait que l'administration (ce qui interdit leur vente). En cas d'impossibilité, il est tenu d'en payer l'estimation, à titre d'indemnité (calculée à partir de l'inventaire initial). En échange, il conserve à son profit les droits seigneuriaux dus à raison des fiefs dont il a pu avoir la garde.

III. La réapparition de l'esclavage

80. — Dans le royaume de France en effet, «toutes personnes sont franches» (Loisel). Déjà Louis X, dans une ordonnance du 3 juillet 1315, en avait fait la règle, s'appuyant à la fois sur le droit naturel («comme selon le droit de nature, chacun doit naître franc») et sur l'étymologie du mot Francs («considérants que notre royaume est dit et nommé le royaume des francs»). Mais cette franchise n'empêche pas l'existence du servage, les serfs n'étant pas considérés comme des esclaves. Le servage médiéval, résultat d'une longue évolution qui s'accélère avec l'avènement de la féodalité et s'achève au XIII^e s., se perpétue d'ailleurs de manière exceptionnelle. Dès le XIV^e s., le roi, dans son domaine, procède à des affranchissements massifs, si bien que le servage ne subsiste que dans l'Est et le Centre (Bourgogne, Nivernais, Auvergne, Champagne, Lorraine). Au XVI^e s., seule une vingtaine de coutumes (dans l'Est et le Centre) évoque la mainmorte (forme aggravée de servage) tandis qu'une quarantaine contient des dispositions frappant certains individus d'infériorités ou incapacités et que la France méridionale, de son côté, connaît très généralement la liberté. Ce lent déclin du servage à l'époque moderne trouve dans l'édit du 8 août 1779 son point d'aboutissement. Le roi supprime toute servitude personnelle sur ses terres ainsi que le droit de suite, prévoit le rachat des servitudes réelles mais, contraint au respect de leurs droits, il ne peut qu'inviter les seigneurs à suivre, dans leurs domaines, son exemple.

Là où le servage subsiste, le serf n'est pas une chose. Il peut se marier même si, en cas de formariage (entre un libre et une serve par exemple), les solutions divergent: dans certaines provinces, on applique la règle romaine, reprise dans les Décrétales (l'enfant suit toujours la condition de la mère); dans d'autres (Bourbonnais, Nivernais), on dit que le «pire emporte le bon»: l'enfant, qui suit la condition la moins bonne, est toujours serf. Dans la mesure où il représente un enjeu économique pour le seigneur, est-il considéré comme une chose? À cette question, qui semble avoir été débattue en Bourgogne (où s'applique la

mainmorte), l'ancien droit répond par la négative : même les enfants bâtards exposés par des serfs et trouvés sur les terres d'un seigneur justicier ne doivent pas être mis au rang des *épaves*, car les serfs « ont un état civil, sont citoyens ; ils ne sont pas *in dominio* du seigneur auquel ils appartiennent », écrit Pothier.

81. — Mais si le servage décline, l'esclavage ressurgit au XVII^e s. dans les colonies, à la faveur de la traite des Noirs pratiquée par les armateurs des ports de l'Atlantique dès le début du siècle et encouragée par Colbert, qui accorde des monopoles aux compagnies à charte qui s'en chargent. Des hommes sont capturés en Afrique et conduits aux Antilles ou en Amérique (sauf les possessions situées au Canada) pour y travailler comme esclaves. En Louisiane ou dans les zones tropicales (Caraïbes, Océan indien), le système esclavagiste devient même le fondement de l'exploitation coloniale, au point que le pouvoir royal ne tarde pas à intervenir. En mars 1685, Louis XIV fait rédiger le *Code noir* (que le parlement de Paris n'enregistre pas), édit relatif à la *police des esclaves* applicable aux Antilles, dont le but est moins de mettre en forme juridique un statut exhaustif de l'esclave que de « maintenir la discipline de l'Église catholique » (l'art. 1 vise d'ailleurs les Juifs, dont l'expulsion des îles est ordonnée à nouveau) et de « régler ce qui concerne l'état et la qualité des esclaves » des îles. Deux édits similaires suivront, en 1723 pour l'île Bourbon et l'île de France et en 1724 pour la Louisiane. En dehors de celles qui relèvent de préoccupations d'ordre public (défense faite à l'esclave de porter des armes offensives, de s'attrouper ou de vendre des cannes de sucre), les dispositions du *Code noir* s'ordonnent autour de deux idées, qui rappellent la manière dont les Romains pensaient le rapport entre *res* et *persona* : l'esclave est un homme mais il est soumis au droit de propriété d'autrui de sorte que, en tant que valeur ou objet de certains rapports juridiques, il peut être appréhendé aussi comme une bien. La législation royale qualifie donc l'esclave de bien meuble tout en reconnaissant par ailleurs son humanité (bien que l'on puisse douter de l'effectivité des dispositions qui en découlent et qui, compte tenu du contexte, peuvent paraître naïves). Elle ne cherche pas à définir son essence : l'esclave est un homme frappé d'une incapacité générale de jouissance et il n'appartient pas au Droit d'en *dire la cause*.

A. L'esclave reste un homme

82. — En tant qu'homme, l'esclave doit être instruit et baptisé dans la religion catholique. Son maître (fût-il protestant) ne saurait l'empêcher d'exercer ce culte ni le faire travailler le dimanche et a l'obligation de l'inhumer « en terre sainte, dans les cimetières destinés à cet effet ». Il peut se marier, dans le respect des solennités prévues par l'ordonnance de Blois et la déclaration de 1639 (mais, pour Pothier, ce mariage doit être destitué de tout effet civil, *Tr. du cont. de mariage*, n° 10). Il est néanmoins traité comme un mineur. Si son consentement est indispensable (l'édit défend d'ailleurs aux maîtres « d'user d'aucunes contraintes sur leurs esclaves pour les marier contre leur gré »), il ne suffit pas. Le consentement du maître est nécessaire. Les enfants qui naissent de ces mariages appartiennent toujours au maître de la mère. Pour protéger la cellule familiale, l'édit interdit de saisir ou vendre séparément le couple et ses enfants impubères. Comme les juristes romains, l'édit rechigne à voir en eux des fruits d'une chose frugifère (mais Pothier, étudiant l'acquisition des fruits par accession, n'hésite pas à régler l'acquisition de l'enfant de l'esclave sur celle du petit d'un animal : « dans nos colonies de l'Amérique, c'est aussi au propriétaire de la

négresse, à qui appartiennent les enfants qui en naissent», *Tr. du dom.*, n° 152). Celui qui a l'usufruit d'une exploitation ne peut conserver comme fruits à son profit les enfants nés des esclaves pendant son usufruit (art. 54). Effet pervers : en contrepartie, l'usufruitier n'est pas tenu de payer l'estimation des esclaves morts, ce qui l'incite à une surexplotation de la main d'œuvre servile.

