

ECOLE DES HAUTES ETUDES EN SCIENCES SOCIALES

Centre d'études des normes juridiques « Yan Thomas »

Doctorat en Droit et sciences sociales

et

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI « ROMA TRE »

Facoltà di giurisprudenza

Scuola dottorale in Diritto europeo, storia e sistemi giuridici dell'Europa

« PERSONNE » EN DROIT CIVIL FRANÇAIS : 1804-1914

Thèse pour obtenir le grade de docteur,
financée par les *Marie Curie Actions* de la Commission européenne
dans le cadre du *Early Stage Researchers Training (FP6)* ;
présentée et soutenue publiquement le 1^{er} mars 2011 à 14 heures

par Tzung-Mou WU

Membres du jury :

Emanuele CONTE, Professeur à l'Université Roma Tre (Co-directeur)

Jean-Louis HALPERIN, Professeur à l'Ecole Normale Supérieure

Marie-Angèle HERMITTE, Directeur de recherches au CNRS, Directeur d'études à l'EHESS
(Co-directrice)

Catherine LABRUSSE-RIOU, Professeur émérite à l'Université de Paris I
Panthéon-Sorbonne (Pré-rapporteur)

Cristina VANO, Professeur associé à l'Université de Naples Federico II (Pré-rapporteur)

Année universitaires 2004-2011

A Yan Thomas (1943-2008)

INTRODUCTION.....	1
Section I Evidence trompeuse	1
Section II Vue globale des matières	9
Section III Détour : deux contributions philosophiques	18
Paragraphe I DESCOMBES : critiques de la philosophie du sujet.....	18
Sous-paragraphe I Clarification au sujet de « sujet »	18
Sous-paragraphe II Pluralité de « citoyen », pluralité de « personne »	20
Sous-paragraphe III Sujet de droit, subiectum iuris	24
Paragraphe II PETTIT : dépasser le substantialisme	28
Sous-paragraphe I Dilemme discursif.....	28
Sous-paragraphe II Personne/sujet institutionnel	32
PREMIERE PARTIE : TRADITION (1804-1857).....	36
TITRE I GENERALITE	37
SOUS-TITRE I RETROSPECTIVE	38
<i>Chapitre I Le couplet personne-homme date-t-il du XVI^e siècle ?</i>	40
Section I Question : la thèse de COING et ses reprises	41
Paragraphe I COING et sa représentation de DONEAU en 1950	42
Paragraphe II La thèse de COING reproduite par ORESTANO	44
Section II Textes de DONEAU	45
Paragraphe I « <i>Iura personarum</i> » et « <i>status hominum</i> »	45
Paragraphe II Malentendus de COING et d'ORESTANO	47
Paragraphe III Une doctrine de DONEAU hors des textes romains	48
Section III DONEAU par rapport à la tradition.....	50
Paragraphe I Rapprochement constant	51
Paragraphe II Appréciation de la terminologie médiévale	55
Paragraphe III Intervention humaniste et réévaluation de l'avis de COING	58
<i>Chapitre II L'Ecole du Droit naturel moderne et son héritage</i>	61
Section I PUFENDORF : « êtres moraux »	62
Paragraphe I Être moral réinventé.....	63
Paragraphe II Hommes, état et personne	65
Paragraphe III « <i>Persona moralis</i> ».....	71
Section II WOLFF et « personne morale »	78
Paragraphe I Origine présumée du concept moderne de personne	79
Paragraphe II Deux formules différentes.....	82
Paragraphe III Précisions restrictives et leurs conséquences	86
<i>Chapitre III Deux repères français</i>	95
Section I Première références d'Ancien Régime : POTHIER	95
Section II Seconde référence d'Ancien Régime : l' <i>Encyclopédie</i>	100

SOUS-TITRE II CODE CIVIL, SA PREPARATION ET SON INTERPRETATION	106
<i>Chapitre I Travaux préparatoires</i>	107
Section I Absence du mot « personne »	109
Paragraphe I Sur le titre du Livre I et sur la qualité de Français	109
Paragraphe II Sur la mort civile	112
Section II Présence du mot « personne »	119
Paragraphe I « Erreur dans la personne » en matière de mariage	120
Paragraphe II Contrat de société	127
<i>Chapitre II Les premiers commentaires du Code civil</i>	134
Section I LOCRE : la personne opposée à la propriété	137
Section II TOULLIER : jusnaturalisme et idéalisme	140
TITRE II LE CAS DES SUCCESSIONS VACANTES	156
<i>SOUS-TITRE I CASUS</i>	161
<i>Chapitre I La Jurisprudence de la Cour de cassation</i>	162
Section I L'arrière-plan	162
Paragraphe I Les dispositions du Code civil et leurs motifs	162
Paragraphe II La loi du 22 frimaire an VII et son application	171
Sous-paragraphe I La loi du 22 frimaire an VII : succès financier et législatif	172
Sous-paragraphe II La valeur scientifique de ces affaires de droits de mutation ?	178
Section II Les arrêts et une première analyse	182
Paragraphe I Les arrêts en ordre chronologique	182
Sous-paragraphe I Vue globale des affaires	183
Paragraphe II Comparaison et analyse	185
<i>Chapitre II Commentaires et répliques</i>	194
Section I L'impopularité de l'administration de l'enregistrement	195
Section II Critiques semblables : CHAMPIONNIERE et RIGAUD (1835), G. DEMANTE (1855)	201
Paragraphe I Les grognements des années 1820 et 1830 : CHAMPIONNIERE et RIGAUD	203
Paragraphe II Premier professeur de droit civil spécialisé en droit d'enregistrement : Gabriel DEMANTE	207
SOUS-TITRE II « PERSONA » DES ANCIENS, « PERSONNE » DES MODERNES	212
<i>Chapitre I Aspect synchronique de la jurisprudence</i>	213
Section I Représentation de l'arrêt du 14 août 1770	214
Paragraphe I Moyens du curateur intimé	216
Paragraphe II Revendications de l'adjudicataire général des fermes	218
Paragraphe III Aperçus brefs	221
Section II Romanisation d'une institution féodale	223
Paragraphe I Autorité de la jurisprudence ancienne	223
Paragraphe II Justification de droit romain sans DUMOULIN	225
Section III Leçon de grammaire : personnification et <i>personam sustinere</i>	229

Paragraphe I Comment traduire « <i>personam sustinere</i> ... » ?	230
Paragraphe II Impossibilité grammaticale d'une « notion » de personne	232
<i>Chapitre II Revirement de la jurisprudence « être moral »</i>	237
Section I Controverse judiciaire sur la féodalité	239
Paragraphe I Arrêt du 23 juin 1857	239
Paragraphe II Survivance de la féodalité mise en cause	243
Section II Passé national au débat : KLIMRATH, LAFERRIERE et TROPLONG	246
Paragraphe I KLIMRATH : coutumier, germanique et national	246
Paragraphe II LAFERRIERE anti-germanique et les reproches de KLIMRATH	252
Paragraphe III Confluence de l'histoire du droit et de la pratique judiciaire : TROPLONG en 1839	258
CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE	268
SECONDE PARTIE : DEVELOPPEMENT ET LA MONTEE DE TENSION	270
TITRE I INTRODUCTION DE LA NOTION MODERNE DE PERSONNE	276
<i>Chapitre I Excursion : l'abolition de l'esclavage</i>	277
Section I Un événement colonial élargi	279
Section II Meuble, équipage ou « personne »	286
Section III Que veut-elle dire la « personnalité » de l'esclave ?	293
<i>Chapitre II SAVIGNY et la notion moderne de personne</i>	303
Section I Définition et son système	308
Paragraphe I Construction quadruple : personne, homme, sujet de droit et sujet moral	308
Paragraphe II Nouvelle opposition entre les personnes physiques et morales	314
Section II Nouveauté et réception	316
Paragraphe I La soi-disant « théorie de la fiction »	316
Paragraphe II Réception et résistances	323
TITRE II « LE MORT SAISIT LE VIF... »	330
<i>Chapitre I Version germaniste</i>	333
Section I <i>Gewere</i> , saisine, possession	333
Section II Peuple guerrier et leur famille	339
Section III Confusion du public et du privé, des personnes et des biens	343
<i>Chapitre II Version française</i>	353
Section I Modèle de l'interprétation gallicaniste : TROPLONG (1846) et ALAUZET (1849)	356
Paragraphe I TROPLONG : à propos des coutumes d'Amiens	357
Paragraphe II ALAUZET : saisine, prescription et possession	365
Section II Absence du mot et du concept de « personne » en droit civil	370
Paragraphe I Indifférence à la doctrine	371
Paragraphe II Confrontation entre de « petits auteurs »	374
Sous-paragraphe I F. Esquirou DE PARIEU	375
Sous-paragraphe II J. SIMONNET	377

Sous-paragraphe III J.-B.-A. HUREAUX.....	380
Paragraphe III Deux particularités françaises.....	385
Sous-paragraphe I Saisine, Gewere et le droit canonique	386
Sous-paragraphe II « Le roi ne meurt jamais » ou « le roi est mort ; vive le roi »	394
TITRE III DU LANGAGE PRETORIEN AU LANGAGE DOCTRINAL	399
<i>Chapitre I Jurisprudence sur l'« erreur dans la personne »</i>	<i>401</i>
Section I Espèce et le premier arrêt de cassation	402
Paragraphe I Espèce et les décisions attaquées.....	402
Paragraphe II Conclusions de RAYNAL et la chambre civile	404
Section II Revirement rapide.....	407
Paragraphe I Seconde cour d'appel	407
Paragraphe II Conclusions de DUPIN aîné et les chambres réunies	408
Paragraphe III Critiques doctrinales.....	409
<i>Chapitre II Contrat de société.....</i>	<i>412</i>
Section I Société, être moral, « personne civile ».....	414
Section II Sociétés taisibles, sociétés coopératives.....	417
<i>Chapitre III Victoire du germanisme et la vague de « publicisation ».....</i>	<i>425</i>
Section I Rupture.....	425
Section II GIERKE, <i>Genossenschaft</i> et théorie de la réalité.....	429
Paragraphe I <i>Genossenschaft</i> contre la personne fictive.....	430
Paragraphe II Critiques.....	434
Section III Réception et divergence doctrinale	440
CONCLUSION	446
<i>Appendice I.....</i>	<i>451</i>
<i>Appendice II</i>	<i>456</i>
<i>Appendice III</i>	<i>466</i>

Introduction¹

Section I Evidence trompeuse

La notion de « personne » est, dans la science du droit, sans doute l'une des plus fondamentales. Elle est probablement aussi l'une des plus étudiées et débattues dans ces dernières années, vu la multiplication de thèses doctorales, par exemple, qui y sont consacrées. Une simple recherche sur le Système universitaire de documentation (SUDOC) rapporte, pour la première décennie de ce siècle seul, plus de soixante thèses soutenues dans le domaine de droit qui portent le mot « personne » dans le titre, soit à peu près six thèses par an. Il nous semble que cette popularité ne remonte pas au-delà des années 90 du siècle passé. C'était dans cette décennie que les recherches en sciences de la vie et de la santé ont avancé à grand pas. Il suffit de rappeler qu'à l'échelle mondiale, le Projet du génome humain, qui a pour but de déterminer l'ordre exact des bases de l'ADN du génome humain dans son entier, a été lancé en 1990. C'était dans la même période que l'on a créé le Comité consultatif national d'éthique afin de faire face aux « problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé »². Enfin, c'était également dans ces années-là que les articles du Code civil sur « la dignité de la personne humaine » ont été votés.

L'importance du nombre d'études concernées ne paraît pourtant pas avoir éclairci la

¹ La préparation de cette thèse a profité du très généreux financement de la Commission européenne (contrat n° MEST-CT-2005-021145 dans le cadre du *Sixth Framework Program*). L'auteur remercie la Commission de son soutien solide, le conseil scientifique du doctorat et tous ses collaborateurs de leur passion et dévouement à l'organisation et à l'exécution du programme. En outre, l'auteur doit également sa reconnaissance au Ministère des affaires étrangères de la République française pour la Bourse d'excellence « Eiffel » dont il a bénéficié pour une partie importante de sa formation.

² Art. 23, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. *Journal officiel* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059. (actuellement art. L1412-1 du Code de la santé publique).

notion de personne, qui a l'air évidente. Un auteur éminent a déjà signalé cette difficulté en faisant allusion à une formule de droit romain : « Toute définition du mot « personne » est périlleuse, tant le concept paraît difficile à cerner et fluctuant, en dépit de son apparente évidence »³. Si cette grande autorité en droit de la famille nous renvoie au jurisconsulte romain Iavolenus d'après lequel « *omnis definitio in iure civili periculosa est* »⁴, elle a, malgré tout, proposé une définition de perspective juridique de personne selon laquelle cette notion coïncide, comme d'ailleurs en philosophie, avec la qualité d'être humain en vie. Pour elle, en bref, « la personne, c'est l'homme ». Une autre se veut plus relativiste mais s'inscrit, dix ans après l'article cité, toujours dans la même ligne. Elle a pour objet d'étaler les usages que le mot de « personne » ou de « *persona* » latin, pris comme équivalent, a successivement connus, mais l'équivalence de la personne et l'homme demeure en arrière-plan⁵. Plusieurs remarques intelligentes de cet auteur nous autorisent à affirmer que le terme de personne n'avait autrefois que peu de juridique, car ni les Romains, ni les juristes médiévaux ou de l'Ancien Régime, ni les rédacteurs du Code civil ne l'ont employé à son sens contemporain, c'est-à-dire l'homme. Il n'empêche que cet article s'intéresse aux droits de la personnalité et ensuite au statut juridique du corps humain en approuvant tacitement le sens uniquement moderne de « personne ».

Les mots de ces deux professeurs ne sont que symptomatiques de l'approche, pour ainsi dire, intuitive mais très populaire dont on aborde les questions que pose la notion envisagée. Ce point de vue consiste précisément à définir, comme allant de soi, la notion de personne par l'homme. Force est de constater que cette approche est partagée par la plupart des juristes français, quel qu'en soit le domaine de spécialisation. L'on ne risque pas d'exagérer l'état de

³ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN. Personne. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. / s. dir. André-Jean ARNAUD. Paris : L.G.D.J., 1993, p. 436.

⁴ IAVOLENUS, 11 epist., D. 50, 17, 121.

⁵ Anne LEFEBVRE-TEILLARD. Personne. *Dictionnaire de la culture juridique* / s. dir. Denis ALLAND, Stéphane RIALS. Paris : LAMY, 2003.

choses en disant qu'elle est même partagée par la majorité des juristes occidentaux, qu'il s'agisse de la tradition civiliste continentale ou de l'anglo-américaine. Quelques citations tirées de certains manuels français récents de droit civil suffisent à exemplifier ce constat. « La personne physique (*personne* par excellence) », écrit le regretté doyen CARBONNIER, « est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit »⁶. Il a tenu à cette vision pendant très longtemps, ce qu'ont attesté les éditions successives de son manuel. Le doyen CORNU exprime, à son tour, la même idée par des mots différents en soulignant qu'« **au regard du droit civil, nous sommes des personnes ; tous les êtres humains, tous les individus, hommes et femmes, sont des personnes** »⁷. La phrase inaugurale de B. TEYSSIE dans son manuel sur le droit des personnes est plus succincte : « L'être humain, apte à jouir de droits, constitue une personne »⁸. Pour certains ouvrages d'usuels, il ne vaut même pas la peine d'expliquer ce terme. L'*Encyclopédie Juridique Dalloz*, par exemple, comporte un article long sur la « personne morale » qui suit celui sur le droit de la personnalité, rien n'étant inséré entre les deux titres. Il en est de même pour le répertoire de *Jurisclasseur*, qui classe ses fascicules conformément à l'ordre numérique du Code civil. Ce grand répertoire ne contient qu'une page vedette correspondant au titre du premier livre du Code. Certes, l'on peut toujours relever des formulations nuancées qui mettent en avant plutôt le caractère abstrait de « personnalité » que la primauté de la personne que certains revendiquent. Voici quelques exemples : le manuel fait par P. VOIRIN et continué par G. GOUBEUX propose à ses lecteurs un lexique commode qui a pour but d'annoter les mots ayant une « signification précise qui s'écarte parfois de celle qui est admise dans la vie courante » et qui « peuvent faire difficulté »⁹. L'on n'y trouve pas celui

⁶ Jean CARBONNIER. *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*. 2 tomes, t. 1. Paris : Presses universitaires de France, 2004, p. 377, n° 195. Le texte provient de la 21^e édition (2000).

⁷ Gérard CORNU. *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*. 11^e éd. Paris : Montchrestien, 2003, p. 195. Son insistance.

⁸ Bernard TEYSSIE. *Droit civil: les Personnes*. 9^e éd. Paris : LexisNexis Litec, 2005, p. 1.

⁹ Pierre VOIRIN, Gilles GOUBEUX. *Droit civil : Personnes-famille, incapacité-biens, obligations-sûretés*. 30^e éd, t. Tome 1. Paris : L.G.D.J., 2005, p. 5.

de « personne » mais seulement de « personne morale »¹⁰. L'omission est probablement due à cette perspective : « Au sens juridique précis du terme, être doté de la personnalité est avoir la qualité de sujet de droit (toute personne a des droits ou peut en acquérir ; seules les personnes ont des droits). Au sens large, c'est la question de la prise en considération de la spécificité de l'être humain par le droit qui est posée »¹¹. Ce manuel envisage donc la personnalité et les liens qu'elle a avec « la vie humaine » qui, d'après ses auteurs, constitue l'« unique condition » de la personnalité¹². F. TERRE et D. LASZLO-FENOUILLET avancent, quant à eux, cette thèse dans leur précis : « La *personnalité juridique* est l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun »¹³. Un énoncé semblable, fait par A. BATTEUR : « Le droit objectif reconnaît à chaque personne une aptitude générale à être titulaire de droits et d'obligations : c'est ce que l'on nomme la personnalité juridique »¹⁴. La notion de personne étant évitée, celle de personnalité n'est pourtant pas mieux expliquée. Ces auteurs-là se tournent rapidement vers le concept de « sujet de droit » comme si tout ce qu'ils écrivent sur et autour de celui de personnalité n'était que superflu. En somme, que ce soit la « personne » ou la « personnalité », la seule chose claire, c'est que l'une nous renvoie à l'autre et *vice versa*, tout comme ce qu'atteste la définition dans le célèbre Vocabulaire juridique : « personne » est un « être qui jouit de la personnalité juridique »¹⁵.

La personne, la personnalité, l'homme, voici les trois éléments communs à toutes les conceptions précédentes. L'un nous renvoie aux autres sans aucune possibilité d'en sortir. Une tautologie, dira-t-on. L'on pourrait s'opposer à ce dernier jugement en y introduisant la notion de « sujet de droit (ou *droits* au pluriel) ». Cela ne lève pourtant point le dilemme logique qui

¹⁰ *Ibid.* p. 733.

¹¹ *Ibid.* p. 45, § 66.

¹² *Ibid.* p. 47, § 73.

¹³ François TERRE, Dominique LASZLO-FENOUILLET. *Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités*. 6^e éd. Paris : Dalloz, 1996. Leur insistance.

¹⁴ Annick BATTEUR. *Droit des personnes et de la famille*. 2^e éd. Paris : L.G.D.J., 2003, p. 7.

¹⁵ *Vocabulaire juridique* 7^e éd. / s. dir. Gérard CORNU. Paris : Presses universitaires de France, 2005.

est devant nous : associer ces trois termes ne permet d'éclaircir la signification d'aucun. L'on ne comprend probablement pas davantage en les juxtaposant, ni moins en les dissociant. Pire encore, la notion de « sujet de droit » ne fait qu'aggraver la situation, car l'on l'emploie en vue de construire un concept systématique de personne ; l'on soumet à la notion de « sujet de droit », d'un côté, la personne dite physique et, de l'autre, celle dite morale. L'on parvient ainsi, après un trajet intellectuel assez laborieux, à substituer ce sujet de droit à la personne. Celle-ci n'aurait donc plus de raison d'être sauf que le Code civil la garde toujours. Autrement dit, l'on nous apprend à dépasser la notion de personne en ayant commencé par elle ; l'évidence qui est la sienne dans un premier temps tourne contre l'idée elle-même. Ce serait, certainement, un bel exemple de la dialectique hégélienne s'il s'agissait, non pas du droit, mais de la philosophie. Il en est pourtant l'inverse. Au contraire, les auteurs tels que les doyens CORNU et CARBONNIER soulignent la primauté ou encore le caractère fondamental de la personne dans le système juridique, en insistant sur le fait qu'en droit, le premier sens de la personne, c'est l'homme, personne physique.

Si la notion de personne nous rend perplexe à cause de son évidence même, les matières à développer ne manquent pas aux manuels et aux ouvrages portant sur elle. Précisément, l'on ne vise pas la personne en tant que telle, mais plutôt la vie humaine par le biais de la « dignité de la personne humaine ». Cela ne signifie pas seulement un changement de jargon, mais une révolution de paradigme : l'on fait déposer le bilan de la notion de personne au profit de celle de la vie humaine, probablement parce que la science de la vie dite « moléculaire » nous permet de discerner les parties corporelles jadis invisibles. L'on s'intéresse, désormais, à toute intervention physique sur le corps humain jusqu'à la mesure la plus microscopique possible – voire, pour ainsi dire, nanoscopique. Il ne vaut pas la peine de citer des contributions doctrinales qui partagent cet angle d'attaque. Ce n'est pourtant pas inutile de rappeler que ce

changement de paradigme, s'il y en a un, ne s'est pas passé, comme dans notre calcul ci-dessus, dans les années 90. Même si l'avance de la science de la vie semble pouvoir, du moins dans le siècle passé, traîner derrière elle le droit, une coïncidence chronologique servira probablement à nuancer cette impression. C'était en 1953 que sont parues deux œuvres scientifiques, l'une, thèse en droit civil, et l'autre, article en biologie. La première n'a pas exercé autant d'influence dans son domaine que la seconde, mais elle ne nous paraît pas moins significative. Il s'agit notamment de la thèse doctorale intitulée « Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses », rédigée par un Aurel DAVID et éditée deux ans plus tard¹⁶. L'autre, paru dans la célèbre revue *Nature*, est l'article de James D. WATSON, biologiste américain, et Francis H. CRICK, physicien britannique, qui décrit la structure en double hélice des ADN, jusqu'alors inédite¹⁷. Cet article, la pierre angulaire de la biologie moléculaire pour les décennies suivantes, a fait récompenser ses deux auteurs par le prix Nobel en physiologie ou en médecine de 1962. Revenons au côté juridique : l'originalité de DAVID consiste à, non pas tirer quelques conséquences de la découverte de WATSON et CRICK, mais à soumettre le corps humain, support de la « personnalité humaine », à la *summa divisio* des personnes et des choses. Il nous invite, dans sa thèse, à imaginer le scénario d'une greffe générale où l'on enlève progressivement les organes, afin d'approcher à la limite entre les personnes et les choses. Quelle qu'en soit sa conclusion, la thèse de DAVID exemplifie, indépendamment de la biologie, la manière dont le corps humain a attiré l'attention des juristes. De plus en plus de questions concernant le statut du corps ou les modifications sur lui ont été posées. Or toutes les interrogations ne portent pas sur le corps. A la suite de grands progrès dans le domaine de la génétique, en particulier les techniques de procréation médicalement assistée

¹⁶ Aurel DAVID. *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*. Paris : Presses universitaires de France, 1955.

¹⁷ James D. WATSON, Francis H. CRICK. Molecular Structure of Nucleic Acids. *Nature*, 1953, n° 4356, p. 737-738.

ainsi que toutes tentatives de clonage, l'on se demande, de plus en plus souvent, où commence et termine la vie humaine. Sur ces problèmes, les juristes ont, de nouveau, penché vers le regard biologique de la vie. De sorte que la catégorie de « personne humaine » compte d'ores et déjà le fœtus, l'embryon, voire les cellules souches, les gènes, les chromosomes, l'ADN, etc. A cet aspect du vivant de la personne humaine se joint celui de la mort. De nombreuses études ont été consacrées au statut du cadavre, à l'image de personne, et aux interventions médico-scientifiques telles que le don ou le prélèvement d'organes. Là, comme la personnalité s'éteint juridiquement au moment de la mort, la notion de « dignité » sert parfaitement à expliquer comment un droit quelconque peut être revendiqué au nom du défunt. La personnalité s'en va, sa dignité reste. Mieux encore, cette fameuse dignité couvre également la période prénatale et justifie, par exemple, l'interdiction des pratiques qualifiées d'eugéniques.

Si admirable que soit cet édifice juridique, il ne fait que réaffirmer cette proposition : aujourd'hui, la notion de personne est conçue, et ne peut pas être conçue autrement que comme équivalent de l'homme. Cette proposition très partagée s'inscrit, selon D. DEROUSSIN, dans un « courant anthropocentriste »¹⁸. Ce courant, d'après l'auteur, consiste à supposer que l'homme – tout homme – peut seul être qualifié de sujet de droit, et à confondre sujet moral et sujet de droit¹⁹. En effet, là, il s'agit d'une allusion faite à F. C. von SAVIGNY (1779-1861). Dans la section 60 de son *Traité de droit romain*, le grand juriste nous présente, s'appuyant sur un texte romain, sa conception de personne. Supposant que la liberté morale inhérente à chaque individu soit le fondement de tous les droits, ce romaniste voit l'identité nécessaire des concepts de personne, de sujet de droit et d'homme, d'où sa formule : chaque individu, et l'individu seul, est capable en droit²⁰. Un détail anecdotique relevé dans son manuscrit : le savant ne pensa, tout

¹⁸ David DEROUSSIN. Personnes, choses, corps. *Le Corps et ses représentations* / s. dir. Emmanuel DOCKÈS, Gilles LHUILIER : Litec, 2001, p. 80.

¹⁹ La paternité de ces deux « sujets de droit (s) » est de DEROUSSIN.

²⁰ Friedrich Carl von SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*. 8 tomes, t. 2. Berlin : Veit, 1840, p. 2.

d'abord, qu'à l'homme seul, ajoutant, ultérieurement, les mots de « personne » et « sujet de droit » lorsqu'il corrigea le texte²¹. Il est vrai que la formule de SAVIGNY s'impose, comme ce que DEROUSSIN nous dit, surtout depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. Il est même acquis que cette formule a traversé le millénaire sans prendre beaucoup de rides. L'on vient de voir bon nombre de formulations contemporaines qui en restent tributaires. La définition proposée par M.-T. MEULDERS-KLEIN, par exemple, a déjà intégré la prétention d'un certain philosophe auprès duquel la personne est une « entité tridimensionnelle » – organique, psychique et symbolique. Ainsi est-elle parvenue à définir la personne comme l'être humain individualisé, conçu comme ayant une existence propre, et caractérisé essentiellement par son unicité (individualité), son intériorité (conscience de soi), sa rationalité (faculté de raisonnement) et son autonomie (volonté libre et faculté de se donner des normes)²².

Reste à savoir si le qualificatif « anthropocentrisme » convient à la bonne compréhension de la problématique juridique de personne. S'attaquant au statut du corps humain, DEROUSSIN, comme Aurel DAVID devant lui, entame son sujet, dans le texte cité, en examinant les deux catégories fondamentales, à savoir les personnes et les choses. Cet anthropocentrisme, sous sa plume, s'oppose à un certain institutionnalisme, tradition née à Rome, « où *persona* », dit-il « constitue une catégorie juridique abstraite : le rôle, la fonction juridique reconnue par le système juridique et non l'individu en tant que tel »²³. Il est pourtant difficile de comprendre en quoi consiste cette opposition. Si l'anthropocentrisme désigne les conceptions qui réservent la notion de personne à l'homme et à lui seul, l'on sera tenté de dire que tout le droit est, en ce sens, anthropocentrisme, y compris la tradition romaine que

²¹ Friedrich Carl von SAVIGNY. *System des heutigen Römischen Rechts : korrigierte Abschrift (Bd. 1-4)*. Nachlass Friedrich Carl von Savigny [en ligne], Universitätsbibliothek Marburg. [réf. du 31 octobre 2006]. Disponible sur : <http://savigny.ub.uni-marburg.de/cgi-bin/digibny/w12+2+1+1>, Ms. 925/912.922 : Bl. 122.

²² MEULDERS-KLEIN. *Personne*. p. 435-436.

²³ DEROUSSIN. *Personnes, choses, corps*. p. 80.

DEROUSSIN croit être contraire. La citation d'un texte de HERMOGENIEN par SAVIGNY confirme, en dépit du mauvais usage de celui-ci, que, déjà, tout droit existe en raison de l'Homme²⁴. D'autant que le droit relève du langage, qui distingue les hommes des animaux. Dans ce sens, l'on peut même dire que le droit est *a priori* anthropocentriste car il n'existe que dans la vie sociale, dans la vie en groupe. Quant à l'institutionnel, l'on l'oppose traditionnellement au naturel, *i. e.* non artificiel ou bien non exclusif aux êtres humains, mais commun à tous les êtres vivants. En tout état de cause, l'anthropocentriste et l'institutionnel risquent de se confondre, et donc de compromettre l'opposition que veut établir DEROUSSIN.

Section II Vue globale des matières

Quoi qu'il en soit, l'approche de DEROUSSIN signale la nécessité d'étudier, par le biais de l'histoire du droit, la notion de personne, et, plus précisément, ce qui s'est passé depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. Certes, lors de ce siècle, l'on se trouve face à une longue tradition romano-canonique qui remonte jusqu'à l'Antiquité. Or cette tradition ne nous offre pas d'explication suffisante par son antériorité chronologique. La même tradition n'a pas non plus connu les facteurs comparables à ceux qui coexistaient au XIX^e siècle et quelques décennies du XX^e, tels que les révolutions politiques, la codification de lois civiles, les sciences au pluriel dont la psychiatrie et la sociologie, et l'industrialisation qui a énormément changé le paysage économique et social. Tous ces facteurs n'étaient pas simultanément présents dans les époques antérieures. De surcroît, l'on constate une continuité qui va depuis l'ouvrage de SAVIGNY jusqu'au manuel de doyen CARBONNIER – et bien au-delà – lorsque notre professeur de Paris reproduit exactement les mêmes mots de HERMOGENIEN auxquels le maître de Berlin a déjà renvoyé.²⁵ L'illustre esprit français nous en donne sa traduction. « Le

²⁴ HERMOGENIEN, 1 iuris epit., D. 1, 5, 2 : « *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...* ».

²⁵ CARBONNIER. *Droit civil*. p. 378, n° 195.

droit », dit-il, « a été institué tout entier pour les hommes »²⁶. Il y ajoute tout de suite que « ce qui était *Du droit des personnes* aux Institutes est devenu au Digeste, plus physiquement, *De la condition des hommes* »²⁷. Bien qu'il refuse de qualifier sa position de « personnalisme » ni d'« humanisme », l'ancien législateur en matière de droit des personnes endosse tout de même la lecture savignicienne qui accentue « *hominum causa* » à tel point que le droit romain semble déjà réserver la qualité de personne à l'homme et à l'homme seul.

Certainement, il faut davantage de précisions pour la périodisation, à savoir un début, une fin et leurs justifications. Pour notre sujet, nous nous proposons d'étudier la période entre 1804 et 1914.

S'agissant du début, bien que la formule de SAVIGNY date de 1840, rien n'empêche que l'on remonte jusqu'à la rédaction du Code civil, qui marque la rupture, au moins partielle, avec les traditions anciennes, et qui a été glosé par plusieurs générations d'« exégètes ». D'autant que ce Code, fruit de la Révolution, est, à plusieurs reprises, devenu cible d'attentat idéologique. Ce qui nous paraît plus important, c'est que le Code civil a instauré en France un cadre de discours juridiques unique au niveau européen. Le Code étant la seule référence autorisée, les civilistes français devaient désormais s'écarter des autorités jadis souvent citées, dont le droit romain. Par rapport à la situation française, l'héritage romain reste dans les pays allemands, par exemple, en vigueur jusqu'à 1900, et la civilistique et la romanistique n'y font qu'un seul métier. Le cadre français a des conséquences réelles dont nous pouvons, pour l'instant, citer deux exemples. Premièrement, l'Ecole historique du droit a connu un succès beaucoup plus grand en Allemagne et en Grande-Bretagne qu'en France. L'on entend parler volontiers de SAVIGNY ou de H. J. S. MAINE (1822-1888), tandis que le nom de

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

KLIMRATH semble assez obscur. Il existait, dans l'Hexagone, bien entendu, des esprits illustres qui ont travaillé sur l'histoire du droit : FUSTEL DE COULANGES est parmi les plus connus, sans oublier DURKHEIM et MAUSS, à la tête de l'Ecole sociologique française. Aucun d'entre eux n'est, pour autant, représenté comme juriste ni historien du droit. En bref, l'existence même du Code a réduit la dimension historique du droit civil à des adages tolérés par le nouvel ordre. Deuxièmement, le Code civil étant, à la fois, un monument national et un ensemble systématique de lois civiles, toute entreprise visant à changer le moindre détail de ce Code ne pouvait être réalisée que moyennant de vigoureuses luttes politiques. Ce qui est prouvé par l'un des plus grands événements pour la notion juridique de personne, à savoir la loi du 1^{er} juillet 1901, dont l'ampleur est bien connue.

Il est toutefois plus difficile de déterminer où cette histoire doit s'arrêter. Ce n'est certainement pas la « fin » de la codification, puisqu'il n'y a, jusqu'à nos jours, ni de « décodification » ni d'abrogation du Code Napoléon. Il faut donc chercher un point d'appui soit à l'intérieur soit à l'extérieur du système de droit civil français. A l'intérieur, si la législation et la jurisprudence sur notre sujet sont plutôt stables après les lois de 1901 et de 1905, la doctrine civiliste ne perd pas beaucoup de passion sur la question de personne, plus précisément sur les personnes morales. Nous remarquons, néanmoins, une tendance vers la synthèse dans ce domaine, faute de nouvelle théorie, de nouvelle conception dont on a disposé et dont on parlait beaucoup vers le tournant du siècle. De plus en plus d'auteurs se contentent de faire le bilan des formulations existantes et d'en tirer les conséquences. Le cours donné par Raymond SALEILLES, réalisé en 1907-08 et édité en 1910²⁸, et le traité rédigé par Léon

²⁸ Voir Raymond SALEILLES. *De la Personnalité juridique : histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*. Paris : La Mémoire du droit, 2003. Réimpression de l'édition de Paris : Rousseau, 1910.

MICHOUD, dont le premier tome est publié en 1906 et le second en 1909²⁹, sont les deux derniers ouvrages « généralistes » qui envisagent la notion de personne en tant que telle. Si celui de SALEILLES, la discrétion de l'auteur, ne cache pas entièrement son caractère polémique dans le contexte particulier, le travail de MICHOUD présente un édifice plutôt systématique et positiviste que provocateur. Le cours de SALEILLES, réédité en 1922, le traité de MICHOUD a connu sa deuxième édition en 1924, et sa troisième édition demeure indépassée dans la science civiliste depuis 1933 jusqu'à notre siècle. En d'autres termes, l'on ne voit plus rédiger un ouvrage comparable, qu'il défende ou critique les deux précédents, pendant les années dix et vingt. Par ailleurs, certaines conceptions développées vers la fin du XIX^e siècle servent, depuis ces décennies, de bonnes solutions chez certains doctorants dont le doyen CARBONNIER. Sa thèse, soutenue en 1932, porte sur le régime matrimonial où il trouve convenable d'appliquer la notion de personne morale, précisément celle de la copropriété en main commune, la *gesamte Hand* de droit germanique. Il nous paraît donc trop hâtif de nous arrêter à l'époque de SALEILLES et MICHOUD ou de la Grande guerre. En revanche, il nous semble la seconde guerre mondiale a, au niveau européen, mis fin aux discussions sur ce sujet : il ne reste que certains romanistes qui continuent à mettre à jour la bibliographie concernant la notion, parmi lesquels L. SCHNORR VON CAROLSFELD en Allemagne à la veille du national-socialisme³⁰, P. W. DUFF en Grande-Bretagne³¹, et le romaniste russe B. ELIACHEVITCH qui a construit l'essentiel de ses arguments dans les années 1910³². Ils partagent tous la même conclusion : il n'y a, en droit romain, pas de « personne morale » au sens contemporain. Il existe, par ailleurs, de moins en moins d'enjeux pratiques qui puissent

²⁹ Voir Léon MICHOUD. *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 1^{er} éd. 2 tomes, t. 1. Paris: L.G.D.J., 1906. Léon MICHOUD. *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 1^{er} éd. 2 tomes, t. 2. Paris : L.G.D.J., 1909. La deuxième édition est de 1924, la troisième de 1933. La deuxième édition est disponible sous forme de réimpression.

³⁰ Voir Ludwig SCHNORR VON CAROLSFELD. *Geschichte der juristischen Person*. München : Beck, 1933.

³¹ Voir Patrick William DUFF. *Personality in Roman Private Law*. Cambridge University Press : Cambridge, 1938.