En tant qu'il est un homme, l'esclave bénéficie également d'une obligation d'entretien (une certaine quantité d'aliments, pour les esclaves de plus de 10 ans, et de toile pour vêtements) dont le maître ne saurait se décharger en lui permettant de travailler un jour de la semaine pour son compte. Devenu infirme ou malade, il doit être nourri et entretenu par son maître. Délaissez par son maître ou soumis à des « crimes et traitements barbares et inhumains », il peut se plaindre et transmettre au Procureur général un mémoire au vu duquel le maître peut être poursuivi (ce qui est autant un moyen pour lui de faire valoir *ses droits* que pour les autorités publiques de connaître et contrôler l'action des maîtres). Enfin, s'il est soumis à la puissance domestique, son humanité conduit à poser quelques bornes à la volonté du maître. S'il estime que son esclave le mérite (!), celui-ci peut le faire enchaîner et battre, mais pas le soumettre à la torture ni le mutiler, sous peine de confiscation et de poursuite. S'il le tue, il est poursuivi et puni « selon l'atrocité des circonstances », sauf absolution (qui ne nécessite pas de lettres de grâce).

B. L'esclave n'est pas une personne

83. — Parce que l'esclave n'a pas la personnalité juridique, son mariage ne devrait emporter aucun effet juridique. Mais si un maître (ou un homme libre) épouse l'une de ses esclaves en observant les solennités requises pour la célébration du mariage, celle-ci s'en trouve affranchie, et les enfants nés de ce mariage sont « rendus libres et légitimes ». À défaut de mariage, la relation de l'esclave à l'homme libre (son maître ou un tiers) n'est qu'un concubinage soumis à l'amende lorsque des enfants en naissent (et à la confiscation de l'esclave en cas de relations avec le maître). Quant aux mariages mixtes (entre esclaves), ils sont possibles, et les enfants qui en naissent suivent la condition de la mère, la règle ancienne *le pire emporte le bon* (qui faisait nécessairement des enfants des esclaves) étant écartée.

Privé de personnalité juridique, l'esclave ne peut être pourvu d'un office ou d'une fonction publique. Il n'a pas non plus qualité pour être partie à un procès (son témoignage a simplement valeur de « mémoire », mais le juge ne peut en tirer aucune présomption), sauf à être poursuivi pénalement pour ses crimes (l'esclave qui a frappé son maître ou l'époux de son maître est puni de mort), selon d'ailleurs la même procédure que celle qui s'applique aux libres. S'il est condamné à mort, l'édit prévoit d'indemniser le maître de sa valeur estimée. Il ne peut être propriétaire. Tout ce qu'il a ou lui advient est acquis à son maître. Dépourvu de patrimoine, il n'a pas d'héritier et ne peut pas non plus disposer entre vifs. Le maître peut néanmoins l'employer à un négoce ou lui donner commandement d'agir. Dans ces cas, le maître est tenu de tout ce que l'esclave a pu accomplir. À défaut, le maître n'est tenu à rien, ni l'esclave non plus, sauf s'il lui a constitué un pécule : il doit alors répondre dans la limite de son enrichissement et, s'il ne s'est pas enrichi, c'est le pécule qui répond de la dette (après que le maître en aura déduit par préférence tout ce qui lui est dû, sauf si le pécule consiste dans des marchandises dont l'esclave a été autorisé à faire négoce à part). Sauf s'il est complice des méfaits de l'esclave, le maître échappe à la répression pénale. Mais comme maître, il peut être tenu des dommages causés aux tiers par son esclave : comme

le *dominus* romain, il doit indemniser la victime, s'il ne préfère lui abandonner l'esclave (abandon noxal).

Pour le reste, l'esclave est considéré comme un bien, plus spécialement un bien meuble. Il fait partie de la communauté (si son maître est marié), il se partage également entre les héritiers, n'est pas sujet à l'aînesse ni au douaire coutumier ou aux différents retraits.... Mais il peut être réputé immeuble par la volonté du maître, par exemple par une clause de réalisation. Surtout, l'art. 48 introduit une exception : l'esclave de culture en âge de travailler (celui qui travaille dans les sucreries par exemple) ne peut être saisi indépendamment du fonds ; réciproquement, la saisie du fonds ne peut exclure les esclaves qui y travaillent.

84. — Seul l'affranchissement, qui est pour l'esclave un acte de naissance, fait de lui une personne aux yeux du droit (même si, comme l'affranchi romain tenu de l'*obsequium*, l'esclave affranchi doit un « respect singulier » à son ancien maître et à sa famille, qui n'implique pas à sa charge des services financiers). Il peut se réaliser tacitement (lorsque l'esclave est institué légataire universel ou exécuteur testamentaire de son maître ou tuteur des enfants de ce dernier, puisque ces tâches ne peuvent être accomplies que par un libre) ou expressément. Par faveur à la liberté, le maître est autorisé dès l'âge de vingt ans à affranchir par acte entre vifs ou à cause de mort, sans qu'il doive motiver sa décision ou recueillir l'avis de ses parents.