³² Voir Basile ELIACHEVITCH. *La personnalité juridique en droit privé romain*. Paris : Sirey, 1942.

déclencher une nouvelle vague des études sur la personnalité, ce qui est en particulier constatable dans le domaine du droit des affaires dont la loi du 7 mars 1925 portant sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée est un exemple. Que telle société soit personne morale, l'on ne l'a pas trop contesté. En somme, après la première guerre mondiale, la notion de personne ne jouit plus d'autant de popularité que celle connue vers la fin du XIX^e siècle, et le gros dossier de la personnalité juridique que l'on a, depuis longtemps, construit et enrichi semble se clore à la veille de la Seconde Guerre mondiale.

Toutefois, nous nous arrêtons à 1914 avec l'irruption de la Première Guerre mondiale, car l'échange intellectuel franco-allemand, essentiel à notre travail, fut alors interrompu et n'a jamais retrouvé la même ampleur qu'auparavant. La période 1918-1940 doit être traitée indépendamment et le domaine de recherche doit s'étendre au-delà de la France de l'Allemagne. Les discussions dans ces années sont, par excellence, internationales et dispersées dans plusieurs disciplines.

Les paramètres temporels étant ainsi donnés, il faut rendre compte de l'aspect spatial. La question à poser est de savoir si l'on doit se borner à ce qui s'est passé en France et dans ce pays seul. La réponse est simple : il est impossible de ne traiter que les données françaises. Malgré toute particularité du Code civil, la production française des discours juridiques qui concernent la personne n'a jamais été isolée *in vitro*. Ce qui est vrai même bien avant l'apparition de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit comparé. Les auteurs français n'ont pas hésité à citer des ouvrages de leurs confrères étrangers, surtout d'outre-Rhin ou transalpins. Il en est ainsi car bon nombre de sources sur la personnalité juridique proviennent du droit romain et du droit canonique, deux disciplines qui précèdent l'Etat territorial. D'autant que les juristes européens, quelle qu'en soit la nationalité, sont tous formés dans un moule commun de droit civil avec un langage technique semblable. Ce caractère international est encore plus palpable

dans la production de discours juridiques portant sur la personnalité. La France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, et même la Grande-Bretagne ont, au XIX^e siècle, compté, chacune, plus d'un juriste éminent qui s'est prononcé sur la question. Ils se réfèrent les uns aux autres, et l'échange franco-allemand était particulièrement intense. Personne n'a traité la personnalité comme une notion propre à son droit national ou à sa civilisation. L'écart linguistique ne semble pas avoir empêché la transmission d'idées, car les grands ouvrages étaient consultés, cités et commentés avant d'être traduits. Ecrire l'histoire de la personnalité juridique dans cette période, c'est donc une tâche forcément comparatiste qui ne saurait, en aucun cas, être encadré dans tel ou tel système juridique national.

Reste à savoir quel est l'objet à étudier. Cette question est, à la fois, facile et délicate. Elle est facile, car il semble suffisant de dresser une liste des définitions et des usages de la notion de personne recueillis dans les textes législatifs, la jurisprudence et les principaux ouvrages doctrinaux. Elle est délicate, car il s'agit de prendre parti dans un long débat sur lequel personne n'a le dernier mot. L'on serait en face de « bonnes » et de « mauvaises » conceptions de personne, comme si l'on parvenait, finalement, à en découvrir la raison la plus universelle. Or Hans KELSEN nous a déjà démenti cette supposition : « Les notions personnelles de « sujet de droit » et « organe du droit » ne sont nullement des concepts indispensables pour la description du droit [...] Ce sont simplement des notions auxiliaires qui [...] facilitent cette description »³³. Il répète la même idée ailleurs : « Le juriste peut », dit-il, « à sa guise utiliser ou se passer du concept de personne juridique [...] Toutefois ce concept auxiliaire est particulièrement utile quand le droit de l'Etat lie à l'établissement de la corporation »³⁴. En conséquence, l'on ne doit pas se donner le but de tirer la meilleure définition de personne depuis

³³ Hans KELSEN. *Théorie pure du droit*, tr. par Charles EISENMANN. Paris : L.G.D.J., 1999, p. 170.

³⁴ Hans KELSEN. *Théorie générale du droit et de l'Etat*, tr. par Béatrice LAROCHE, Valérie FAURE, et al. Paris : L.G.D.J., 1997, p. 153.

cette enquête historique, car il est probable qu'il n'y en ait point. Cela revient à dire que la notion de personne n'est pas une idée transcendantale qui se présente dans chaque époque avec le contenu.

Cependant, elle n'est pas non plus une invention ex nihilo faite par des juristes. Son support, notamment le mot « personne », n'a rien de néologique, puisque le mot latin *persona* existe depuis l'Antiquité. D'autant que le métier de juriste repose sur les sources de droit qui, par leur nature même, précèdent les cas concrets, ce qui se voit encore mieux chez les romanistes, antiquaires de métier. Ce mot « personne » impose donc aux juristes quelques limites dans leurs pratiques herméneutiques. La « personne » ne peut pas signifier n'importe quoi. Même Kelsen, qui réduit, l'on vient de le voir, le concept de personne à un rôle auxiliaire, ne va pas jusqu'à le retrancher à jamais de la science du droit. Il faut, en fait, faire attention à ce que le philosophe dit : ce sont les « notions personnelles » (*personale Begriffe*) dont on peut se dispenser. Autrement dit, c'est, non pas la « personnification », mais la « personnalisation » du sujet de droit que l'auteur bohémien a mise en cause. Et il ne s'agit pas de n'importe quelle « personnalisation », mais précisément de celle au sens d'identifier la personne à l'homme³⁵. Cette cible a été bien marquée dans la première édition de sa *Théorie pure du droit*, publiée en 1934. « Nous sommes », écrit le professeur en exil à Genève, « amenés à voir dans la notion de sujet de droit ou de personne un concept anthropomorphique créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive »³⁶. Si, dans cette édition ancienne, il a été tellement radical qu'il a rejeté totalement le sujet de droit et la personne en insistant sur le fait que « la « personne » ne désigne qu'« un faisceau d'obligations,

³⁵ La lecture de cet auteur nous paraît donc discutable : Anne PAYNOT-ROUVILLOIS. *Personne morale. Dictionnaire de la culture juridique* / s. dir. Denis ALLAND, Stéphane RIALS. Paris : LAMY, 2003, p. 1157. Kelsen aurait, selon elle, traité la personnalité comme concept très abstrait, et donc supprimé la nécessité de questionner la nature de celle-ci.

³⁶ Hans Kelsen. *Théorie pure du droit*, tr. par Henri THEVENAZ. Boudry-Neuchâtel : Baconnière, 1953, p. 104.

de responsabilités et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes »³⁷, le grand théoricien se contente, quelques années plus tard, de rendre facultatives les notions personnelles et de nous rappeler ce caractère utilitaire³⁸. Autrement dit, le positiviste autrichien a réhabilité la personne, équivalente du sujet de droit, qu'il avait voulue condamner sous réserve de toute représentation humaine que le mot « personne » puisse sous-entendre. Ainsi, la conclusion de ce penseur formé dans la tradition continentale rejoint, dans une large mesure, celle de John DEWEY, pragmatiste issu du courant de pensée anglo-américain. Celui-ci a, lorsqu'il s'est attaqué à la question de personnalité morale, annoncé le propos suivant comme son point de départ : « Pour les objets de droit, la conception de *personne* est une conception juridique ; pour dire de façon grossière, le mot *personne* signifie ce que la loi lui fait dire »³⁹. Il a mis en parallèle le jargon juridique et celui de l'œnologie. « Le mot *sec* », dit-il, « appliqué à une sorte particulière de vin porte le sens – et lui seule – qu'il a lorsque l'on l'applique à la classe de boissons en général. Pourquoi la même chose ne doit-elle pas valoir à l'égard de l'emploi de *personne* en droit ? »⁴⁰. Les deux esprits illustres, si hétérogènes soient-ils, partagent un point très important : dans le langage juridique, la « personne » ne s'entend pas nécessairement de la manière dont elle pourra s'entendre ailleurs, à savoir l'homme.

Bien que ces phrases de sagesse n'explicitent pas, pour autant, l'objet de notre étude, elles nous font, non pas nous détourner du vrai objet, mais l'approcher. Une histoire de la notion de personne en droit ou de la personnalité juridique doit, par conséquent, être une histoire de sujet de droit qui n'implique nullement de représentation humaine. Cette histoire doit expliquer comment et pourquoi l'on a, à un moment donné, mis en avant la notion de personne réservée à

³⁷ *Ibid.*

³⁸ KELSEN. *Théorie pure*. p. 170.

³⁹ John DEWEY. The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Journal*, 1926, 35, n° 6, p. 655.

⁴⁰ *Ibid.* p. 656.

l'homme qui est, à la fois, sujet moral et sujet de droit, et comment et pourquoi l'on les a associées en singularisant le sens anthropomorphique du mot « personne ». Il faut tenir compte, à la fois, des côtés positifs et négatifs de cet événement, c'est-à-dire ceux qui ont désormais été réputés personnes ou sujets de droit et ceux qui l'avaient été mais ne l'étaient plus. Certes, l'un des choix les plus intuitifs est de se borner aux emplois du mot « personne », ou bien, du mot *persona* au plus. Pourtant, cela nous semble un mauvais choix mauvais pour une raison simple : il existe, en langage juridique, bon nombre de termes composés par cette « personne » qui n'ont pour autant rien à voir avec « la personne » tout court. Le Code civil évoque notre mot-clé en 287 articles, mais la plupart d'entre eux ne signifieront pas d'autre chose si l'on le supprime ou le remplace par un pronom personnel. Ces cas-là ne sont, évidemment, pas en question, sans parler du pronom « personne » égal au « nul ». En revanche, le changement de position chez KELSEN laisse entendre que le concept de sujet de droit conservera sa valeur dans son système de normes à condition que la métaphore anthropomorphique n'usurpe pas le statut de la réalité.

Ici, la question la plus fondamentale se pose : que veut dire le sujet de droit s'il ne doit entretenir aucun lien ni avec l'homme, ni avec son aspect subjectif ? Comment ce « sujet de droit » peut-il se distinguer du concept homonyme formulé par SAVIGNY et accepté par la majorité des manuels de droit civil ? Cette dernière distinction est, évidemment, capitale pour toute la recherche que nous entreprendrons, car elle condense en elle-même tous les soins à prendre sur l'objet de notre travail.

A ce propos, les contributions de deux philosophes, notamment Vincent DESCOMBES, d'un côté, et Philip PETTIT, de l'autre, fournissent des arguments fondés sur la logique dont nous pouvons nous servir avec profit. Le premier, en analysant la problématique du « sujet » dans leurs dimensions philosophique, éthique et politique, met en cause l'idée selon laquelle

l'on est sujet si l'on a la conscience de soi-même⁴¹. Tandis que le second a établi comment un groupement est digne d'être, à côté des individus, qualifié de sujet intentionnel et de personne institutionnelle⁴². Nous tâcherons, en nous appuyant sur leurs apports, de construire une grille qui range bien les formulations diverses de la personne et de la personnalité, une grille qui est, non pas substantielle, mais formelle et ce, afin d'écarter la moindre présélection par un critère arbitraire de notre part.

Section III Détour : deux contributions philosophiques

Paragraphe I DESCOMBES : critiques de la philosophie du sujet

Sous-paragraphe I Clarification au sujet de « sujet »

Ayant parcouru depuis l'Antiquité jusqu'à notre ère, DESCOMBES nous rappelle au moins deux usages distincts du sujet : l'un désignant l'être conscient de soi, l'autre, le fondement d'un acte. Le sujet, pris au premier sens, fait croire que le même individu ait un noyau dur à l'intérieur duquel lui seul est admis. Ce sujet pourrait entretenir un rapport entre « je » et « moi » en raison de sa conscience de soi. Ce rapport se manifesterait par la structure réfléchie qui est commune aux langues occidentales. De plus, ce sujet serait libre et autonome car il s'impose des règles et s'oblige à faire quelque chose ou à s'en abstenir. En consentant à conclure un contrat social, une pluralité de sujets pourrait donc créer une entité politique qui les gouverne au nom de leur autonomie même. Les lois imposées par telle entité politique seraient du droit objectif par rapport aux droits subjectifs dont jouiraient ces sujets-là. A son deuxième sens, en revanche, le sujet n'est rien d'autre que ce à quoi un verbe se rapporte dans une phrase. C'est précisément ce sens-là qu'entend ARISTOTE dans le chapitre II des *Catégories*, à savoir

⁴¹ Vincent DESCOMBES. *Le Complément de sujet : Enquête sur le fait d'agir de soi-même*. Paris : Gallimard, 2004.

⁴² Philip PETTIT. Collective Persons and Powers. *Legal Theory*, 2002, 8, n° 4, p. 443-470.

hypokeimenon en grec et *subiectum* en latin, l'idée de base, de fondement ou de substrat. A laquelle tradition s'inscrivent, nous rappelle DESCOMBES, également toute la scholastique et même DESCARTES.

Abstraction faite du reste de ses discussions, il suffit, pour l'instant, de souligner que l'idée centrale de DESCOMBES est de récuser toute conception fondée sur le rapport de soi à soi. Pour combattre ce qu'il appelle la philosophie du sujet, DESCOMBES fait recours à l'analyse syntaxique du linguiste Lucien TESNIERE et à de nombreux éclaircissements de WITTGENSTEIN au titre de grammaire philosophique. L'une des cibles principales de son travail est la construction réfléchie qui, selon certains, illustrerait la particularité du sujet qui y sert, à la fois, de complément d'objet. Notre logicien propose de substituer le terme de *suppôt* au sujet, au sens de « complément de sujet », qui est le titre de son livre. Ce complément de sujet exerce sa fonction tout comme le complément d'objet qui nous est familier. Tous les deux sont nécessaires dans la construction « actancielle », c'est-à-dire celle qui décrit une action.

Les explications que donne DESCOMBES sur la « grammaire de l'action sur soi » méritent d'être résumées pour notre sujet. Il s'agit des verbes réfléchis, par lesquels l'on exprime des actes réfléchis, tels que se laver, se regarder dans le miroir, se couper, se soigner⁴³. D'après lui, « la grammaire traditionnelle ne connaît qu'une seule forme de réflexion, celle qui résulte de l'identité entre l'individu qui produit l'action et celui qui en est l'objet »⁴⁴. Il exprime son objection contre cette grammaire en nous rappelant qu'il y a deux passifs d'un acte transitif. L'individu qui est identifié comme l'agent peut donc réapparaître de deux manières dans la même description de l'action, soit, dit-il « comme *objet*, dans l'action réfléchie au sens habituel, soit comme destinataire ou attributaire »⁴⁵. DESCOMBES remarque, à juste titre, que « l'action

⁴³ DESCOMBES. *Complément de sujet*. p. 109.

⁴⁴ *Ibid.* p. 111.

⁴⁵ *Ibid.* p. 112. Son insistance.

réfléchi est celle qu'un agent (personnel ou non) exerce sur lui-même. Elle est une *action* sur soi parce qu'elle est une action *transitive*, une action sur quelque chose. Puisque cette action est transitive, sa description nécessite bien que la phrase présente deux positions actanciennes, de façon à poser la polarité de l'actif et du passif »⁴⁶. Il fait ainsi écho à l'exemple aristotélicien portant sur un médecin qui se guérit lui-même. Le philosophe français est d'accord avec le sage grec en ce que le médecin guérit tout simplement un homme malade qui n'est médecin que par hasard. « La guérison en question », dit-il, « est un changement dans le patient. Les soins ne sont pas donnés au médecin comme tel, mais à cet homme qui est par ailleurs médecin. L'identité du médecin et du patient est *contingente* »⁴⁷. De là, DESCOMBES explicite qu'un verbe garde le même sens qu'il soit utilisé à la forme réfléchi ou à la forme courante, où l'agent et le patient de l'action sont distincts. Il met ainsi en avant, avec insistance, les conditions d'une action réfléchi : « 1° ce que l'agent se fait à lui-même, un autre (agent) que lui pourrait le lui faire ; 2° ce que l'agent se fait à lui-même, il pourrait le faire à un autre (patient) que lui-même »⁴⁸.

Toutefois, DESCOMBES ne se borne pas au plan purement philosophique. Bien au contraire, il poursuit jusqu'à de grandes problématiques politiques et juridiques, ce qui est l'un des grands mérites de son livre. Il nous paraît pertinent de nous arrêter devant deux thèmes qu'il a évoqués : l'un concerne le sujet et sa socialité, l'autre le sujet de droit et le jusnaturalisme.

Sous-paragraphe II Pluralité de « citoyen », pluralité de « personne »

Le premier thème porte sur la philosophie politique. DESCOMBES renvoie à un texte de TOCQUEVILLE d'après lequel les contemporains de celui-ci possédaient une idée de liberté qui était très différente de celle de l'Antiquité. Tandis que les Romains considéraient,

⁴⁶ *Ibid.* Son insistance.

⁴⁷ *Ibid.* p. 110. Son insistance.

⁴⁸ *Ibid.* p. 111.

selon l'aristocrate, que leur liberté était fondée seulement sur leur qualité de citoyen, les modernes se croiraient naturellement libres et indépendants les uns des autres. Notre philosophe associe la première conception à la définition aristotélicienne de l'autonomie reprise dans le dernier siècle par C. CASTORIADIS : être autonome, c'est être capable de commander et d'obéir. En revanche, un partisan de la philosophie du sujet pourrait interpréter l'autonomie à la kantienne en la définissant comme s'imposer à soi-même des règles, ou bien « se commander à soi-même » et « obéir à soi-même ». C'est précisément ces deux derniers verbes qui marquent la citoyenneté dans une démocratie moderne⁴⁹.

Ce contraste entre la « liberté des anciens » et « la liberté des modernes » amène notre philosophe à un autre plan, à savoir celui du rapport entre l'individu et la société. Car si les anciens ne trouvaient, en dernier ressort, que leur appartenance à la cité, les modernes ne le peuvent plus à moins d'encourir le risque de toute sorte d'holisme. Il faut que ceux-ci parviennent à savoir comment les individus peuvent – s'il est possible – vivre en état social tout en préservant chacun leur liberté dans son intégralité. Il faut lever le paradoxe entre l'individu autonome, qui se commande à lui-même et obéit à lui-même, et la société qui impose des règles communes. L'une des solutions proposées est, justement, celle de la philosophie du sujet que vise DESCOMBES⁵⁰. Celui-ci nous avertit que plusieurs auteurs souvent cités comme des autorités éminentes de la philosophie politique du sujet – c'est-à-dire celle fondée sur le rapport de soi à soi – n'ont pas conçu de cette façon l'existence politique :

Ni DESCARTES ni ROUSSEAU n'ont formulé une philosophie politique du sujet, car ils estiment l'un et l'autre qu'une société existante est une société holiste. Nous avons vu que de TOCQUEVILLE pensait de même : il n'existe pas de société, pas d'action commune, sans idées communes. De ce point de vue qui est aussi celui de la sociologie durkheimienne, le problème de l'homme

⁴⁹ *Ibid.* p. 327-329.

⁵⁰ *Ibid.* p. 332-336.

moderne est de savoir comment reconnaître cette vérité sociologique alors que nos valeurs suprêmes sont de fait, et surtout *doivent* être, en effet, celle de la liberté de l'individu, tant pour ce qui est de l'intimité de sa conscience [...] que pour ce qui est de ses activités...⁵¹

Cela veut dire, nous semble-t-il, que le plus grand obstacle que la philosophie politique du sujet doit surmonter est de faire chaque sujet citoyen sans qu'il y ait préalablement la cité. Il faut, en d'autres termes, que cette philosophie construise, dirais-je, un « citoyen absolu », comme ablatif absolu en grammaire de latin, un citoyen détaché de tout contexte institutionnel qui lui précède et qui le dépasse. C'est là où DESCOMBES nous renvoie à BENVENISTE, le grand linguiste, pour faire remarquer qu'une déclaration du type « Je suis citoyen » est, telle quelle, incomplète⁵². Celui-ci a déjà montré qu'il existe dans l'héritage culturel occidental deux modèles linguistiques permettant de comprendre l'attribut « citoyen » : les Grecs, d'un côté, reconnaissent à quelqu'un le statut de *politès* de celui-ci s'il peut indiquer de quelle *polis* il fait partie ; les Romains, de l'autre, parlent souvent du citoyen, non pas tel quel, mais avec un pronom possessif : *civis meus*, *cives nostri*, le mot « *civis* » renvoyant plutôt à l'idée de « concitoyen » que celle de « citoyen ». Ce mot « *civis* » n'est pas un terme absolu comme « métallique » ou vivant, mais plutôt relatif comme les adjectifs « ami », « allié », « proche » etc. Néanmoins, tous les deux désignent, au bout du compte, la même relation. « Quel que soit », commente DESCOMBES quant au passage de BENVENISTE, « le modèle linguistique adopté, il faut trouver en dehors de l'individu l'ensemble auquel le rattacher »⁵³.

Si la tradition veut que le mot « citoyen » implique une relation de partie à tout, de sorte qu'il n'y a pas de citoyen sans concitoyen, cela revient, nous semble-t-il, à dire qu'il n'y a que « les citoyens » au pluriel qui sont concitoyens les uns des autres ou bien tous citoyens de la

⁵¹ *Ibid.* p. 376.

⁵² *Ibid.* p. 377-378, 502.

⁵³ *Ibid.* p. 378.

même cité. En revanche, l'énoncé « Je suis citoyen » où le mot « citoyen » s'emploie au singulier est elliptique, allusion aux autres compagnons omise.

De cette observation personnelle, nous voudrions tirer une remarque encore plus audacieuse portant sur « la personne », que nous essayons toujours de mettre entre guillemets dès le début de ce travail. Autant le « citoyen » ne saurait se retirer du rapport de partie à tout, de l'individu au collectif, autant la « personne » ne peut se soustraire du cadre institutionnel auquel elle s'insère. La personne telle que les juristes contemporains l'entendent est inconnue, voire impensable dans la même tradition gréco-latine dont relève le mot « citoyen ». L'on lit plutôt les personnes au pluriel, par exemple le titre du Livre I du Code civil « Des personnes », qui continue la tradition que le texte de HERMOGENIEN transmet de ses prédécesseurs : SAVIGNY et CARBONNIER ne citant que la partie inaugurale⁵⁴, le jurisconsulte romain, en fait, a dit quelque chose de plus. Conformément à la terminologie de GAIUS, HERMOGENIEN a, dans son fragment, annoncé l'ordre dans lequel il allait traiter les matières dans son propre ouvrage. Il voulait, en effet, commencer par l'état des personnes avant de passer aux autres objets, de suivre l'ordre de l'édit perpétuel et de ranger les objets sous les titres relatifs⁵⁵. Par le contexte de ce fameux fragment, nous le voyons bien, d'une part, que le Digeste y envisage, non pas *personae*, mais les *iura personarum*, et, de l'autre, que le fragment de HERMOGENIEN était conforme à la terminologie des auteurs précédents, par exemple, celle de GAIUS. Si nous nous reportons aux textes voisins du fragment cité, nous retrouvons des phrases où ce dernier jurisconsulte s'attaquait à la division la plus fondamentale en matière droit des personnes, notamment celle en hommes libres et en esclaves : « *Summa itaque de iure*

⁵⁴ Voir ci-dessus notes 24 et 25.

⁵⁵ HERMOGENIEN, D. 1, 5, 2 : « *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximis atque coniunctis applicantes titulos ut res patitur, dicemus* ». Voir ci-dessus p. 9, note 24.

personarum divisio haec est... »⁵⁶, « *de iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae sui iuris sunt...* »⁵⁷. En outre, il nous reste encore de nombreux exemples de « personnes » au pluriel, quel que soit le *casus*, chez ULPIEN et PAUL, parmi d'autres. Nous constatons que chaque fois que l'on évoque le mot « personne » au singulier, il est toujours lié à un adjectif qualificatif ou spécifié par un démonstratif. Qui plus est, le droit des personnes commence toujours, depuis le Digeste, par une série de distinctions de statuts : libres, esclaves, ecclésiastiques, nobles, paysans, étrangers, et ainsi de suite. Qui dit distinction dit multiplication et pluralité. La longue tradition juridique n'aurait, par conséquent, pas pu faire place à une notion – pour reprendre notre néologisme – de « personne absolue », s'il n'y avait eu aucune invention à cet égard. Il est fort probable que le « sujet de droit » tel qu'emploie SAVIGNY constitue l'innovation la plus importante.

Sous-paragraphe III Sujet de droit, subiectum iuris

Fort de sa grammaire philosophique, DESCOMBES s'attaque à la question de sujet de droit, notion en pleine polémique dans la fameuse affaire Perruche. Plus précisément, cette question est double : le langage juridique ne parle pas seulement du sujet de droit, mais aussi des droits subjectifs. Il s'agit donc de savoir comment articuler ces deux notions cardinales pour le droit contemporain et si elles sont tenables du point de vue logique.

Le philosophe prend pour point de départ les critiques qu'a faites M. VILLEY à propos de ces deux notions. VILLEY, lui, s'objecte à l'usage moderne du terme « droit subjectif » pour plusieurs raisons. L'une parmi elles est que le caractère objectif du langage juridique n'admet nullement l'existence d'un droit « subjectif ». Un droit tel que l'on le revendique ne relève pas de la sphère subjective de l'individu, comme le prétend ce que le juriste appelle « le langage de

⁵⁶ GAIUS, 1 Inst., D. 1, 5, 3.

⁵⁷ GAIUS, 1 Inst., D. 1, 6, 1 pr.

l'individualisme ». Contre cet argument de VILLEY, s'est élevé J. FINNIS, auteur britannique connu pour sa doctrine de « droit naturel ». Ce dernier estime que le terme « droit subjectif » est tout à fait admissible car il exprime au fond la même chose que le langage « objectif ». Pour le philosophe d'Oxford, ce langage objectif est celui qui regarde la relation constituée par les parties en litige, tandis que le langage subjectif est celui qui est centré sur une partie des deux. Ainsi, il prétend qu'il n'y rien de neuf dans la notion de « droit subjectif » ni dans « sujet de droit », rien de révolutionnaire entre les anciens et les modernes⁵⁸. Cette position ne répond, selon DESCOMBES, pas au véritable problème levé par VILLEY, à savoir une équivoque dans le terme « sujet de droit ». Notre logicien se demande :

Est-ce que [...] la notion de sujet de droit n'est pas prise en deux sens ? En l'un des sens du terme « sujet de droit », on peut exprimer n'importe quel problème juridique dans l'idiome des « droits subjectifs » ; en un autre sens, on ne le peut pas⁵⁹.

En l'occurrence, il s'agit, précisément, des deux sens que l'on vient de voir : lorsqu'un sujet de droit est effectivement ce à quoi un droit se rapporte, l'on n'a aucun besoin de préciser si ce sujet est un être humain ou s'il est conscient de soi, libre et autonome :

Nous avons bien un exemple dans lequel la notion de « droit subjectif » est anodine. Par exemple, demander à qui appartient ce cheval, c'est demander qui en est le propriétaire, donc qui est le *subiectum iuris* relativement au cheval. Mais cette notion n'implique aucunement la théorie jusnaturaliste qui prétend que les gens peuvent être propriétaires par leur seule volonté d'appropriation, hors de tout ordre juridique institué⁶⁰.

Etayé par ses analyses syntaxique et logique, DESCOMBES nous fait comprendre ce que VILLEY veut exprimer lorsque celui-ci dit que « le droit ne connaît pas de sujet, seulement

⁵⁸ DESCOMBES. *Complément de sujet*. p. 420-422.

⁵⁹ *Ibid.* p. 427.

⁶⁰ *Ibid.*

des attributaires ». Pour DESCOMBES, « il s'agit », dit-il, « moins de supprimer une notion solide de « sujet de droit » que de signaler que cette notion solide n'existe pas ». En revanche, le philosophe affirme qu'en premier lieu, il existe, souligne-t-il, « le *sujet de prédication* de droits qui ne sont en rien subjectifs, puisqu'ils ne manifestent pas l'indépendance de l'individu à l'égard des puissances extérieures, mais au contraire sa dépendance à l'égard de la puissance étatique dont il attend divers bienfaits justement qualifiés de « providentiels » ». En second lieu, continue le philosophe, il existe également « le sujet d'une action exprimée à la voix active, donc le *complément d'agent*. Ce complément d'agent désigne un support porteur de diverses capacités naturelles : il peut marcher, se lever, manifester une volonté. La question de « droit subjectif » est alors de savoir à quel titre un individu pourrait juger qu'il a le *droit* de faire certaines choses du seul fait qu'il *veut* le faire, ou peut-être du seul fait qu'il *a besoin* de les faire pour accomplir quelque chose d'indispensable ». DESCOMBES nous met en garde contre l'équivocité du mot « attribuer » qu'emploie VILLEY : l'attribution d'un droit à une personne ne procède pas selon la même forme logique que l'attribution d'une qualité à une substance ; si dans le premier cas « il s'agit pour un juge de décider qui sera l'attributaire d'une *chose* que l'on peut spécifier pour elle-même », dans le second, « l'attribution est seulement le fait de décrire la chose sous tel ou tel aspect : il ne s'agit nullement de mettre en relation deux entités que l'on pourrait identifier séparément l'une de l'autre »⁶¹.

L'analyse de DESCOMBES nous autorise à dissocier les éléments de la personne que SAVIGNY a forgés en unité indivisible : le sujet de droit, le sujet moral et l'homme. Puisque de la perspective logique, la notion de « sujet de droit » qui jouit naturellement de certains « droits subjectifs » en raison de sa liberté, son autonomie au sens kantien et de son rapport de soi à soi n'a pas lieu d'être. Néanmoins, si l'on dégage les deux derniers éléments de la notion

⁶¹ *Ibid.* p. 430-431.

savignicienne de personne, la phrase inaugurale de SAVIGNY dans son tome II du *System* sera incontestable : « Tout rapport juridique existe dans la relation d'une personne vers une autre personne »⁶². De là, nul n'objectera qu'il faut un sujet auquel un droit ou une obligation se rapporte sans que ce sujet dispose d'une dimension subjective ni d'une conscience de soi. L'on ne saurait nier que le droit, surtout dans sa dimension substantive, concerne essentiellement les rapports. C'est ce qu'a affirmé le même SAVIGNY lorsqu'il dit que la nature des sources de droit repose, non pas en « droit au sens subjectif » (*Recht im subjektiven Sinn*), mais en « rapport de droit » (*Rechtsverhältnis*) dont tel ou tel droit subjectif ne décrit qu'un aspect particulier délimité par abstraction⁶³. Cette observation est parfaitement compatible avec le sujet de droit employé au sens de *subiectum iuris*. Ce qui ne doit étonner personne, puisque le défaut d'une notion de sujet conscient de soi n'a empêché ni les jurisconsultes romains ni les glossateurs médiévaux d'envisager les rapports de droit. Que SAVIGNY entende par « rapport de droit » un sens plutôt particulier, opposé au rapport de fait, cela ne nous concerne point pour le moment. Ne rentre pas non plus dans la discussion présente le célèbre « libéralisme de droit privé » (*Privatrechtsliberalismus*) chez le porte-parole de l'Ecole historique allemande⁶⁴. Ce que nous voudrions établir, c'est que personne ne saurait revendiquer un droit hors un contexte de rapport. Et un rapport est nécessairement constitué par au moins deux parties, quelle qu'en soit la nature. Si l'on se représente un tel rapport en termes de droits, l'on pourra certainement parler du *subiectum* d'un droit, ou bien, du « point d'imputation des obligations et des droits »⁶⁵, une formulation que l'on retrouve également dans certains manuels.

⁶² SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 1.

⁶³ Friedrich Carl von SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*. 8 tomes, t. 1. Berlin : Veit, 1840, p. 7.

⁶⁴ Voir Olivier JOUANJAN. La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : Itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique. *Droits*, 1999, n° 28, p. 50-55. Le professeur strasbourgeois y a repris et approfondi une série de recherches sur la tendance politique de SAVIGNY dont l'ouvrage le plus important est Joachim RÜCKERT. *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Ebelsbach : Gremer, 1984.

⁶⁵ Olivier CAYLA, Yan THOMAS. *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*. Paris : Gallimard, 2002, p. 93-94.

Paragraphe II PETTIT : dépasser le substantialisme

Sous-paragraphe I Dilemme discursif

Si le travail de DESCOMBES nous permet de ne voir en la personne qu'un point d'imputation des obligations et des droits sans impliquer la conscience de soi, l'argument de PETTIT montre, à son tour, qu'il y a forcément des personnes, pour ainsi dire, morales, en raison du « dilemme discursif » (*discursive dilemma*) qu'il a adapté du « paradoxe de doctrine » (*doctrinal paradox*) que deux autres auteurs américains ont relevé dans leurs recherches sur les manières dont des juges américains décident. Il s'agit de l'émergence d'un plan de rationalité collective qui est parallèle à celui de rationalité individuelle. Ce plan de rationalité collective ne suppose aucune substance de personnalité morale et ne relève pas non plus de quelle ontologie que ce soit.

Le dilemme discursif, selon son inventeur, est une version généralisée du « paradoxe de doctrine » qu'ont identifié certains théoriciens du droit dont un Lewis KORNHAUSER et un Lawrence SAGER. Le cas de figure de ce paradoxe porte sur le processus de délibération qui a lieu au sein d'un collège de juges. Dans ce processus qui peut être étrange à la justice française, il s'agit de décomposer, d'après une doctrine reçue, l'espèce principale à régler en plusieurs questions secondaires et à mettre celles-ci en ordre selon la logique de la règle. Ce paradoxe consiste dans le fait que la pratique standard où les juges font chacun sa décision individuelle et votent pour un jugement collectif produit un résultat différent de ce qui aurait pu s'ensuivre si ces mêmes juges avaient, au contraire, voté sur la pertinence des considérations secondaires et laissé ces votes s'imposer sur la conclusion⁶⁶. Pour ceux qui ne sont pas habitués au vocabulaire juridique américain, il faut noter que le mot « doctrine » peut être un faux ami pour les juristes français : les milieux politiques et juridiques d'outre-Atlantique désignent par ce terme, non pas

⁶⁶ PETTIT. *Collective Persons*. p. 444.

un ensemble d'arguments, de systèmes ou de théories élaborés par les universitaires, mais un avis ou un principe plutôt partisan ou personnel. Il ne s'agit donc pas de l'opposition usuelle entre la doctrine et la jurisprudence, mais d'une thèse, d'une prétention, d'une série d'arguments à portée restreinte. Lorsque KORNHAUSER et SAGER ont, pour la première fois, mis en évidence ce paradoxe, ils ne l'ont pas ainsi qualifié, mais se sont contentés de mettre en parallèle les résultats contradictoires⁶⁷. Ils n'ont pas, dans un article postérieur, non plus précisé pourquoi ce paradoxe était « *doctrinal* »⁶⁸. Il nous semble, en conséquence, que l'adjectif anglais « *doctrinal* » y est employé au sens le plus générique que connaît le jargon américain du droit. L'enjeu de ce paradoxe est énorme dans la justice américaine qui reste très autonome par rapport à la française : selon les deux professeurs, l'existence de ce paradoxe porte atteinte à l'idéal judiciaire selon lequel le procès est équitable parce que le tribunal applique la même règle dans les cas semblables. Tant que le paradoxe se présente, il est inévitable que le protocole de délibération qu'un collège de juges a choisi détermine, au lieu de la prétendue « doctrine » ou règle abstraite, le sort des intéressés. Un des schémas que les deux chercheurs ont donnés suffit à visualiser ce paradoxe⁶⁹. Supposons que trois juges aient devant eux un litige dont l'objet est la violation du contrat et éventuellement les dommages-intérêts qui en résultent. Faisons une deuxième hypothèse que le collège n'ait, toute abstraction faite, à trancher que deux questions, notamment celles de savoir s'il existe en l'occurrence un contrat, et si le contrat a été violé.

Juges	Contrat	Violation	Dommages-intérêts (résultat final)

⁶⁷ Lewis A. KORNHAUSER, Lawrence G. SAGER. Unpacking the Court. *Yale Law Journal*, 1986, n° 96, p. 115-116.

⁶⁸ Lewis A. KORNHAUSER, Lawrence G. SAGER. The One and the Many : Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, 1993, n° 81, p. 1-59.

⁶⁹ *Ibid.* p. 11.

A	Oui	Non	Non
B	Non	Oui	Non
C	Oui	Oui	Oui

Voici les trois magistrats du fameux collège et leurs réponses à chacune des questions. Mettons que les juges A et C reconnaissent tous les deux l'existence du contrat en question, et que seul le juge B le trouve frappé de nullité. De plus, disons que, contrairement au juge A, ce juge B partagerait l'avis du juge C en ce que le contrat a été violé s'il n'était pas nul. Dans ce cas de figure, déjà simplifié d'ailleurs, les juges disposeraient de deux protocoles de délibération : soit ils ne votent que sur le résultat final, soit ils votent séparément sur les deux conditions des dommages-intérêts. Visiblement, ils ne donnent pas la même conclusion. Le premier protocole débouterait le demandeur créancier de sa plainte, tandis que le second lui ferait justice.