85. — Pour compléter cette réglementation, deux déclarations royales de 1716 et 1738 dénièrent toute liberté aux esclaves débarqués sur le sol métropolitain par leurs maîtres, lorsqu'ils ont pris les précautions indiquées par ces textes, alors par « la force de la Coutume générale qui ne souffre en aucune manière l'esclavage » (Serres), les esclaves étrangers qui s'établissent en France obtiennent leur liberté (l'air de la ville rend libre, disait-on au Moyen Âge) s'ils s'y font baptiser (Loisel, I, VI, 24). Les édits de 1723 et 1724 se montrent, sur certains points, plus restrictifs que le *Code noir*. Ils interdisent les mariages entre les sujets « blancs » et les « noirs », qu'ils soient esclaves ou affranchis, et frappent ces derniers d'une incapacité de recevoir des libéralités entre vifs ou à cause de mort. Autant que le statut juridique (esclave), c'est désormais la couleur de la peau, censée manifester l'appartenance à une race, qui détermine en partie la capacité juridique. La liberté d'affranchir est, quant à elle, davantage encadrée à partir de 1713. Elle doit se fonder sur des motifs légitimes que le Gouverneur et l'Intendant examinent (afin d'éviter que les maîtres ne monnaient les affranchisements et incitent les esclaves à se procurer illégalement l'argent nécessaire). L'âge requis pour affranchir passe de vingt à vingt-cinq ans. D'une manière générale, la monarchie paraît désormais plutôt hostile aux affranchisements par testament. Enfin, à la veille de la Révolution, une déclaration du 15 octobre 1786 aggrave la sanction encourue par le maître (amende et interdiction de posséder des esclaves) en cas de mauvais traitement.

86. — Ce retour de l'esclavage n'a pas choqué les juristes de l'époque alors pourtant que, depuis le XVII^e s. les thèses de l'École du droit naturel moderne avaient mis l'accent sur la liberté naturelle propre à chaque homme en tant qu'homme. Mais si J. Domat en déduit (autant d'ailleurs du stoïcisme romain que du christianisme) que « tous les hommes sont égaux par leur nature, c'est-à-dire par l'humanité qui fait leur essence », il ne conteste pas que le droit positif puisse déroger ici à la nature. Une certaine amertume est cependant perceptible dans le *Répertoire de Guyot* (v° occupation), à la veille de la Révolution : alors que les Anciens pensaient pouvoir acquérir par occupation la « propriété des hommes... les nations modernes de l'Europe ont mieux connu les droits et la dignité de l'homme ; elles

savent enfin que l'homme ne peut pas devenir la propriété d'un autre homme» mais, le sachant, «elles vont acheter les hommes sur les côtes d'Afrique! et nous avons des codes pour régler cette espèce de propriété!», s'exclame l'auteur. Au même moment, une condamnation implicite de l'esclavage se rencontre chez le lyonnais Prost de Royer, acquis aux Lumières.

§ 2. Le règne du droit commun

87. — La structuration de la société en ordres juridiques distincts, si elle n'est pas mise en cause frontalement par la plupart des cahiers de doléances, est néanmoins pointée du doigt par certains. Celui du tiers état d'Aix-en-Provence affirme ainsi à propos du clergé qu'il ne doit plus «former un ordre dans l'État» et, s'agissant de la noblesse, précise que certaines communautés réclament son abolition tandis que toutes souhaitent (ce qui implique son maintien) qu'elle ne soit plus acquise à prix d'argent et que les droits seigneuriaux qui imposent une servitude personnelle (hommage à genoux, corvée, droit de bon vin, vendange, chasse, pêche, droits de bâtardeuse, banalité...), parce qu'ils sont «contraires au droit personnel» (faut-il voir une affirmation de la dignité de la personne?), soient supprimés purement et simplement. Les orateurs de la Constituante promeuvent également la mise en place d'un droit commun, condition nécessaire à l'existence même de la Nation, qui se définit précisément comme la somme des citoyens soumis à la même législature et au même droit (Siéyès). Mais si le principe même de l'égalité civile, proclamé par la *Déclaration des droits*, est contraire aux discriminations juridiques, elle en laisse subsister certaines, qui s'estompent avec le temps.

I. L'apport révolutionnaire

A. L'état civil laïcisé

88. — La volonté de séculariser la vie des citoyens se fait jour, à la Constituante, lors des débats sur le mariage, à l'occasion des rapports de Lanjuinais et Durand-Maillane, qui insistent sur la distinction du contrat et du sacrement et laissent à l'Église le soin de prévoir ses propres empêchements que la loi civile n'est pas obligée de consacrer. Mais ces projets suscitent à l'Assemblée l'opposition des ecclésiastiques et ne sont pas votés (la Constitution de 1791 affirmera quand même qu'elle ne considère le mariage que comme contrat). Quant au débat sur les actes d'état civil, il est ajourné en mai 1791 et reprend en novembre 1791. On demande au comité de législation de présenter un rapport, lu à l'Assemblée en février 1792, qui pose le principe de la sécularisation de tous les actes, y compris le mariage, au profit des municipalités. Certains s'y opposent, au motif qu'elle n'est pas conforme aux habitudes nationales ou qu'elle enlèverait au clergé constitutionnel l'une de ses fonctions. Mais la majorité se montre favorable, sans doute parce que la constitution des 3-13 septembre 1791 annonçait que «le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, les mariages et les décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes» (Tit. II, art. 7), dans le but d'identifier par différents critères (résidence, filiation, âge, statut, etc.) ceux qui sont citoyens français et citoyens actifs. La discussion s'engage pendant le printemps, mais aucun vote n'a lieu, même si la plupart des intervenants sont d'accord avec le député Adam pour dire que «dans un gouvernement où la Constitution

garantit à tout homme d'exercer le culte auquel il est attaché, il ne peut y avoir différentes manières de constater les naissances, les mariages et les décès» (*A.P.*, 19 juin 1792, t. 45, p. 379). C'est seulement après les événements du 10 août, au moment de se séparer, que la Législative vote la loi des 20-25 sept. 1792 qui détermine le mode de constatation de l'état civil des citoyens et opère sa sécularisation.