PETTIT appelle ce problème « dilemme discursif » plutôt que « paradoxe de doctrine » car il voit la forte possibilité de généraliser ce dernier, d'en montrer son étendue imprévue qui va bien au-delà du simple scénario judiciaire, où est impliquée une certaine doctrine. Ce dilemme se produit lorsque deux personnes ou plus envisagent plus de deux prémisses, qu'elles soient organisées de façon conjonctive ou disjonctive⁷⁰. Il souligne en particulier trois dimensions de ce dilemme qu'il juge souvent ignorées. Le professeur de Princeton estime d'emblée que les groupes sociaux ne sont pas épargnés par cette difficulté lors de leurs discussions sur les actions collectives. Cette première généralisation, qu'il appelle « sociale » (*social generalization*), doit être facile à comprendre, puisque notre philosophe met en scène, à titre exemplaire, un syndicat réuni en assemblée générale, une banalité dans la vie française.

⁷⁰ PETTIT. *Collective Persons*. p. 446.

Ensuite, il précise que le dilemme discursif ne s'efface pas sur le plan diachronique, par rapport au plan synchronique dont relèvent les cas judiciaire et syndical. Il suffit, pour les juristes, de se représenter le trajet de la jurisprudence qui est tout sauf une ligne droite. La dernière dimension que PETTIT envisage est le choix procédural entre la procédure de *modus ponens* et celle de *modus tollens*. Il mérite, entre parenthèse, d'expliquer les deux termes logiques : tous les deux concernent l'affirmation conditionnelle, disons « si *p* alors *q* », le *modus ponens* consistant à confirmer la mineure *p* et à justifier ainsi la conclusion *q*, le *modus tollens* la mineure *non-q* alors *non-p*. Si seul le premier est autorisé aux tribunaux, le second n'est pas moins pertinent sur des niveaux non juridiques⁷¹. Le glissement d'une procédure à l'autre peut enchaîner des conséquences énormes, car il permet, dans un processus de discussion, de détourner une prémisse délicate ou controversée. Les opinions exprimées sur d'autres sujets, voire la conclusion, reviendraient alors à s'imposer sur cette prémisse suspendue.

En somme, les trois généralisations du dilemme discursif, à savoir sociale, diachronique et de *modus tollens*, montrent comment ce problème peut troubler la prise de décision collective. L'existence de ce dilemme nous empêche d'identifier l'ensemble des choix individuels avec le choix de la pluralité composée par les mêmes individus. L'arithmétique seule ne donne pas de réponse univoque, bien au contraire. Cela veut dire que le vote au scrutin majoritaire ne parvient, comme l'on le croit, pas à sortir les individus de l'incertitude. PETTIT tient à souligner que l'une des leçons que l'on peut tirer du dilemme discursif est précisément la discontinuité entre les attitudes formées au niveau collectif et celles des membres de cet ensemble⁷². Cette discontinuité n'implique, d'après l'auteur, aucune prétention ontologique, car il n'a guère l'ambition de déclarer que les décisions et les attitudes prises au niveau collectif

⁷¹ *Ibid.* p. 446-450.

⁷² *Ibid.* p. 459.

sont indépendantes de ce qui se passe au niveau individuel⁷³. Il ne voit pas non plus de distinction entre ces deux niveaux même si tous les membres disparaissent⁷⁴, ce qui fait allusion à un argument juridique très ancien sur lequel nous reviendrons⁷⁵.

Sous-paragraphe II Personne/sujet institutionnel

Ce fameux dilemme discursif nous apporte davantage que la discontinuité d'attitudes, car parler de deux niveaux distincts d'attitudes ou de décisions, c'est parler de deux rationalités, l'une individuelle et l'autre, pour ainsi dire, collective. Cette dualité constitue un obstacle contre tout réductionnisme ou bien contre ce que PETTIT appelle « *eliminativism* », qui est plutôt penché vers la thèse de continuité d'attitudes, et réduit donc le niveau collectif à l'individuel. Notre auteur n'hésite pas non plus à y ajouter que, même si certains veulent ignorer ce niveau collectif de rationalité, force est de constater qu'un grand nombre de groupes sociaux, ceux dotés d'un but à atteindre en particulier, ne le peuvent pas. Ces groupes-ci se comportent, au contraire, de façon plus ou moins rationnelle, c'est-à-dire qu'ils cherchent à demeurer cohérents dans leurs discours et attachés à leurs objectifs. Ainsi, nous pourrions les considérer comme unités permanentes auxquelles les jugements, les intentions et les attitudes sont, malgré toute mutation temporelle ou spatiale, imputés. C'est de cette manière que le philosophe américain qualifie certains groupes de « sujet intentionnel » (*intentional subject*) et, mieux encore, « personne institutionnelle » (*institutional person*)⁷⁶.

La distinction que PETTIT y introduit ne nous concerne pas pour l'instant. En revanche, deux observations méritent d'être retenues pour les discussions suivantes sur la personnalité juridique. La première porte, en rejoignant la thèse de DESCOMBES que nous venons de voir,

⁷³ *Ibid.* p. 460.

⁷⁴ *Ibid.* p. 459.

⁷⁵ Voir ci-dessous 317, 571.

⁷⁶ *Ibid.* p. 458, 460.

également sur la quadruple thèse savignienne qui identifie la personne, l'homme, le sujet de droit et le sujet moral : quel que soit le statut ontologique du collectif, l'on ne saurait tout expliquer en termes de choix de l'individu, en raison de la discontinuité d'attitudes et de jugements entraînée par le dilemme discursif. Il faut, par conséquent, s'ouvrir aux horizons non individualistes lorsque l'on parle de la personne. Autrement dit, le niveau collectif de rationalité est irréductible. Cela justifie non seulement la dissociation des éléments de la définition de SAVIGNY, que nous avons venons de faire, mais également l'application de la notion de sujet de droit au sens de *subiectum* à toute pluralité d'individus. Mieux encore, nous serons ainsi dispensés de l'obligation de prendre parti dans la grande controverse sur la nature de la personne morale, qui, nous le verrons, appelle toujours davantage d'attention sur ses enjeux véritables. Nous pouvons donc rester sur le plan formel dans cette étape préliminaire.

La deuxième observation pertinente concerne l'application du dilemme discursif dans une dimension que PETTIT n'a pas mentionnée dans son article, notamment celle de patrimoine autonomisé : fondations, patrimoines d'affectation, droits sans sujet, *Zweckvermögen* allemand, *trust* anglais etc. Ce qu'ils ont en commun, c'est une masse de droits patrimoniaux destinée à un but donné sans aucun associé, adhérent ou toute sorte de membre humain. Ce genre de patrimoine autonomisé rentre sans difficulté dans la catégorie de groupement qu'il baptise « *purposive group* », groupe doté d'un certain but, ou, pour ainsi dire, le groupe d'affectation. Si un tel groupe, que ce soit un parti politique, un syndicat d'ouvriers, une association de consommateurs etc., évite à tout prix de se contredire ou de se récuser pour que les gens prennent au sérieux ses actes et ses paroles, il en est de même, voire à plus forte raison, à l'égard de ces institutions juridiques qui ne sont pas toutes des personnes morales, en raison même de leurs finalités respectives. Sans cette caractéristique que l'on peut appeler téléologique, elles ne seraient que de simples choses soumises à l'empire du droit des biens. Il

ne s'agit, en l'occurrence, pas de fonder le droit tout entier sur le but ni d'adhérer à la pensée de R. von JHERING (1818-1892), telle qu'il l'a exprimée dans son célèbre « *Der Zweck im Recht* ». Nous avons plutôt affaire à un niveau de rationalité, toujours prise au sens de cohérence et de continuité de raison d'agir, qui ne se confond pas avec le niveau individuel. Là aussi, l'on voit manifester la discontinuité de la rationalité lorsque ce genre d'institution n'est gouverné que par son acte constitutif qui précise son administration. La volonté du créateur, du fondateur ou du *trustor* n'y est plus prise en compte dès que telle institution est mise au monde. Cet acte-ci est, en bref, irrévocable. C'est, concrètement, de ce deuxième niveau de rationalité que relève l'administration d'un faisceau de biens ou de droits ainsi réunis. Ici, le paradoxe de doctrine nous suffit, si l'on compare la *doctrine* au sens de KORNHAUSER et SAGER avec les dispositions statutaires d'une fondation. Et ce n'est qu'un premier problème que l'on peut y attendre lorsqu'il n'y a qu'un gestionnaire unique. Car l'administration de ce genre de patrimoine autonomisé n'échappe pas non plus au dilemme discursif, la version généralisée du paradoxe de doctrine, s'il incombe à deux ou davantage d'individus de gérer les affaires.

Résumons donc les apports de ce détour philosophique : 1) la notion de personne employée au singulier est particulière par rapport à l'usage traditionnel ; 2) l'on ne peut admettre qu'une notion de sujet de droit en tant que *subiectum iuris* ou attributaire d'un privilège ; 3) il est logiquement possible qu'une pluralité d'individus constitue une personne ou bien un sujet différent(e) de ceux-ci sans supposer aucune entité nouvelle ; 4) il en est de même pour les patrimoines autonomisés d'être considérés comme personnes-sujets, qu'ils soient administrés par un seul ou plusieurs.

*
* *

Philosophiquement ainsi équipés, nous partirons à la recherche d'une personne

aujourd'hui marginalisée et d'un sujet pas encore moderne. Notre travail se divise en deux parties. La première couvrira la période entre 1804 et le milieu de l'année 1857, la seconde celle entre 1857 et 1914. Certainement, le découpage chronologique ne sera pas totalement net, puisqu'il faudra que nous rendions compte de ce qui précède la codification, et du fait que certains processus durent, tout simplement, très longtemps. Le tournant de 1857 est un arrêt de la Cour de cassation, notamment celui du 23 juin de la même année, dont l'importance n'a été prise en compte qu'imparfaitement. Dans la première partie, nous examinerons les anciens usages du mot « personne » et montrerons comment ces usages se sont transmis d'une génération de juristes à une autre avant que l'on ne les oublie. Dans la seconde, nous nous mettrons à étudier l'origine étrangère et la réception française du concept moderne de personne. Nous verrons que ce concept, que l'on classifie aujourd'hui comme de droit civil *et* privé, a pourtant connu son âge d'or en droit public et même constitutionnel. Cette étude s'achèvera au « règlement de compte » doctrinal dont l'on n'entrevoit actuellement que la valeur théorique.

Première partie : tradition (1804-1857)

Cette première partie se divise en deux titres. Dans le premier, nous allons chercher les occurrences de la « personne » dans la généralité de quelques théories et textes juridiques (Titre I). Dans le second, nous nous bornerons à une série de cas précis dont le mot français « personne » et le mot latin « *persona* » constituent ensemble l'essentiel de l'argumentation (Titre II).

Titre I Généralité

Dans ce premier titre, nous allons parcourir quelques textes de portée générale. Il faudra examiner d'emblée certains grands ouvrages d'avant la Révolution, qui ont pour but de donner une explication générale du mot « personne » (Sous-titre I). Ensuite, nous allons fouiller les derniers travaux préparatoires du Code civil, le Code lui-même bien entendu, et quelques commentaires de l'époque afin de savoir comment notre terme en question s'emploie dans les dispositions positives concernées (Sous-titre II).

Sous-titre I Rétrospective

Avant d'aborder notre question sur le mot « personne » dans l'époque déterminée, il faut nettoyer le terrain en prouvant que notre usage du mot ne date pas d'avant le Code civil. De nombreux travaux scientifiques consacrés à notre mot-clé qui nous précèdent ont pour but d'éclaircir la généalogie de la prétendue notion de personne, ou du moins l'origine du concept moderne de personne. Si l'on est plus ou moins d'accord sur le fait que l'usage romain du mot est assez différent du nôtre, il reste tout de même à savoir jusqu'où nous devons remonter. Un historien du droit allemand y a audacieusement répondu en affirmant devant un public très instruit que c'était au juriste français Hugues DONEAU (*Hugo DONELLUS*, 1527-1591) que l'on devait la conception contemporaine de la personne. Cet avis influent a connu un succès au niveau international et n'a été relativisé qu'assez récemment. Nous nous proposons de poursuivre cette dernière opinion critique et même de la dépasser en revenant aux textes mêmes de DONEAU que ni le parti affirmatif ni le négatif n'ont pris le soin d'examiner (Chapitre I).

Cependant, il ne suffit pas de rejeter tout simplement cette thèse-là. Nous retrouverons, dans nos matières, beaucoup de traces laissées par le jusnaturalisme des XVII^e et XVIII^e siècles. Bien que l'on n'y relève pas non plus l'origine de l'usage contemporain du mot « personne », il convient de mettre en avant les contributions de l'Ecole du Droit naturel moderne qui nous semblent les plus pertinentes à notre recherche. Nous verrons que celle-ci nous a légué les termes de « personne morale » et d'« être moral », desquels l'on se s'est servi, à maintes reprises, dans la première moitié du XIX^e siècle. Ces termes qui ont chacun une tout autre acception que leurs semblables parus dans nos manuels, ne sont intelligibles qu'à travers

une esquisse du système conceptuel dont ils font partie (Chapitre II).

Si nous nous rapprochons encore de la veille de la Révolution, il est presque indispensable de s'informer auprès de quelques grandes autorités dont l'ombre se projetait au-delà de l'événement de 1789, parmi lesquelles deux monuments nous semblent particulièrement intéressants et dignes d'être pris comme points de repère, notamment les œuvres de POTHIER, d'un côté, et l'*Encyclopédie* de DIDEROT, de l'autre. L'un exemplifie le langage civiliste que les juristes de l'époque de la codification devaient apprendre, et l'autre représente, dans une certaine mesure, le lieu commun que les intellectuels de l'époque avaient en vue. Nous verrons, dans tous les deux, que l'usage moderne du mot personne n'a pas encore eu lieu dans les dernières années de l'Ancien Régime (Chapitre III).

Chapitre I Le couplet personne-homme date-t-il du XVI^e siècle⁷⁷ ?

Cela n'aura presque aucun sens de se borner à étudier le XIX^e siècle si le concept de personne moderne existe auparavant. Par conséquent, il faut d'emblée répondre à l'allégation selon laquelle, déjà dans le XVI^e siècle, notamment un ouvrage dudit DONEAU identifie la « personne » à l'homme. L'on la doit à l'historien du droit allemand Helmut COING (1912-2000). L'affirmation a désormais été successivement reprise par le romaniste italien Riccardo ORESTANO (1909-1988) et par D. DEROUSSIN, que nous avons précédemment cité⁷⁸. L'on continue à l'apprendre à des étudiants⁷⁹. Même si, très récemment, l'on nous met en garde contre l'anachronisme que risque la thèse de COING en ce que l'individualisme moderne a été attribué à certains auteurs des XVI^e et XVII^e siècles, il nous manque toujours une démarche élémentaire, c'est-à-dire la vérification des textes en questions⁸⁰.

Nous nous occupons donc de cette tâche non encore achevée, et cherchons à prouver qu'il n'y a eu, chez DONEAU, que très peu de choses originelles en ce qui nous concerne. A cet effet, il faut, dans un premier temps, examiner ce que COING a écrit et comment son avis a été repris avec affirmation (Section I). Dans un second temps, nous rentrerons dans les textes de DONEAU pour comparer l'original avec sa représentation par COING (Section II).

⁷⁷ L'essentiel de ce chapitre a été exposé le 28 novembre 2007 devant *the International Max-Planck Research School*. L'auteur doit sa reconnaissance aux membres de la faculté, notamment messieurs les professeurs M. STOLLEIS, J. RÜCKERT, et G. DILCHER, ainsi que son collègue T. REIS E SOUZA, ainsi que d'autres participants du collège de recherche pour leurs critiques et conseils. Un remerciement cordial s'adresse particulièrement à Mme. le professeur S. LEPSIUS pour une discussion continue, approfondie et pertinente avec elle. L'auteur assume certainement la totale responsabilité pour cette version définitive.

⁷⁸ Riccardo ORESTANO. *Il « Problema delle persone giuridiche » in diritto romano*. Torino : Giappichelli, 1968, p. 14. DEROUSSIN. *Personnes, choses, corps*. Voir ci-dessus note 18.

⁷⁹ Par exemple, l'on a reproduit dans l'intégralité le chapitre II de l'ouvrage précité du romaniste dans un recueil de matières pédagogiques : *Personne giuridiche e storia del diritto* / s. dir. Leo PEPPE. Torino : Giappichelli, 2004, p. 1-72. ORESTANO. *Problema*. p. 7-78. Curieusement, ce commentaire n'a pas cité le texte de DONEAU.

⁸⁰ Thomas DUVE. §§ 1-14. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB* / s. dir. Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT, Reinhard ZIMMERMANN. Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 168-169, Rdnr. 163. Voir surtout les notes 165 et 167. A ce dernier lieu, l'auteur, aussi le nouveau directeur du *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, a reproduit les phrases clés de plusieurs ouvrages du XVI^e siècle, sans que le nom de DONEAU soit mentionné.

Enfin, l'écrit de DONEAU sera mis en rapport avec la tradition médiévale, afin de montrer la proximité de la conception du jurisconsulte avec ses prédécesseurs. Nous indiquerons, enfin, une autre source d'amalgame antérieure à l'auteur français (Section III).

Section I Question : la thèse de COING et ses reprises

C'était l'été 1950, à Londres. Le jeune professeur de l'Université de Francfort, Helmut COING, membre de la représentation allemande au troisième Congrès international du droit comparé, a présenté à l'audience l'exposé intitulé « *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte* » (le concept juridique de la personne humaine et les théories des droits de l'homme)⁸¹. Elève du romaniste W. KUNKEL, COING a voulu convaincre ses collègues juristes que les droits de l'homme étaient, en quelque sorte, enracinés dans la tradition juridique européenne. Il s'agit, notamment, du rapprochement du *ius personae* dans les Institutes de JUSTINIEN (*Inst.* 1, 3) et du *status hominum* qui figure dans le Digeste (*D.* 1, 5). La paternité de cette conception est attribuée à Hugues DONEAU, né à Chalon-sur-Saône, ayant étudié à Toulouse, puis à Bourges, devenu ensuite professeur dans l'université de cette dernière ville, huguenot, exilé après la Saint-Barthélemy en 1572, passé brièvement par Heidelberg et, plus tard, par Leiden, installé depuis 1588 jusqu'à la fin de sa vie à Altdorf, près de Nürnberg⁸². Ce jurisconsulte a exercé d'énormes influences surtout en Saint Empire et en Italie, et a été l'auteur préféré de SAVIGNY au début du XIX^e

⁸¹ Helmut COING. *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London* / s. dir. Ernst WOLFF. Berlin : de Gruyter, 1950. L'exposé a été réédité dans Helmut COING. *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. Zur Geschichte des Privatrechtsystems*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1962. Réimpression de l'édition de 1950, p. 191-205. ORESTANO cite le second ouvrage.

⁸² Mathieu BODET. *Etude sur Doneau. Revue de droit français et étranger*, 1844, 1, 2^e partie, p. 854-858. Aernout Philip Theodor. *Doneau, sa vie et ses ouvrages. L'école de Bourges synthèse du droit romain au XVI^e siècle, son influence jusqu'à nos jours*, tr. par Jules SIMONNET. Genève : Slatkine reprints, 1970. Réimpression de l'édition de Dijon : Decailly, 1860. Hans LIERMANN. *Donellus. Neue Deutsche Biographie*. T. 4. p. 70. Roderich von STINTZING. *Donellus. Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 5. p. 331-332.

siècle et de Jean CARBONNIER au XX^e⁸³. Selon Helmut COING, c'est DONEAU qui a commencé à saisir les rapports entre la théorie romaine de *status hominum* avec le *ius personae*.

Paragraphe I COING et sa représentation de DONEAU en 1950

Le fondateur du Max-Planck-Institut de l'histoire du droit européenne distingue DONEAU de CUJAS, un contemporain et collègue qu'il méprisait et haïssait même, et de GROTIUS, qui lui est postérieur en ce que le premier, contrairement au deux autres, dévie de l'ancien usage langagier, c'est-à-dire là où le mot « *persona* » n'est pas clairement défini. La conception donellienne nous est ainsi rapportée :

... DONELLUS setzt den Begriff persona mit der Lehre von den drei status des Menschen im römischen Recht : dem status libertatis, civitatis, familiae in Beziehung. Er bezeichnet (Commentaria de iure civili II, 9) den Status als ius personae und als causa der persona im Rechtssinne. Nur kraft des Status ist man persona. Damit nimmt der Begriff persona eine technische-juristische Bedeutung an ; er bezeichnet den Menschen, der einen Status hat und daher am Rechtsleben teilnimmt⁸⁴.

COING lit chez DONEAU que le *status* est, non seulement, *ius personae*, mais également la cause de la *persona* au sens juridique. Celle-ci a, ainsi, acquis une signification technico-juridique et désigne l'homme, qui a un statut et, par conséquent, participe à la vie juridique. De surcroît, COING met en parallèle avec DONEAU un autre jurisconsulte Hermann WOHL (Hermannus VULTEJUS) :

⁸³ Christian CHENE. Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? [en ligne], Acte du colloque LE DOYEN JEAN CARBONNIER ET LA JURISPRUDENCE (le 30 novembre 2005 ; Paris) [réf. du 30 avril 2010] / éd. la Cour de cassation, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat, Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/3-intervention_chene.pdf, p. 2.

⁸⁴ COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1950). 196, COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1962). 63.

Ähnlich formuliert der Marburger Rechtslehrer VULTEJUS (1583-1634, NDLR : lire 1555-1634)⁸⁵ in seiner Jurisprudentiae Romanae, libri duo § 366/67 : « Persona ... est homo habens caput civile, quod positum est in tribus, in libertate, in civitate, in familia »⁸⁶.

Cet exposé a été réalisé dans une ambiance assez particulière. Avant ce congrès, la Déclaration universelle des droits de l'Homme avait été proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Sachons que la Charte des Nations Unies évoque, dans son préambule, « la foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine », et que ladite Déclaration l'a également réitéré dans le sien. COING lui-même a ouvertement fait référence à ces événements internationaux⁸⁷. Ce qui nous paraît aussi important, c'est que le 8 mai 1949, la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, alors toujours sous occupation, a été promulguée, et que son article premier a mis en avant la fameuse notion de dignité de l'homme (*Würde des Menschen*). COING ne semble pas avoir choisi son thème d'exposé par hasard.

Il est également utile d'ajouter un détail. Trente-cinq ans après le congrès, COING a montré davantage de prudence à propos de DONEAU en rédigeant l'ouvrage de synthèse *Europäisches Privatrecht*. Le professeur francfortois s'est contenté de paraphraser ainsi le paragraphe de DONEAU précité :

Der Status eines Menschen bestimmt also dessen persönliche Rechtslage ; das ius personarum ist somit dessen Folge ; jener ist causa, dieser effectus⁸⁸.

⁸⁵ 1565 selon Friedrich Wilhelm CUNO. VULTEJUS, Hermannus. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 40, p. 389-390. Mais 1555 d'après Roderich von STINTZING, Ernst LANDSBERG. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München : Oldenbourg, 1880, p. 452.

⁸⁶ COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1950). p. 196. COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1962). p. 63-64.

⁸⁷ COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1950). p. 195. COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1962). p. 61.

⁸⁸ Helmut COING. *Europäisches Privatrecht*. 2 tomes, t. 1. München : Beck, 1985, p. 168.

Bien qu'il n'ait pas ouvertement enlevé à DONEAU le titre d'inventeur du nouvel emploi de *persona*, COING a implicitement corrigé son exposé de 1950 en discernant correctement le terme composé *ius personarum* au lieu du mot *persona* tout seul⁸⁹.

Paragraphe II La thèse de COING reproduite par ORESTANO

Quant à R. ORESTANO, il partage l'avis de COING presque sans réserve. Il a, à notre avis, paraphrasé l'exposé de COING réédité en 1962, en reconnaissant d'emblée que la systématisation de la doctrine civiliste commença à la fin du XVI^e siècle, que cette systématisation eut pour effet de clarifier les rapports entre la notion de personne et son « élément naturaliste » (*elemento naturalistico*), c'est-à-dire l'homme en tant qu'entité physique réelle, et que la qualification de « personne » devint toujours plus spécifique et technique. Qui plus est, ORESTANO a souligné que le jurisconsulte distinguait, d'un côté, la position dans l'homme comme être de nature, et, de l'autre, mettait en relief le lien causal qui existait entre la *condicio personae* et son traitement juridique :

... Hugues DONEAU (*DONELLUS*, 1517-1591, NDLR : lire 1527-1591) *comincia a cogliere i rapporti fra la teoria romana degli status hominum con lo ius personae, da un lato distinguendo la posizione nell'uomo come essere di natura, dall'altro sottolineando il nesso causale che intercorre fra la condicio personae e il suo trattamento giuridico : servus ... homo est, non persona; homo naturae, persona iuris civilis vocabulum ...*⁹⁰.

ORESTANO nous a également renvoyé au *Commentaria de iure civili*, livre II, chapitre 9. A la différence de COING, il cite plus explicitement l'édition lucquoise de 1763.

⁸⁹ *Ibid.* p. 170.

⁹⁰ ORESTANO. *Problema*. p. 14.

Section II Textes de DONEAU

Afin d'évaluer cet avis commencé par COING, repris par ORESTANO et aujourd'hui perpétué, encore, chez certains auteurs français, il faut, avant tout, circonscrire sa portée. Nous le résumons donc en trois propositions qui sont les suivantes : 1) la doctrine ne met en relation l'homme et la personne qu'à partir du XVI^e siècle et non pas avant ; 2) les notions concernées sont celles de *status hominum* et de *ius personarum*, et *pesona* porte désormais un sens particulier ; 3) le *status* équivaut au *ius personae*, et celui-là est la cause de *persona*, ce que, d'après COING et ORESTANO, DONEAU a l'originalité de mettre en avant.

Il nous semble, du point de vue logique, que les deux dernières propositions peuvent paraître assez curieuses. Il ne faut pas perdre de vue le réductionnisme des deux auteurs modernes : du « droit des personnes », ces deux auteurs-là veulent isoler l'usage du mot « personne », de même pour « homme ». Ils ont d'abord détaché « personnes » et « hommes » au pluriel, *personarum*, d'un côté, et *hominum*, de l'autre, avant de les rendre au singulier.

Procédons à vérifier la conception qu'a avancée le professeur de Bourges, avant de singulariser son apport particulier en le comparant avec ses prédécesseurs. De là, nous verrons mieux si COING et ORESTANO ont le droit de lui attribuer tel honneur.

Paragraphe I « *Iura personarum* » et « *status hominum* »

L'on trouve l'exposé de DONEAU sur les *iura personarum* au chapitre XI, livre II de ses *Opera omnia*, un recueil du XIX^e siècle. Ce chapitre traite essentiellement du statut des hommes libres et des esclaves. Sa première section est intitulée : « *personarum iura statu variantur* ». Le texte affirme que tout le monde n'a pas le même statut ni les mêmes droits, compte tenu de tout ce qui peut nous arriver en modifiant la condition de chaque personne. De là, l'on apprend que si une question se pose en termes de statut d'homme, elle s'étendra

jusqu'au plan du droit des personnes. C'est à cette occasion que le titre « *de statu hominum* » et celui « *de iure personarum* » sont tous les deux évoqués :

... *Hinc titulus in Pandectis De statu hominum, pro quo alius titulus eiusdem plane argumenti in Institutionibus inscribitur De Iure personarum, non quod status, et ius personae non diversa sint, distentque inter se, ut causa, et effectus : sed quod hac ratione sic ista inter se conjuncta, et affecta sunt, ut status ius personae, et contra ius personae statim statum indicet : ille, quia huius iuris causa est : hoc, quia cum sit effectus, non possit poni, nisi prius causam, unde oritur, statuat*⁹¹.

Une note, qu'a d'ailleurs citée ORESTANO, est ajoutée à « *alius titulus* » :

*Vult. tamen in § I. Inst. de iur. pers. et I. Discept. 12. inscriptionem Tit. D. de stat. hom. generaliore, et convenientiore esse, vult. Servus enim homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*⁹².

Ce que DONEAU veut expliquer, c'est, tout d'abord, que le titre *de statu hominum* et celui *de iure personarum* partagent la même raison d'être. Tous les deux reflètent la multiplicité des conditions personnelles. Si l'on trouve l'un dans le Digeste et l'autre dans les Institutes, cela ne veut pas dire, selon lui, que l'« état » et le « droit des personnes » sont pareils, qu'ils ne s'écartent pas l'un l'autre, mais qu'ils sont étroitement liés, de telle sorte que l'un renvoie immédiatement à l'autre. Qui dit état dit droit d'une certaine personne, et *vice versa*. Parce que celui-là, notamment le *status*, est la cause de ce droit, et que celui-ci, à savoir ledit droit de personne, qui en est l'effet, ne s'établit sans que la cause d'où ce droit découle ait été posée d'avance.

De là, la note fait remarquer que le choix des mots du Digeste est meilleur puisque le mot « homme » est plus général et plus convenable si l'on parle, non seulement des personnes

⁹¹ Hugonis DONELLUS. *Opera omnia. Commentarioum de iure civili*, éd. par Osualdus HILLIGERUS. Roma : Josephus Salviuccius, 1828. col. 231.

⁹² *Ibid.* col. 231.

dotées de certains droits, mais aussi des esclaves qui n'en ont aucun. En revanche, l'on peut en déduire que le mot « personne » ne ferait penser qu'à l'aspect positif, aux ayants-droits, et non pas à l'aspect négatif, aux sans-droits. Car celui-ci relève de la nature, celui-là du droit civil.

Paragraphe II Malentendus de COING et d'ORESTANO

Cette lecture littérale et superficielle fait déjà soupçonner celle de COING et ORESTANO. Commençons par l'interprétation de COING. Il ne semble pas que l'on soit une personne seulement en raison de son statut (« *Nur kraft des Status ist man persona* »). Ce dont DONEAU discute, ce ne sont pas des *status* et *persona*. Il ne parle pas de la *persona* en tant que telle. Au contraire, le jurisconsulte ne l'a point séparé du terme « *ius personae* ». C'est celui-ci qui concerne effectivement le *status*. Sur ce point, COING a trop simplifié. Autant que nous puissions en juger, il semble particulièrement obscur que le mot *persona* ait acquis un sens technique. Même si l'on s'appuie sur la note dont nous allons bientôt parler, il n'y a rien de choquant dans l'opposition entre l'*homo* d'ordre naturel et la *persona* de droit civil. Le texte de la note précitée ne paraît pas avoir pour but de stupéfier le lecteur : ce qu'il y a fait, ce n'est que de nous signaler sa préférence sur le mot « *status* » qui est suffisamment général.

Regardons cette fois-ci le texte d'ORESTANO. S'il n'a qu'implicitement individué le mot « *persona* », un plus grave problème de sa part consiste dans la confusion du texte principal et de la note, ce qui fait douter sur le fait de savoir s'il a effectivement lu le commentaire de DONEAU, ou bien s'il n'a fait que reproduire la référence de COING, qu'il cite lui-même⁹³. La phrase qu'il évoque, « *servus ... homo est* », ne se trouve nulle part dans le texte de DONEAU lui-même, que nous avons cité. Au contraire, il est évident qu'elle a été tirée de la note de bas de page. Même si le véritable auteur de la note nous est inconnu,

⁹³ Voir ORESTANO. *Problema*. p. 13, note 19.

l'abréviation « *Vult.* » doit rappeler au lecteur que les propos suivants ne sont pas de DONEAU. L'erreur d'ORESTANO nous paraît assez visible.

En effet, les problèmes de la lecture de COING et d'ORESTANO ne sont malheureusement pas bornés au sens du texte, mais s'étendent jusqu'à un plan philologique qui nous semble assez élémentaire. Il s'agit, en effet, des différentes éditions des œuvres de DONEAU. La première édition du *Commentaria de iure civili* date de 1589 sans note de bas de page. Dans le XVIII^e siècle, l'on a regroupé les écrits du professeur exilé en douze tomes, sous le titre « *Opera omnia* », et successivement publié entre 1762 et 1770 à Lucques chez l'éditeur Riccomini. C'est celle-ci qu'ORESTANO dit avoir utilisée. L'on a inséré dans cette édition des notes et des commentaires d'un Oswald HILLIGER (1583-1619). Cette version consolidée a, ensuite, connu trois rééditions : les deux premières à Rome et à Macerata entre 1828 et 1833, la dernière à Florence entre 1840 et 1847. Cela dit, nous nous posons la question de savoir quelle version COING a, en réalité, consultée. Bien que l'historien du droit allemand fût suffisamment compétent pour connaître *VULTEJUS* sans le moindre rappel de la part de HILLIGER, nous ne comprenons pas pourquoi il n'a pas remarqué ou pourquoi il a choisi d'ignorer de maintes occurrences du jurisconsulte de Marburg résumées par HILLIGER dans sa note. Le mot *homo*, disait la note, était plus général que le mot *persona*, vu le statut d'esclave. Si DONEAU avait, comme ce que prétend COING, inventé le concept moderne de personne, le commentateur HILLIGER, contemporain de DONEAU, se serait trompé du texte de celui-ci, ce qui ne nous semble pas une bonne hypothèse.

Paragraphe III Une doctrine de DONEAU hors des textes romains

Abstraction faite des représentations de COING et d'ORESTANO, il faut pourtant avouer que DONEAU a mis en avant sa conception de « *persona* ». Il l'a évoquée deux fois : d'abord, dans le tout premier chapitre de son commentaire, et puis, dans le chapitre qui

précède celui cité par COING. En bref, le jurisconsulte voit quatre éléments en *persona* : la vie (*vita*), l'intégrité du corps (*corporis incolumitas*), la liberté (*libertas*) et l'honneur (*existimatio*)⁹⁴. Il est également vrai que chaque élément correspond, selon DONEAU, à certaines dispositions de la loi. Toutefois, il nous paraît important de noter ce que le maître de Bourge précise immédiatement après ces quatre éléments dans le premier chapitre. L'on n'en retrouvera pas d'occurrence expresse dans le Digeste :

*Primum cum de iure et statu personae quaeritur, constat in persona ipsa pleraque esse cuiusque : cuiusmodi sunt, vita, corporis incolumitas, libertas, existimatio. At haec nusquam ex professo, aut aperte in Pandectis tradita reperias*⁹⁵.

En d'autres termes, s'il est possible de relever chez DONEAU cette conception de personne, il rappelle que les Pandectes ne l'ont pas manifestée telle quelle, sous-entendant qu'elle n'est qu'une construction doctrinale, pour ne pas dire personnelle. D'autant moins que cette conception a peu de signification technique.

Si l'on tient à préciser le caractère technique que COING prétend avoir senti, il faut concéder que les quatre éléments sont mis en avant, car ils correspondent à certaines prescriptions juridiques. Autrement dit, les autres choses que chaque personne possède, à l'instar de l'intégrité de l'âme, ne sont pas prises en compte. Vu l'antagonisme confessionnel qu'a vécu DONEAU, son observation peut sembler s'adresser à son époque :

*Est quidem incolumitas animi in praecipuis rebus personae habenda, sed haec ad defensionem iuris non pertinet. fortasse ideo, quod nemo ita possit corrumpi, vt non quisque suo vitio, et à se videatur corrumpi potius, quam ab alio.*⁹⁶

⁹⁴ COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1950). p. 198. COING. Rechtsbegriff der menschlichen Person (1962). p. 66-67. Voir Hugonis DONELLUS. *Commentarii de iure civili*. Francofurti : Wecheli, 1589, p. 2, 82.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

tel-00738952, version 1 - 5 Oct 2012

Bien que l'intégrité de l'âme, dit-il, doive être considérée comme faisant partie des premières choses que – l'on trouve dans le même paragraphe – la nature donne à chaque personne, elle ne regarde point la défense de la loi. Il en est ainsi, parce que l'intégrité de l'âme ne peut, en quelque sorte, être violée et corrompue. De sorte que l'on ne saurait considérer quelqu'un comme atteint par son propre vice et par lui-même, ni comme atteint par quelqu'un d'autre. De toute façon, nous ne faisons pas davantage d'exégèse de sa réflexion théologique. L'auteur lui-même n'a pas non plus pour but de développer la moindre théorie sur l'intégrité de l'âme. Ce qu'il cherche à expliquer, c'est que les quatre composants qu'il constate sur chaque « personne » sont tous liés à certaines dispositions de la loi – le jurisconsulte entend par « personne » les hommes libres, les *sui iuris*. En ce sens, nous pouvons admettre que la notion donellienne de personne est « technique ». Or il faut également noter que les prescriptions concernant l'atteinte à la vie, au corps humain, à la liberté et à l'estime ou à l'honneur, selon les termes de COING, ne sont nullement nouvelles. Ce n'est certainement pas à partir de l'époque de DONEAU que l'on punit les malfaiteurs. En bref, le fameux concept technique de personne ne nous semble en aucun cas évident.