89. — Désormais, les municipalités, plus spécialement les officiers municipaux désignés à cette fin par le conseil général de la commune (organe délibérant), doivent recevoir et conserver «à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès». On remarquera que la loi parle seulement de «constatation». Peut-on en déduire que l'état de l'individu préexiste et n'est pas créé souverainement par le droit objectif? Peut-être. Mais les contemporains précisent souvent que l'homme ne naît pas pour lui seul ni même pour sa famille, mais pour l'État, qui constate sa naissance (*Merlin, v° état civil*). Les droits de cité, la capacité légale et les facultés requises pour participer aux «transactions sociales», tout ce qui fait l'état civil a sa *cause* et sa *constitution* dans le droit public, puisqu'il permet d'organiser l'État, écrit Proudhon. Dans cette logique, la loi du 6 fructidor an II interdit aux citoyens de porter un autre nom que celui qui est exprimé dans l'acte de naissance et fait du nom une institution de police. On remarquera cependant que le *Code civil*, en 1804, organise une procédure rigoureuse de rectification des actes de l'état civil, mais ne formule pas explicitement le principe de l'indisponibilité de l'état civil.

90. — S'agissant du sexe, le *Code civil* demande à l'officier d'état civil d'énoncer (et non plus de *vérifier*, comme le voulait le décret du 20 septembre 1792) le sexe de l'enfant, sans qu'il lui incombe de contrôler la véracité des déclarations faites par les parents (*Fenet, x*, p. 289). Dans une circulaire du 10 août 1816, le garde des Sceaux indique que, en cas d'erreur de la nature, il appartient aux familles de choisir le sexe qui «paraît leur convenir». Mais les guides publiés après 1804 incitent en général l'officier d'état civil à vérifier lui-même le sexe de l'enfant et la jurisprudence sanctionne le refus opposé par le père à la demande de vérification formulée par l'officier d'état civil. L'acte d'état civil, comme acte authentique, n'a pas pour fonction de *dire* le véritable sexe de l'enfant mais d'enregistrer la déclaration des parents et de lui donner foi, la question de la contradiction entre cette déclaration et la réalité physiologique devant être réglée par le juge.

B. Vers la fin des discriminations anciennes ?

91. — Avec la Révolution, les distinctions liées à l'existence des ordres (ecclésiastique, noble, roturier) sont abandonnées par l'effet des décrets votés par la Constituante entre les 4 et 11 août 1789. Grâce à l'abolition de l'ancien régime domanial, le servage disparaît définitivement, comme la mainmort. Les Protestants, qui bénéficiaient à nouveau depuis Louis XVI d'un état civil, sont admis désormais admis à tous les emplois publics, civils et militaires. Les Juifs, défendus à la Constituante par Mirabeau et l'abbé Grégoire, réclament à leur tour l'égalité (la suppression des taxes auxquelles ils sont soumis et des interdictions professionnelles qui le frappent). En conséquence, l'assemblée place les Juifs d'Alsace «sous la protection de la loi» (*A.P. ix*, p. 201). Mais si certains orateurs se montrent favorables à leur admission à tous les emplois publics (Robespierre, Duport), les députés issus des rangs du clergé parviennent à limiter cet avantage aux seuls Protestants. La question des Juifs est ensuite ajournée (24 déc. 1789). D'après un décret du 28 janvier 1790, ceux qui jouissaient

d'un statut particulier (plus protecteur, comme les Juifs *portugais, espagnols et avignonnais*) continuent cependant d'en bénéficier et sont considérés comme des citoyens actifs, s'ils satisfont aux conditions censitaires. En outre, les taxes auxquelles ils étaient assujettis sont le plus souvent supprimées et, finalement, il leur est demandé de prêter serment à la constitution dans la même forme que les autres citoyens. Ces questions sont, pour certaines, de nouveau abordées dans le préambule de la Constitution des 3-13 septembre 1791, qui «abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits». Il n'y a donc plus «ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres... ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décosations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions».

92. — *L'égalité de l'homme et de la femme?* À la veille de la révolution, Condorcet rejettait l'idée d'une différence ontologique des sexes, soulignant que tout est affaire d'éducation, tandis que les cahiers de doléances se contentent de réclamer la suppression des priviléges successoraux des mâles et l'exclusion des filles là où elle est pratiquée, ce que le droit révolutionnaire concèdera, de même qu'il accordera le droit à la femme d'être témoin dans les actes de l'état civil (L. 20 sept. 1792). Ici, le contexte politique ne doit pas être négligé. Certes, depuis la fin du XVIII^e s. se font entendre les précurseurs des mouvements féministes. En France, Olympe de Gouge publie en 1791 une *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* qui prône l'égalité des sexes et l'émancipation des femmes et l'année suivante une anglaise, Mary Wollstonecraft, publie sa *Vindication of the Rights of Woman* qui réclame pour les femmes une éducation semblable à celle des hommes. Mais le ralliement de la première aux Girondins lui vaudra la guillotine en 1793 et les clubs féminins sont interdits dès 1793. De même faut-il tenir compte du relatif infléchissement qui suit la chute de Robespierre et conduit au Code civil, dans lequel l'égalité de l'homme et de la femme (à cause de la puissance maritale et de l'organisation des rapports pécuniaires entre époux) est loin d'être parfaite. Si la femme est admise à la tutelle de ses enfants, le père décédé peut lui avoir désigné un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne peut accomplir aucun acte relatif à la tutelle (art. 391 CC). De même, à l'exception de la mère, les femmes sont exclues des conseils de famille.