Section III DONEAU par rapport à la tradition

Outre les aspects littéral et philologique, l'on peut encore revenir en arrière pour que la contribution de DONEAU soit correctement évaluée. Si l'on se reporte pour cette raison, à quelques auteurs médiévaux, il ne sera plus facile de comprendre en quoi le savant français est innovateur, sinon révolutionnaire. Ce survol de textes médiévaux nous montrera comment DONEAU est peu éloigné de la tradition et qu'un autre ouvrage qui précède DONEAU et n'est pas moins divulgué peut renverser la chronologie de COING.

Sans pour autant se prétendre la qualité de médiéviste, nous nous bornons aux deux

points suivants. D'une part, l'affinité sémantique entre *persona* et *homo* est perçue, bien que leur rapport logique ne soit jamais mis en exergue comme chez DONEAU. Ensuite, l'on fait renvoyer les deux titres concernés l'un à l'autre, qu'il y ait ou non de mention explicite.

Paragraphe I Rapprochement constant

Étalons une série d'occurrences de droit civil en laissant de côté le grand complexe de droit médiéval, qui ne consiste point en textes juridiques. Si l'on se renseigne auprès des textes de juristes médiévaux, il est facile de constater le renvoi réciproque entre le titre *de statu hominum* du Digeste et celui *de iure personarum* des Institutes. Les affirmations étaient souvent courtes, et peu d'approfondissement à ce propos était disponible. Vers la fin du XII^e siècle, Placentin estime que « *personas* » signifie la multiplicité des personnes, « *loquimur de varietate personarum* », lorsqu'il lit cette phrase des Institutes : « *omne ius quo utimur ... ad personas pertinet...* », « tout droit dont on dispose relève des personnes ».⁹⁷ Il annonce donc son commentaire sur *Inst. I, III, « primo de personarum varietatibus »*. Le Digeste n'est pas évoqué, même si l'on peut supposer que les premiers glossateurs fussent conscients de la possibilité de renvoi.

Le renvoi est plus clair ailleurs. Nous relevons, dans une édition très tardive d'AZON, cette citation qui entame son commentaire sur *de statu hominum* : *omne ius quo utimur vel ad personas pertinet ; vel ad res, vel ad actiones*⁹⁸. Dans les Institutes de JUSTINIEN, cette phrase inscrite au dernier paragraphe du tit. II du premier livre sert à conclure le titre portant sur les droits d'origine différente et à introduire la division de droit des personnes. C'est, en effet, un fragment emprunté aux Institutes de GAIUS avant que JUSTINIEN ne l'ait reprise⁹⁹.

⁹⁷ PLACENTINUS. *Summa Institutionum*. Augustae Taurinorum : Off. Erasmiana, 1973. Réimpression de l'édition Moguntiae 1535, p. 5.

⁹⁸ AZON. *Summa Azonis Iurisconsulturom. Principis aurea Summa nuperrime castigata: collatione facta: cum aliis vetustissimis codicibus manu scriptis...* Lugdunum : 1533, fol. 391ra.

⁹⁹ GAIUS, 1, 8 = D. 1, 5, 1. Certes, les Institutes de GAIUS ne sont connus qu'à partir de 1816.

Le grand glossateur restait cohérent lorsqu'il commentait le troisième titre des Institutes de JUSTINIEN, à savoir *de iure personarum*. Nous y retrouvons la même citation¹⁰⁰. Outre ce lien formel, le docteur bolognais n'a pas hésité à juxtaposer *persona* et *homo*, comme si les deux termes avaient été interchangeables, quand il a annoncé l'objet qu'il allait traiter dans la rubrique *de statu hominum* : « *De personis, id est de statu personarum vel hominum prius videamus* »¹⁰¹. AZON a, évidemment, retenu « *de personarum statu* » du fragment de HERMOGENIEN¹⁰². Ce qui a été mis en lumière, c'était que les *personae* – au pluriel d'ailleurs – dont parlait JUSTINIEN signifiait les statuts ou, si l'on veut, les états des personnes ou des hommes. En d'autres termes, peu importe, pour le jurisconsulte, de dire « *personae* », « *iura personarum* », « *status hominum* » ou « *status personarum* ». Pour lui, tous ces termes voulaient dire à peu près la même chose, à savoir la variété des statuts des personnes ou des hommes, pour laquelle il qualifie ceux-ci de « *varius* » et même de « *discretus* ».

Reportons-nous maintenant à la glose ordinaire. Là, le renvoi se maintenait malgré le défaut de mention expresse. Du côté du Digeste, ACCURSE s'est posé la question de savoir si la répartition des droits que proclamait GAIUS était soutenable. Avec une réponse positive, il a précisé pourquoi la formule de GAIUS était intelligible : au sujet des personnes, le glossateur a demandé : « *Quare satis esset si dixisset ad personas, vel ad res* ». La raison pour laquelle GAIUS avait ainsi écrit, cela devrait, aux yeux de l'élève d'AZON, être d'englober, à la fois, l'esclave et les différentes *personae* dont relève chaque droit à notre disposition : « *Sed hoc dixit, ut plenius quod intendebat exprimeret. pertinet ergo ad personas, scilicet*

¹⁰⁰ AZON. *Summa Azonis*. fol. 356ra.

¹⁰¹ *Ibid.* fol. 391ra.

¹⁰² D. 1, 5, 2. Voir ci-dessus p. 9, note 24, p. 23, note 55.

qualiter personae, id est servi adquirantur, et alienentur, et ammittantur, et conserventur »¹⁰³.

Autrement dit, tandis que le titre s'adressait aux « hommes », ce qui était logiquement préférable pour DONEAU, le premier fragment de ce titre n'a pas, pour autant, énoncé une formule lacunaire à cause du ressort *ad personam* que celle-ci invoquait. Tout au contraire, la glose jugeait la formule satisfaisante. Quant au fragment suivant qui était attribué à HERMOGENIEN « ... *primo de personarum statu [...] dicemus* », il était ainsi interprété : « *primo de personis qualiter obligentur in statu, et liberentur* »¹⁰⁴. Parler des personnes, c'était, pour l'illustre glossateur, parler des statuts des personnes.

A l'égard des Institutes, c'était plus évident : l'incipit de la même phrase « *omne ius quo utimur...* » qui, cette fois-ci, était attribuée au Digeste, s'est réalisé pour expliquer le titre *de iure personarum*. Si les statuts et les droits n'apparaissaient pas tellement rapprochés auprès d'ACCURSE, il suffisait de remonter au passage précédent pour sa lecture de la fameuse citation de GAIUS : là, la division servait à expliquer pourquoi il y avait un certain droit et comment l'on distinguait un droit d'un autre, et, ainsi, une différence entre les droits eux-mêmes pourrait s'établir : « *Quid sit ius, et qualiter dividatur diximus : nunc differentiam inter ipsa iura ponit* »¹⁰⁵.

Dans les écrits d'ODOFREDUS, nous ne relevons pas de renvoi aux Institutes à l'entrée de la rubrique *de statu hominum* : « ... *primo ponitur rubrica de statu hominum. id*

¹⁰³ *Gl. ord.*, D. 1, 5, 1, s. v. « *Omne [...] pertinet* ». Dans cette édition : JUSTINIANUS. *Digestum vetus ... commentariis Accursii*. Antuerpia : Phillipus Nutius, 1575.

¹⁰⁴ *Gl. ord.*, D. 1, 5, 2, s. v. « *statu* ».

¹⁰⁵ *Gl. ord.*, Inst. 1, 2, s. v. « *omne* ». Nous nous servons des trois éditions suivantes, toutes accessibles par Internet : Deux proviennent de la collection numérique *Gallica* de la BNF, dont l'une est imprimée à Venise en 1489, l'autre à Lyon en 1496. La troisième et la dernière, éditée en 1575 à Paris, a été numérisée par l'Université de Granada, Espagne.

est de iure personarum, sive de qualitate personarum »¹⁰⁶. Les statuts des hommes étaient donc mis sur le même pied que les droits des personnes et les qualités des personnes.

Ceci étant le cas au-delà des Alpes du XIII^e siècle, Pierre de Belleperche, en deçà, ne s'en différait point. Dans la seconde moitié du XIII^e siècle et peut-être la première décennie du XIV^e, le maître d'Orléans a rappelé, lui aussi, la concordance de la *divisio personarum* des Institutes avec le titre *de statu hominum* du Digeste¹⁰⁷. Si ses prédécesseurs à Bologne ne s'étaient pas attaqués à la question ciblant les rapports même entre les statuts et les droits, entre les hommes et les personnes, le jurisconsulte français n'a pas y pensé non plus.

Par rapport aux générations des glossateurs, les deux titres en question étaient moins développés chez les post-glossateurs ou commentateurs. Parmi les plus éminents, BARTOLE, par exemple, prenait soin de commenter des difficultés logiques soulevées par la glose ordinaire ou par d'autres juristes précédents, plutôt que de définir « *status* », « *personae* », « *homines* », etc. Ce qu'il partageait avec ses précurseurs bolognais, c'était que la division de *status hominum* voulait également dire *divisio personarum*, le Digeste et les Institutes n'allant pas l'un sans l'autre. Ainsi, BARTOLE rappelait, en annotant un texte de MARCIEN, le plan général dans lequel s'inscrivaient les divisions posées par le fragment. Le jurisconsulte romain y parlait de la simplicité du statut d'esclave et de la dualité du statut d'homme libre, à savoir d'être libre par naissance ou par affranchissement : « *Et servorum quidem una est condicio : liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini* ». Lequel énoncé a été intégré dans la division du docteur médiéval lorsque celui-ci divisait son exposé en la matière en quatre parties, notamment, d'emblée, la division des personnes, puis, comment l'on devenait esclave, ensuite, ceux qui étaient libres par naissance, et, enfin, les affranchis :

¹⁰⁶ Roffredo da BENEVENTO. *Lectura super digesto veteri*. 2 tomes, t. 1. Bologna : Forni, 1967. Réimpression de l'édition Lugdunum, 1550, fol. 18va.

¹⁰⁷ Petrus de BELLAPETRICA. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratiss. principis, Commentarii longe acutissimi...* Lugdunum : Simonis Vincentii, 1536, 114.

« *Dividitur in quatuor partes. In prima ponitur alia divisio personarum. In secunda dicitur qualiter fiant servi. In tertia ponitur, qui sunt ingenui. In quarta ponitur, qui sunt libertini* »¹⁰⁸.

Si, relativement à ce sujet, nous avons peu à dire sur BALDE, nous pouvons nous arrêter devant François HOTMAN (1524-1590), collègue de DONEAU à Bourges, pour le dernier exemple. Ce conseiller d'Etat de HENRI IV, lui aussi, a élevé au premier plan le titre *de statu hominum* dans son commentaire sur les Institutes¹⁰⁹. Il nous a même averti que, même si le droit était fait « en raison des personnes », tous les droits ne relevaient pas des personnes. Il en était ainsi, car, d'après lui, la limite du droit n'a pas été posée dans les matières du droit des personnes, pas plus que celle d'une maison en ses fondements ou ses murs : « *Non enim finis iuris in personarum iure positus est ; non magis quam finis domus, in fundamento, vel parietibus* »¹¹⁰. Ce confrère de DONEAU parlait des personnes de la même manière que ses prédécesseurs médiévaux, tout en son originalité par l'attention qu'il portait sur le risque d'exagérer l'importance du droit des personnes par sa priorité de rédaction relative aux *res* et *actiones* dans le plan général.

Paragraphe II Appréciation de la terminologie médiévale

Un point à faire au bout de notre revue de terminologie : alors que les juristes médiévaux que nous venons de consulter semblaient confondre parfois la *persona* et l'*homo* employés tels quels, cette confusion était encore très loin de la conception moderne. La confusion serait, à notre avis, probablement tributaire de deux textes romains plutôt tardifs, notamment, d'un côté, « *hominum causa omne ius constitutum (esse)* » de HERMOGENIEN,

¹⁰⁸ BARTOLUS DE SAXOFERRATO. *Prima in Digestum vetus, Alexandri Imolaei, Andreae Barbatiae, Celsi Hugonis ac Petri Pauli Parisii adnotamentis rerumque summis ornata fidelissimeque typis excusa*. Lugdunum, 1555, fol. 26vb, D. 1, 5, 5 pr. s. v. « et servorum ».

¹⁰⁹ Franciscus HOTOMANUS. *Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris Civilis*. Basilea : Hervagius, 1569, 20.

¹¹⁰ *Ibid.* 21.

lequel nous avons vu, et, de l'autre, « *personae, quarum causa (ius) statutum est* » attribué à l'empereur d'Orient¹¹¹. Face à ces deux textes, AZON affirmait, en ce qui concerne l'ordre des choses même établi dans le précité GAIUS *D.* 1, 5, 1, que cet ordre de *personae, res et actiones* n'était pas arbitraire, car « *digniores sunt personae quarum gratia omnia sunt iura statuta* », les *personae* étant d'une plus dignité ou importance¹¹². Il nous paraît que AZON estime la formule de JUSTINIEN convenable pour gloser le texte de GAIUS, où il n'y avait que *personae*, non pas *homini*. ACCURSE, à son tour, nous a laissé trois gloses différentes qui exprimaient à peu près la même idée. Tantôt, un autre passage de GAIUS était cité afin de corroborer l'énoncé de HERMOGENIEN, celui-là écrivant que, littéralement, la nature rassemblait les produits de toutes les choses pour les hommes : « ... *cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* »¹¹³. Tantôt, la théologie chrétienne semblait être intervenue avec des papiers civilistes : « *Nam homo est res dignissima creaturarum* »¹¹⁴. La troisième glose nous paraissait aller dans ce sens-là : « *Et sic statim ponit de iure personarum. Et nota hic quod digniora praeponenda sunt...* »¹¹⁵. La confusion accursienne a été parfaitement conservée par ODOFREDUS dans les remarques de celui-ci à l'égard des *statu*

¹¹¹ *Inst.* 1, 2.

¹¹² AZON. *Summa Azonis*. fol. 391ra. Sa remarque à la rubrique *de iure personarum* des Institutes est semblable sauf que « *gratia* » y est remplacée par « *causa* ».

¹¹³ *Gl. ord.*, *D.* 1, 5, 2, s. v. « *constitutum sit* ». Le passage vient de GAIUS, *D.* 22, 1, 28, 1 (2 *rer. cott.*). A propos, le mot *res* manque à l'édition du XVI^e siècle.

¹¹⁴ *Gl. ord.*, *Inst.* 1, 2, s. v. « *personae* ». L'on est renvoyé au texte de Paul, *D.* 21, 1, 44 pr. (*ad ed. aedil. curul.*) qui porte sur l'action rédhibitoire contre le vice caché de la chose vendue. Ce texte dit, littéralement, que les édiles très justes n'auraient voulu qu'un homme soit traité comme accessoires de la chose dont le prix lui est inférieur : « *Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere ...* ». Ce texte cite PEDIUS, édile romain à 54 avant notre ère, qui jugea ridicule, au nom de la « *dignitas hominum* », qu'un terrain soit accessoire à une tunique. Otto LENEL juge, d'ailleurs, que ce fragment ne relaye pas le texte original de l'édit Otto LENEL. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3^e éd. Leipzig : Tauchnitz, 1927, p. 564..

Deux choses à noter : Premièrement, l'*homo* ici désigne plutôt un esclave que l'homme en général. Il suffit de lire d'autres fragments de Paul qui y sont recueillis. Deuxièmement, il nous semble que c'est plutôt sur le plan de, non pas la morale, mais valeur pécuniaire que les termes *dignus* et *dignitas* sont évoqués. De là, l'on voit une confrontation entre un maître et son élève : Si AZON a compris qu'il ne s'agissait que du prix en disant que « *ut non accedat alii : quia minoris pretii est* » (*gl. ord.*, *D.* 21, 1, 44, s. v. « *ridiculum* »), ACCURSE s'attache pourtant à la suprématie de l'homme parmi les créatures avec la même glose qu'il donne aux Institutes (*gl. ord.*, *D.* 21, 1, 44, s. v. « *dignitatem* »).

¹¹⁵ *Gl. ord.*, *Inst.* 1, 2, s. v. « *ignorentur* ».

hominum, ce qui l'a conduit à identifier les statuts des hommes avec les droits des personnes¹¹⁶. BARTOLE et BALDE, quant à eux, suivaient, tous les deux, la glose ordinaire en faisant recours à GAIUS pour rendre l'homme la cause principale des fruits que la nature faisait produire¹¹⁷.

Nous pouvons donc constater que ces jurisconsultes médiévaux voyaient, bien avant DONEAU, que les *status hominum* et les *iura personarum* visaient les mêmes matières et s'expliquaient les uns pour les autres. Sous leurs plumes, les mots *homo* et *persona*, tous les deux au génitif bien sûr, c'est-à-dire *hominum* à *personarum*, se substituent sans difficulté. Il en va de même *status* et *iura* en nominatif. Malgré la confusion probablement due à la religion, il faut bien noter qu'aucun d'entre eux n'a jamais énoncé le terme « *iura hominum* », ni un droit qui relève de l'homme, « *ad hominem pertinet* ». Ces glossateurs et commentateurs n'ont pas ignoré le fait que le mot *status* avait une portée plus large que celle de *ius*. Que l'on ne les voie pas opposer, comme DONEAU, le vocabulaire de la nature à celui de droit civil, c'est, à notre avis, peu significatif. Car aussi bien le mot *homo* que le mot *persona*, que ce soit au registre de la nature ou de droit, existent effectivement dans les sources romaines. DONEAU lui-même n'a, en dépit de toute son originalité, pas non plus échappé à cette tradition médiévale. Le jurisconsulte français n'était certainement pas le premier à lire *de statu hominum* et *de iure personarum* ensemble, alors qu'il avait davantage de finesse au niveau conceptuel en partant du point de vue causal.

¹¹⁶ BENEVENTO. *Lectura super digesto veteri*. p. fol. 18va.

¹¹⁷ BARTOLUS DE SAXOFERRATO. *Prima in Digestum Vetus*. fol. 26va, s. v. « omne ius ». BALDUS DE UBALDIS. *In primam Digesti veteris partem commentaria*éd. Venetius : Georgii Varisci, 1615, p. fol. 28va, s. v. « omne ius ».