93. — *La première abolition de l'esclavage.* Consciente de la contradiction qu'introduit le maintien de l'esclavage avec les principes de la *Déclaration des droits*, éclairée par les efforts de la *Société des Amis des Noirs* fondée en 1788 autour de Condorcet et de l'abbé Grégoire, qui souhaite limiter la traite et donner des droits aux gens de couleur nés libres, la Révolution supprime l'esclavage en deux temps, par un décret du 28 septembre 1791, pour la métropole, puis par un décret des 4 février-11 avril 1794 (16 plurième an II, adopté à l'unanimité), qui étend le champ d'application du premier. L'esclavage est cependant rétabli par le Consulat, pour satisfaire l'intérêt économique des planteurs, en 1802 dans les colonies. S'applique alors, de nouveau, les règles du *Code noir*.

C. Le maintien de certaines distinctions

94. — Le contexte politique conduit à repenser la question de la nationalité conjointement avec la question de la citoyenneté, ce qui investit la nationalité d'une dimension politique (qui s'exprime notamment à travers la prestation du serment civique). Le *ius*

soli est conservé, mais ne constitue pas le seul accès à la nationalité/citoyenneté. Le tit. 2, art. 2 de la Constitution des 3-13 septembre 1791 déclare citoyens français « ceux qui sont nés en France d'un père français ; ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le Royaume ; ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique ; enfin ceux qui, nés en pays étranger, et descendant, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêtent le serment civique ». À quoi l'art. 3 ajoute que ceux qui sont nés hors du territoire national de parents étrangers, mais qui résident en France, « deviennent citoyens français, après cinq ans de domicile continu dans le Royaume, mais à la condition en outre qu'ils aient acquis des immeubles situés sur le territoire national, « ou épousé une Française, ou formé un établissement d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique ». L'octroi de la nationalité est donc conditionné à des exigences propres à témoigner des liens (affectifs ou d'intérêts) que l'individu a noué avec la communauté nationale. Quant au pouvoir législatif, il peut, « pour des considérations importantes, donner à un étranger un acte de naturalisation, sans autres conditions que de fixer son domicile en France et d'y prêter le serment civique ». Le lien entre nationalité et citoyenneté est plus évident encore dans l'acte constitutionnel du 24 juin 1793, dont l'art. 4 est tout entier destiné non pas à exposer les critères de la nationalité, mais à définir le corps civique (ce qui conduit, dans la logique de l'époque, à exclure les femmes, parce qu'elles n'ont pas le droit de suffrage). C'est en effet au regard de la question de savoir qui peut être « admis à l'exercice des Droits de citoyen français » que l'art. 4 envisage plusieurs catégories : ceux qui sont nés en France, qui y ont leur domicile et sont âgés de vingt-et-un ans accomplis, mais aussi l'étranger, dès lors qu'il atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis et qu'il est domicilié en France depuis une année, qu'il y vit de son travail ou qu'il a acquis une propriété, épousé une Française, adopté un enfant ou nourrit un vieillard ; enfin, « tout étranger qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité ». Outre le critère de l'âge, commun à tous, la citoyenneté est donc d'abord fondée sur la naissance et la domiciliation en France (lu à la lumière de l'art. 5, qui énumère comme première cause de privation de l'exercice des droits de citoyen « la naturalisation en pays étranger », on peut déduire que l'art. 4 vise ici les nationaux) et, à défaut de naissance sur le territoire national, sur les intérêts que l'individu a pu nouer avec la communauté nationale ou sur les services qu'il lui a rendus, puisque le seul fait de la domiciliation ne suffit pas à octroyer à l'étranger le droit de suffrage.

95. — Dans la constitution de l'an III comme dans celle de l'an I, la qualité de Français tend à disparaître derrière la qualité de citoyen, parce que la question du suffrage est, pour les révolutionnaires, la plus importante de toutes. S'agissant de ceux qui sont nés sur le territoire national, elle ajoute aux conditions d'âge et de domicile le critère censitaire et l'inscription sur le registre civique de son canton (art. 8). S'agissant de celui qui n'est pas né sur le territoire (« l'étranger »), elle lui demande, après qu'il a atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis, de déclarer son « intention de se fixer en France ». Mais cet acte de volonté ne suffit pas : il faut, en outre, qu'il ait résidé pendant sept années consécutives sur le territoire national, qu'il y paie l'impôt et qu'il possède sur ce même territoire une propriété foncière ou un établissement d'agriculture ou de commerce, sauf s'il a épousé une « femme française ». Comme dans la constitution de l'an I, l'exercice des droits de citoyen se perd « par la naturalisation en pays étrangers » (art. 12). Enfin, l'étranger, qu'il soit établi ou non France, a le droit de succéder à ses parents français ou étrangers ; il peut acquérir des

biens situés en France et en disposer librement, y compris par testament. Si la Révolution est plutôt accueillante, elle ne consacre donc pas pour autant un *ius soli* inconditionnel : c'est sous la réserve que l'étranger ait fait preuve de certaines attaches, familiales (avoir épousé une Française) ou économiques, avec la communauté nationale qu'il acquiert le droit de suffrage. Sauf le critère censitaire, et sauf l'hypothèse du mariage, la constitution de l'an VIII s'inscrit ensuite dans le prolongement de celle de l'an III. À propos de ceux qui sont nés en France et qui y résident depuis au moins un an, elle impose le critère de l'âge (21 ans accomplis) et exige l'inscription sur le registre civique de l'arrondissement communal (art. 2), tandis que l'étranger devient citoyen français lorsque, après avoir atteint l'âge de vingt-et-un ans accomplis et avoir déclaré son intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives (art. 3).

96. — Le *Code civil* distingue les nationaux des étrangers. Il donne la nationalité française à l'individu né, en France ou à l'étranger, d'un père français. Il accepte que l'enfant né à l'étranger d'un citoyen français qui aurait abdiqué sa patrie puisse recouvrer la qualité de Français, par sa déclaration qu'il entend fixer son domicile en France. L'enfant né en France d'un parent étranger peut, dans l'année suivant sa majorité, réclamer la qualité de Français, sous la condition qu'il ait son domicile en France. Quant à la femme étrangère mariée à un Français, elle suit la condition de son mari. La naturalisation est possible. Le décret du 17 mars 1809, modifiant les solutions adoptées par la Révolution, renoue avec le principe des lettres de naturalité de l'Ancien Droit. La naturalisation doit donc être demandée, et l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Au sein de la catégorie des Français, d'autres distinctions sont à l'œuvre. Elles concernent aussi bien le mineur (la loi des 20-25 septembre 1792 fixant l'âge de la majorité à vingt-et-un ans accomplis, avant qu'il soit baissé à dix-huit ans en 1974) que certains majeurs, qu'il faut protéger aussi bien contre eux-mêmes que dans l'intérêt de leurs héritiers.

1. *Les incapables majeurs*

97. — Alors que le troisième projet Cambacérès supprimait l'interdiction pour cause de prodigalité (contraire à la liberté, elle n'est dictée que par l'intérêt de la famille) et ne maintenait que la démence, la fureur et l'imbécillité, au motif que les droits civils ne peuvent se perdre « qu'en perdant l'usage de la raison » (Fenet, I, p. 153), le *Code civil* organise en 1804 deux mesures de protection : l'interdiction judiciaire, en cas de démence privant totalement l'intéressé de ses facultés mentales, et la désignation d'un conseil judiciaire, en cas de prodigalité ou de simple affaiblissement des facultés mentales. Le projet de l'an IX, d'ailleurs, n'avait pas voulu faire de la prodigalité une cause spéciale d'incapacité. Difficile à établir (sauf à être absolument notoire), il ne voulait pas qu'elle soit invoquée par l'épouse (commune en biens, elle dispose pour se protéger de la séparation de biens) ni par les enfants, en raison du respect qu'ils doivent à leur père ni enfin par l'État et la société, qui ne sont en rien menacés, puisque ces dissipations ne diminuent pas la quantité de richesse nationale mais provoquent seulement des déplacements de valeurs d'un patrimoine à un autre (alors que l'avarice est plus pernicieuse, puisqu'elle retranche certaines valeurs de la circulation des richesses). Aussi le projet se contentait-il de permettre au juge, saisi d'une demande en interdiction pour l'une des causes prévues (démence, fureur), de ne pas la prononcer mais de soumettre l'action de l'intéressé à l'assistance d'un conseil. À quoi s'ajoute la possibilité pour l'intéressé de solliciter lui-même un « conseil volontaire », désigné par le juge et sans

lequel il ne pourra plus vendre ses immeubles ou les grever d'hypothèque si, à cause de ses faiblesses, il « craint de se trouver exposer à des surprises ».

98. — C'est à la demande de Maleville, Cambacérès et Portalis et contre l'avis de Berlier (le prodigue ne nuit pas plus à la société que l'avare) que l'idée s'introduit dans le débat (séance du 4 nov. 1802). Portalis emporte alors la conviction de ses collègues. Il leur explique que les indices de la prodigalité sont connus depuis les Romains et que les juges n'auront qu'à trancher. Il insiste, surtout, pour dire que c'est moins le fait même de la dissipation qu'il faut empêcher que les « vices », les « passions pernicieuses » qui en sont la cause et qu'il faut combattre par la désignation d'un conseil. Un troisième chapitre consacré à la prodigalité est ainsi ajouté au titre XI dans la version présentée au Conseil d'État le 12 mars 1803. Finalement, la tutelle du dément le place dans la situation rigoureuse d'un mineur. Le faible d'esprit et le prodigue sont assistés d'un conseil judiciaire, un peu comme le mineur émancipé est aidé d'un curateur.

2. *Les mineurs*

99. — Les projets révolutionnaires (comme le *Code civil* en 1804) maintiennent la majorité à vingt-et-un ans. Jusque-là, comme le dit le premier projet Cambacérès, le mineur n'a pas la jouissance de ses droits (ce qui le place dans une situation différente de celle du majeur interdit, dont les droits sont simplement *suspendus*). Il est sous l'autorité de ses parents tant qu'ils vivent puis, au décès de l'un d'eux, s'ouvre la tutelle, cette « charge publique », cette « protection due au faible », accordée *naturellement* au survivant des père et mère (1^{er} projet). Quant au *Code civil*, il donne ici au conseil de famille un rôle important et l'organise de manière à ne pas privilégier une ligne sur l'autre. Comme dans les premiers projets, seuls sont appelés en principe les trois plus proches parents des deux lignes (choisis dans les environs de la commune), auxquels s'ajoute le juge de paix, président « dont le caractère impartial dirigera les résultats vers le bien et l'utilité du mineur » (Berlier), et les éventuels frères germains du mineur ainsi que les époux des sœurs germanines. La convocation adressée par le juge de paix vaut ordre de comparaître. À défaut, et sans excuse légitime, une amende est encourue. En outre, il décide que la tutelle peut être déférée soit au survivant des père et mère soit à un tiers. Plutôt que le système de la tutelle dative (déférée par le juge selon le choix des membres de la famille), le *Code* opte ainsi pour le système des pays de droit écrit qui combinait tutelle légitime (par l'effet de la loi) et testamentaire. Mais, contre la tradition romaine, il fait participer les mères « aux honneurs de la tutelle légitime ». Parce qu'elles n'ont pas pour leurs enfants moins « de tendresse et d'affection » que les pères, il faut leur « rendre justice » (Fenet, x, p. 640). Au décès de l'un des parents, l'enfant mineur et non émancipé est donc placé de plein droit sous la tutelle du survivant qui, par son testament, pourra lui choisir un nouveau tuteur.

100. — Mais le père et la mère ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Premièrement, s'il ne fait aucun doute que le père soit tuteur naturel de ses enfants, la tutelle confiée à la mère a soulevé un vif débat. Cambacérès, méfiant à l'égard des mères, s'interrogeait : ne faudrait-il pas permettre au père, par son testament, d'exclure la mère de la tutelle (puisque il est le meilleur juge de sa capacité à administrer les biens des enfants) ou au moins l'obliger à n'agir qu'avec l'autorisation d'un conseil de famille ? Mais, rétorquait Berlier au nom de la section du Conseil d'État, refuser la vocation naturelle de la mère à la tutelle de ses enfants pourrait

diminuer le respect qu'ils lui doivent. Un compromis est finalement trouvé. Le père peut à l'avance, sans ôter la tutelle à la mère, lui désigner un conseil de famille chargé de l'assister dans l'intérêt du mineur. Deuxièmement, alors que le projet de l'an IX contraignait tant le père que la mère à déclarer leur projet de remariage au conseil de famille et autorisait ce dernier à décider si l'intéressé doit conserver ou non la tutelle, la section du Conseil d'État décide d'affranchir le père d'une telle formalité, les risques étant moins importants pour les mineurs (le père remarié reste chef de sa famille). Par son remariage la femme en revanche passe dans la famille du second mari au risque, dit-on, de se désintéresser des enfants du premier lit qu'il faut protéger en permettant au conseil de famille soit de lui retirer la tutelle, soit de la lui laisser (en désignant le nouveau mari cotuteur pour le rendre solidairement responsable de tout ce qui se fera depuis le remariage). Malgré les interventions de Berlier, favorable au maintien de la tutelle de la mère en cas de remariage, de Bigot-Préameneu, qui propose de revenir au projet de l'an IX, et de Maleville, qui tente de concilier les points de vue (accorder la tutelle de droit à la mère en permettant au père dans son testament ou au conseil de famille de lui refuser le bénéfice de l'usufruit des biens; point de vue auquel Bonaparte semble s'arrêter – séance du 17 déc. 1801), l'inégalité de traitement souhaitée par Cambacérès est donc consacrée.

À défaut de père ou mère et si aucun d'eux n'a choisi par son testament un tuteur, la tutelle est déférée aux descendants, à l'aïeul paternel (parce que «l'esprit de famille ne peut être valablement conservé que dans cette ligne», Cambacérès) ou à défaut à l'aïeul maternel (et ainsi de suite en remontant dans les degrés mais en donnant toujours la préférence à l'ascendant paternel). La version définitive du Code abandonne ainsi l'idée émise par la section du Conseil d'État, consistant à écarter systématiquement les femmes, et revient ainsi au projet de l'an IX. En dernier recours, c'est le conseil de famille, requis à la diligence des parents, des créanciers ou du juge de paix, qui choisit le tuteur.

101. — Une fois désigné, le tuteur doit prendre soin de la personne du pupille, le représenter dans les actes civils et administrer ses biens en bon père de famille. Il peut être condamné à des D.-I. en cas de mauvaise gestion. Pour le reste, le droit du Code ressemble beaucoup au droit ancien : interdiction d'acheter ou de prendre à ferme les biens du pupille, d'emprunter sans l'autorisation du conseil ; obligation de procéder à un inventaire. Et on remarquerait la même fidélité qu'il s'agisse des renonciations, fondées sur le sexe (la mère peut refuser la tutelle mais, en attendant la nomination du tuteur, elle doit en remplir les devoirs) ou l'âge, ou des causes d'exclusion. On peut noter, cependant, une modification et un oubli. Une modification : celle de la durée de la prescription de l'action du pupille contre le tuteur, qui passe à dix ans. La tutelle est pour lui une charge onéreuse dont il ne faut pas prolonger trop longtemps les suites. Un oubli : le Code ne rend pas responsables les membres du conseil de famille pour le choix du tuteur, contrairement au droit romain ou à certaines coutumes (Bretagne). La «garantie des bons choix», explique Berlier, «se trouvera dans la bonne composition des conseils de famille».

II. L'héritage révolutionnaire (jusqu'à la III^e République)

102. — *Le sort des aliénés.* Le système du *Code civil*, simple mais rigide et insuffisant (de fait, de nombreux aliénés n'étaient pas interdits et donc livrés à eux-mêmes), est modifié par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Considérant l'aliéné plus comme un malade qu'un

criminel (même si elle cherche à préserver la sécurité publique contre sa dangerosité), la loi réglemente son internement (volontaire, sur demande écrite, ou ordonné par l'autorité publique) dans des établissements appropriés tout en protégeant la liberté individuelle contre les placements arbitraires. Elle fait produire à cet internement des conséquences quant à la capacité juridique. D'après l'art. 39 de la loi, les actes accomplis par l'interné peuvent être contestés pour cause de démence lors même qu'il n'est pas frappé d'une mesure d'interdiction judiciaire. Ses biens sont provisoirement confiés à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement qui désigne en son sein un administrateur chargé de payer les dettes, recouvrer les créances et, sur autorisation, de vendre les biens mobiliers de l'interné, sauf si un administrateur judiciaire est nommé par le tribunal civil, qui peut aussi nommé un curateur à la personne. À la fin du XIX^e s., l'interdiction judiciaire fait à nouveau l'objet d'une réforme, timide, visant à organiser une meilleure publicité du jugement d'interdiction. Mais les mesures prévues (affichage au tribunal et dans les études notariales de l'arrondissement, transcription du jugement sur le registre des interdictions tenu au greffe du TGI) sont jugées humiliantes et, souvent, ne sont pas exécutées.

103. — La jurisprudence complète ensuite la protection des prodiges et des majeurs pourvus d'un conseil judiciaire en leur étendant la possibilité, offerte par le Code au mineur émancipé, de réduire pour excès les actes qui leur sont préjudiciables. Pour mieux les protéger, elle écarte l'effet suspensif des voies de recours et juge que l'interdiction a effet au jour du jugement (Req. 6 juill. 1868, D. 1869.I.267) et, d'accord avec la doctrine, distingue les actes conservatoires et d'administration (que le majeur peut accomplir seul, Cass. 12 août 1868) des actes de disposition (parmi lesquels les actes de commerce, Civ. 1^{er} avr. 1860, D. 1860.I.316), pour limiter la nécessité de l'assistance aux seuls actes de disposition (mais les actes d'administration réalisés sans l'assistance du conseil n'engagent le majeur que dans la mesure du profit qu'il en tire et s'ils sont en rapport avec ses ressources et ses besoins, Cass. 1^{er} août 1860). Enfin, elle élargit les hypothèses dans lesquelles un conseil judiciaire peut être désigné au majeur. Il n'est pas nécessaire de prouver la prodigalité ou la démence habituelle mais d'établir qu'il se trouve « sous l'empire d'idées perverses » conduisant à une *exaltation* dont la violence peut lui ôter son libre arbitre : volonté de réduire sa famille à la misère en vertu d'un seul sentiment de haine ou de vengeance (Besançon, 2 fév. 1865), ivrognerie habituelle (si elle altère les facultés : Rouen, 18 janv. 1865, D. 1865.2.226).

104. — *Le sort des femmes et des enfants naturels.* Les droits civils des femmes progressent. L'incapacité faite aux femmes (hors la mère) d'être tutrice est limitée par la loi du 10 mars 1917 (une loi « excellente dans son principe », mais « rédigée en dépit du bon sens », écrivait Josserand, *Cours...*, I, n° 377), qui, en raison de la multiplication des tutelles du fait de la guerre, reprend à son compte une proposition de loi déposée en 1908 (dans le sillage de la loi du 2 juill. 1907 déclarant les femmes capables d'exercer la tutelle des enfants naturels) et permet aux femmes de devenir tutrice légale, dative ou testamentaire. Mais l'égalité n'est pas parfaite. La loi sur la nationalité du 10 août 1927 distingue par exemple la mère du père quant aux conditions d'accès à la nationalité pour l'enfant légitime : né d'un père français, ce dernier acquiert la nationalité sans autre condition (art. 1, al. 1 : est Français « Tout enfant légitime né d'un Français en France ou à l'étranger »), tandis que l'attribution de la nationalité française à l'enfant légitime né d'une mère française et d'un père étranger est subordonnée à la condition qu'il soit né en France (art. 1, al. 3 : est Français « Tout enfant légitime né en France d'une mère française »). Elle consacre ainsi une différence de

traitement entre enfants légitimes (selon qu'ils sont nés à l'étranger d'un seul parent français et selon qu'il s'agit de leur mère ou de leur père), mais aussi une différence de traitement entre les pères et mères (à laquelle la QPC n° 2018-737 du 5 octobre 2018 a mis en terme, en supprimant pour inconstitutionnalité la condition de naissance en France de l'enfant légitime né d'une mère française). Fruit des préoccupations natalistes du Législateur nées des saignées de la Grande Guerre, cette loi du 10 août 1927 révise donc le droit de la nationalité en recourant à plusieurs critères de distinction : le type de filiation (légitime/naturelle; paternelle/maternelle) et le lieu de naissance. L'enfant naturel est français s'il a été légitimé par son père français, mais aussi lorsque l'un de ses parents français l'a reconnu pendant sa minorité ou lorsque celui de ses parents contre qui sa filiation a été établie par jugement est français ou est né en France (mais à la condition supplémentaire que l'enfant soit né en France) ou si l'autre parent est français (mais là encore sous la condition que l'enfant soit lui aussi né en France). Si sa filiation naturelle est établie à l'égard de ses deux parents par la même reconnaissance ou le même jugement, l'enfant naturel est français si son père l'est. Enfin, et dans un esprit très libéral, l'art. 1, 7^e dispose que « tout individu, né en France, de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue » est français.

105. — *L'indisponibilité de l'état des personnes.* La doctrine civiliste classique enseigne que la renonciation à une action d'état ne lie pas son auteur (Aubry et Rau, *Cours...*, iv, p. 557). L'état des personnes est considéré comme une chose hors commerce (Duranton, *Cours*, 1844, III, p. 146). Contrairement aux préconisations d'une partie du corps médical (par exemple Lacassagne, qui réclame la reconnaissance dans l'état civil d'un troisième sexe, assortie de la possibilité d'imposer un examen médical à la puberté permettant de statuer sur « l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres »), la doctrine civiliste combat contre la possibilité pour les parents de déclarer l'enfant comme hermaphrodite. Elle affirme la division binaire du genre humain, ralliant à elle la jurisprudence.

106. — *L'abolition définitive de l'esclavage.* Après 1804, les règles du *Code civil*, qui auraient pu s'appliquer à l'esclave considéré comme une chose (notamment les règles relatives à l'usufruit), sont écartées au profit des règles spéciales de notre Ancien Droit. L'esclave reste un meuble, comme le rappelle l'ordonnance du 19 octobre 1828 à propos de la saisie et de la revendication, après un arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} décembre 1824, qui avait qualifié l'esclave de chose meuble soumise au régime du droit des biens. Dans des arrêts du 5 août 1829 et du 17 juillet 1838, la Cour de cassation lui donne la qualité d'immeuble fictif (par destination), lorsqu'il est attaché à une exploitation, alors que le *Code noir* ne se prononçait pas de manière aussi explicite, se contentant d'affirmer la nécessité d'une vente ou d'une saisie conjointe du fonds et des esclaves de culture. Par étapes, le Législateur et la jurisprudence s'acheminent ensuite vers la reconnaissance de la capacité juridique de l'esclave. L'ordonnance du 12 juillet 1832 cherche à faciliter les affranchissements, en allégeant l'ancienne taxe. La loi organique du 24 avril 1833 et l'ordonnance royale du 4 août 1833 sur les recensements permettent une meilleure individualisation de l'esclave, même si elles ne créent pas un véritable état civil. Elles font de l'esclave une *personne non libre* qui peut racheter sa liberté. *Contradiccio in terminis?* Non : l'assimilation de la *personne au sujet de droit* n'est pas encore réalisée. Au même moment, la jurisprudence considère aussi l'esclave comme une personne (Crim., 8 février 1839, D. 1839.I.194). Avant l'abolition définitive votée par la II^e République en 1848, l'ordonnance du 16 septembre 1841 limite l'emprisonnement décidé par le maître à 15 jours et la loi Mackau (18 juillet 1845) donne à ces