Paragraphe III Intervention humaniste et réévaluation de l'avis de COING

Par ailleurs, cette tradition médiévale qui pesait sur DONEAU s'imposait également à d'autres. Elle les empêchait d'ancrer dans la littérature juridique toute proposition qui ferait équivaloir *persona* à *homo*. C'est, nous semble-t-il, la raison pour laquelle un certain Jakob SPIEGEL (1483-1547 ?), canoniste et humaniste allemand, n'a pas pu se fournir du moindre soutien auprès des grands jurisconsultes quand il a décidé de donner, dans son dictionnaire de droit, *homo* comme la première acception du mot *persona* : « *Tam hominem, quam qualitatem hominis et conditionem significat* »¹¹⁸. Ce lexique, dont la première édition date de 1538 (quand DONEAU n'avait que 11 ans), citait à sa faveur l'humaniste italien Antonio Cortesi URCEO (1446-1500 ?), surnommé *CODRO* en italien ou *CODRUS* en latin¹¹⁹. C'est, d'après SPIEGEL, CODRUS qui a proféré la signification propre du mot *persona* dans les échanges entre celui-ci et un soi-disant « jurisconsulte célèbre » dénommé Giovanni GARZONI¹²⁰. Le

¹¹⁸ Article « *persona* », dans Iacobus SPIEGELUS. *Lexicon iuris civilis*. Basilea : Hervagius, 1549, sans pagination. L'auteur naquit et mourut à Sélestat, Alsace. A Fribourg, il étudiait sous Ulrich ZASIUS, le numéro un de l'*Usus modernus pandectarum* dans le saint empire germanique. Entre 1504 et 1511, il travaillait auprès de la chancellerie impériale en tant que secrétaire. Ayant acquis son grade de docteur en droit à la faculté de Tübingen, il enseignait à Vienne à partir de 1513. Sa carrière administrative se poursuivait jusqu'en 1526. SPIEGEL était également ami de l'humaniste néerlandais ERASMUS DE ROTTERDAM. Pour sa biographie, voir Gustav KNOD. Spiegel, Jakob. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 35, p. 156-158. Thomas BURGER. *Jakob Spiegel. Ein humanistischer Jurist des 16. Jahrhunderts*. Augsburg : Blasaditsch, 1973.

¹¹⁹ L'on sait qu'il enseignait à Forlì et, dès 1482, à Bologne, chargé des cours de grammaire, de rhétorique, de poétique et plus tard de grec. Paul F. GRENDLER. *The Universities of the Italian Renaissance*. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 2002, p. 218. Son décès devrait, selon l'Encyclopédie de DIDEROT (t. 14, p. 424), s'intervenir en 1516, alors que la plupart des notices bibliographiques semblent, pour la raison de nous inconnue, inclinées à la date antérieure. La référence principale sur sa vie a été rédigé il y a longtemps : Carlo MALAGOLA. *Della Vita e delle opere di Antonio Urceo, detto Codro, studi e ricerche di Carlo Malagola*. Bologna : Fava e Garagnani, 1878. Pour aller plus loin, voir W. Scott BLANCHARD. *O miseri philologi : Codro Urceo's satire on professionalism and its context*. *Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 1990, n° 20, p. 91-122. Loredana CHINES. Antonio Urceo Codro : un umanista tra favola della scienza e scienza della favola. *Schede Umanistiche*, 1987, 1, n° 1, p. 21-24. Lucia GUALDO ROSA. Cortesi Urceo, Antonio, detto Codro. *Dizionario biografico degli Italiani*. T. 29, 773-778. Ezio RAIMONDI. *Codro e l'umanesimo a Bologna*. Bologna : Mulino, 1987. Réimpression de l'édition de Bologna : Zuffi, 1950. L'on sait déjà que CODRO était alors un auteur connu et respecté. Voir Charles TRINKAUS. A Humanist's Image of Humanism : The Inaugural Orations of Bartolommeo della Fonte. *Studies in the Renaissance*, 1960, 7, p. 92, note 99. Guido REBECCHINI. The Book Collection and Other Possessions of Baldassarre Castiglione. *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, 1998, 61, p. 36.

¹²⁰ GARZONI (1419-1505), humaniste bolognais, n'est, en fait, pas juriste mais médecin. Voir Pearl KIBRE. Giovanni Garzoni of Bologna (1419-1505), Professor of Medicine and Defender of Astrology. *Isis*, 1967, 58, n° 4, p. 504-514. Roberta RIDOLFI. Garzoni, Giovanni. *Dizionario biografico degli Italiani*. T. 52. p. 440-441. L'on trouve deux lettres qui s'adressèrent à lui dans un recueil d'œuvres de CODRUS. L'objet de ces deux lettres

discours de *CODRUS* excellait, estimait SPIEGEL, le fragment d'ULPIEN qui aurait employé, d'une manière peu raffinée, ce mot même de *persona* au sens de statue de jardin¹²¹.

En reprenant les trois propositions annoncées plus haut, nous espérons avoir clarifié en quoi la petite légende de DONEAU est inacceptable. Premièrement, si le jurisconsulte a mis en relation l'homme et la personne, il l'a réalisé en faisant de la même façon que ses prédécesseurs médiévaux. Deuxièmement, il est vrai que cette façon partagée consiste à rapprocher le titre *de statu hominum* du Digest et *de iure personarum* des Institutes. Or les véritables sujets de discussion sont, non pas *homo* et *persona* en tant que tels, mais les statuts, d'un côté, et les droits correspondants, de l'autre. Troisièmement et enfin, le statut n'équivaut pas le *ius personae*, et n'est pas non plus la cause de « la *persona* », mais du « *ius personae* ». Si, ailleurs, DONEAU invoquait que la nature attribuait à chaque « personne » la vie, l'intégrité du corps, la liberté et l'estime, il tenait à signaler que celles-ci ne relevaient pas du langage des Pandectes. Le mérite dû au savant français ne doit, nous semble-t-il, concerner que l'approfondissement conceptuel moyennant son cadre de causalité. Le reste, nous l'avons vu, ressort, en effet, à une longue tradition civiliste. L'avis de COING, que partage ORESTANO et beaucoup d'autres, n'est pas soutenable dans la mesure où *persona* et *homo* au génitif ont été traités comme s'ils avaient été en nominatif. Sauf erreur de notre part, ce

n'a rien à voir avec le droit. CODRUS s'oppose à un autre humaniste et canoniste très célèbre, notamment Laurent VALLA (1405 ou 1407-1457) en ce qui concerne la conception boécienne de personne, que nous avons vue. Valla s'éloigne de BOECE en disant que *persona* signifie plutôt la qualité que la substance. CODRUS soutient en revanche BOECE en citant à cet effet CICERON comme preuve de sa thèse substantialiste: « ... *mea tamen persona ad istam pacem conciliandam minime fuit deligenda* » (Phlippique 12, 17). Voir Antonio CODRO URCEO. *In hoc Codri volumine hec continentur Orationes seu sermones ut ipse appellabat, Epistole Silve Satyre Egloge Epigrammata*. Venetiis : Liechtensteyn, 1506, p. fol. 43. Laurentius VALLA. *Elegantiarum Libri omnes apprime utiles, scholiis quibusdam ubi hactenus mendosi fuere*. Colonia : Gymnicus, 1539, p. 510-512. Pour des écrits de GARZONI, voir Giovanni GARZONI, L. R. LIND. *The letters of Giovanni Garzoni : Bolognese humanist and physician, 1419-1505*. Atlanta, Ga. : Scholars Press, 1992. Giuglielmo MANFRÈ. *La biblioteca dell'umanista bolognese Giovanni Garzoni (1419-1505)*. Roma : Palombi, 1960.

¹²¹ ULPIEN, D. 19, 1, 17, 9 (32 ad ed.) : « *Item constat sigilla, columnas quoque et personas, ex quorum rostris aqua salire solet, villae esse* ».

sont plutôt chez certains humanistes, dont CODRUS, que l'on peut retrouver davantage d'exemples de l'usage du mot *persona* en nominatif.

Quoi qu'il en soit, le succès de la thèse de COING doit nous rappeler le poids des conjonctures d'après-guerre. La compétence de COING en matière de romanistique de l'époque moderne était reconnue. Par ce biais, les erreurs que nous venons d'identifier, ou bien, plus précisément, la surinterprétation qu'il a faite de DONEAU, suggère que l'influence du professeur allemand aurait largement dépassé le domaine du *ius commune*, et laissé des empreintes sur le paradigme de l'« histoire du droit européenne » à laquelle l'institut de recherche qu'il a fondé est dédié. Cette hypothèse nous amènera pourtant à des problématiques qui, malgré leurs intérêts scientifiques, nous concernent peu.

A part des questions sur DONEAU, ce qui doit maintenant nous concerner, c'est le Droit naturel moderne qui a énormément influencé les juristes de l'époque que nous étudions.

Chapitre II L'Ecole du Droit naturel moderne et son héritage

Il ne vaut plus la peine de rappeler l'importance du Droit naturel moderne, non seulement, pour la codification française, mais aussi, pour l'étude du droit civil. Jean-Etienne-Marie PORTALIS (1746-1807), chargé de donner un discours préliminaire présentant le résultat de la Commission de rédaction, a ainsi conseillé au juge qui devait suppléer à l'insuffisance du Code : « Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi et connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel »¹²².

En revanche, il reste à préciser, sur un autre plan que celui de l'orientation générale, pourquoi le courant de droit naturel moderne n'a pas forgé ni notre concept de personne morale, ni la notion générale et abstraite de personne. Ceci nous est inéluctable, car, d'un côté, le mot *persona* était tellement courant dans la langue technique du droit que le droit naturel moderne ne pouvait s'en passer, et, de l'autre côté, le terme « être moral » s'appliquait, autrefois, à ce que notre science juridique aurait appelé personne morale ou bien sujet de droit, ce qui nous amène donc à discerner, d'emblée, l'usage syntaxique de ce fameux « être moral » au sein de la littérature jusnaturaliste.

Parmi les auteurs que l'on classe dans l'Ecole du droit naturel moderne, deux nous sont particulièrement importants, notamment Samuel PUFENDORF (1632-1694), d'une part, et Christian WOLFF (1679-1754), de l'autre. Les deux Allemands avaient plusieurs choses en commun. Ils étaient, tous les deux, luthériens, et, de plus, originaires d'Europe centrale (PUFENDORF était né à Dorfchemnitz, Saxe, proche de l'Elbe, WOLFF, à Breslau en allemand ou bien Wroclaw en polonais, Basse-Silésie alors prussienne). Leurs approches

¹²² *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 1. Paris, 1827, p. 471.

scientifiques étaient toutes axiomatiques, ou, pour reprendre le jargon allemand d'histoire du droit, « systématiques », par opposition à « exégétique », qui s'applique aux glossateurs, au sens où leurs présentations respectives étaient indépendantes de l'ordre des matières du Digeste ou des Institutes, et que chacun construisait en dehors du plan imposé par JUSTINIEN son propre cadre d'explication moyennant, non pas l'induction des éléments des pandectes, mais une sorte de métaphysique. En outre, nous devons rappeler qu'ils partageaient, d'une part, la vieille opposition entre le physique et le naturel, et, de l'autre, la présupposition d'une sorte de vie humaine en état de société.

PUFENDORF a élaboré un grand système des êtres moraux, ou bien, selon ses propres termes, des *entia moralis*, avec lequel, au moins jusqu'au milieu du XIX^e siècle, l'on désignait les personnes morales au sens contemporain du terme (Section I). Quant à WOLFF, il a légué aux auteurs postérieurs la formule « *homo persona moralis est* », littéralement, l'homme est une personne morale, que nous discuterons également ailleurs (Section II).

Section I PUFENDORF : « êtres moraux »

Commençons par PUFENDORF. Son concept d'être moral a été défini dans la troisième section du tout premier chapitre de l'ouvrage le plus connu de PUFENDORF, notamment de *Iure naturae et gentium* ou bien le Droit de la nature et des gens traduit par Jean BARBEYRAC¹²³. Intitulé *De origine et varietate entium moralium*, ce chapitre est consacré à

¹²³ L'ouvrage a connu sa première édition en 1672. Nous nous servons de l'édition de Francfort et Leipzig de 1759, et de l'édition d'Amsterdam de 1734. Samuel PUFENDORF. *De iure naturae et gentium, libri octo*. 2 tomes, t. 1 1967. Réimpression de l'édition de Francoforti : Knochio-Eslingeriana, 1759. Samuel PUFENDORF. *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, tr. par Jean BARBEYRAC. 2 tomes, t. 1. Amsterdam : Pierre de Coup, 1734. Le service Gallica propose une autre édition hollandaise de 1706, qui ne contient, pour ce qui nous concerne, pas de variante importante. Voir Samuel PUFENDORF. *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* [en ligne]. 2 tomes, t. 1. Amsterdam : Schelte, 1706, [réf. du 19 mars 2008]. Disponible sur :

l'origine et aux différentes sortes d'êtres moraux. Ce n'est pas dans cet ouvrage que le savant saxe a présenté la première fois toutes ses idées sur les êtres moraux, mais c'est là où un ensemble d'idées plus systématique et approfondi est enfermé. Il est également l'ouvrage le plus connu dudit jurisconsulte.

Avant d'analyser ces textes-là, il faut préciser l'objectif de l'analyse pour ne pas se perdre dans la généralité et l'abstraction¹²⁴. Comme les autres jusnaturalistes, l'auteur était polyvalent, et ce premier chapitre avait, sans surprise, une portée scientifique très étendue. Ce n'est pourtant pas l'occasion d'apprécier ses retentissements dans les autres domaines. Nous nous bornerons, en revanche, à deux points qui nous sont les plus cruciaux : tout d'abord, sa définition de l'être moral, ensuite ce concept d'être moral et son rapport avec *persona moralis*, le terme que PUFENDORF lui-même a mis en avant, et duquel beaucoup d'autres, qui lui étaient contemporains ou postérieurs, à l'instar de WOLFF et de KANT (1724-1804), se servaient à maintes reprises. Nous verrons que ni le terme d'être moral, ni le terme de *persona moralis* ou, pour ainsi traduire, de « personne morale » n'était employé de la même façon que « personne » dans notre langue juridique.

Paragraphe I Être moral réinventé

Comme le mot « *persona* » qui se trouvait déjà dans l'Antiquité sans une acception constante au fil du temps, le terme « être moral » ou « *ens morale* », existait bien avant PUFENDORF. En effet, celui-ci ne l'a pas inventé, mais a repris un concept scolastique bien connu. Or l'élaboration personnelle de PUFENDORF sur ce concept lui a procuré la possibilité de s'élever contre HOBBS et GROTIUS, mais également de fortes critiques¹²⁵. Il suffit de

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95828m>. L'on peut également consulter la plus récente édition de Samuel PUFENDORF. *De iure naturae et gentium*. 2 tomes. Berlin : Akademie, 1998.

¹²⁴ Nous renvoyons le lecteur à l'étude très pertinente de S. GOYARD-FABRE : Simone GOYARD-FABRE. *Pufendorf et le droit naturel*. Paris : Presses universitaires de France, 1994.

¹²⁵ Voir *ibid.* p. 51-56.

parcourir les paragraphes qui nous semblent les plus fondamentaux pour acquérir une idée sur les grands principes du système du jurisconsulte allemand, un édifice scientifique bâti d'« êtres moraux ».

Les êtres moraux chez PUFENDORF sont d'emblée des *modes* ainsi définis :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC
<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 3 :	Droit de la nature et des gens, I, I, 3 :
<i>Exinde commodissime videmur entia moralia posse definire, quod sint modi quidam ; rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum.</i>	Voici donc, à mon avis, la définition la plus exacte que l'on puisse donner des <i>êtres moraux</i> . C'est que ce sont certains <i>modes</i> , que les <i>êtres intelligents</i> attachent aux <i>choses naturelles</i> ou aux <i>mouvements physiques</i> , en vue de diriger et de restreindre la <i>liberté des actions volontaires de l'homme</i> , et pour mettre quelque ordre, quelque convenance, et quelque beauté, dans la <i>vie humaine</i> .

Cette définition relève d'une distinction métaphysique non conforme à la tradition aristotélicienne : PUFENDORF, qui parlait alors en tant que philosophe, divisait l'Etre, non pas en substance et accident, mais en substances et mode. Cette division vaut tant pour les choses humaines que pour les non humaines, aussi bien pour les actions que pour les mouvements. Selon ses propres termes :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC

<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 3 (suite) :	Droit de la nature et des gens, I, I, 3 (suite) :
<i>Modos dicimus. Nam concinnivs nobis</i>	Je les appelle des <i>modes</i> , parce qu'il me
<i>videtur ens latissime dividere in substantiam</i>	paroît plus naturel de diviser l' <i>Etre</i> en
<i>et modum, quam in substantiam et accidens.</i>	<i>substance</i> et <i>mode</i> , qu'en <i>substance</i> et
<i>Modis porro uti substantiae</i>	<i>accident</i> . De plus l'idée de <i>mode</i> étant
<i>contradistinguitur ; ita eo ipso satis patet,</i>	diamétralement opposée à celle de
<i>entia moralia non per se subsistere, sed in</i>	<i>substance</i> ; cela donne à entendre, que les
<i>substantiis, earumque motibus fundari</i>	êtres moraux ne subsistent point par
<i>ipsasque certa duntaxat ratione afficere.</i>	eux-mêmes, qu'ils ont pour base les
	substances et leurs mouvements, et qu'ils ne
	font que modifier ces substances d'une
	certaine manière.

L'auteur lui-même a dit clairement : un être moral était un mode, non pas une substance. Cela nous semble signifier qu'une substance, selon PUFENDORF, peut avoir plusieurs façons d'être et de se mouvoir, et que ces façons et ces manières sont, d'après le savant saxe, des êtres moraux. Il lui paraissait suffisamment clair – « *ita eo ipso satis patet* » – qu'il ne fallait pas prendre ces êtres moraux dans l'abstrait, mais que ceux-ci n'avaient lieu que sur une substance ou dans un mouvement.

Paragraphe II Hommes, état et personne

Fort de sa nouvelle idée d'être moral, PUFENDORF avance un pas de plus en déployant les êtres moraux dans certaines catégories. Là, un tripartitisme classique a été repris avec une modification. L'auteur rappelle, en effet, ce que nous venons de lire dans les Institutes de JUSTINIEN : les droits dont on dispose relèvent soit des *personae*, soit des *res*, soit des *actiones*. Le mot « *personae* » a, chez PUFENDORF, été remplacé par « *homines* ». Ce

changement, quoique significatif, doit, à notre avis, être évalué avec prudence. Certes, l'on sent subitement le glissement sémantique qui a eu lieu, à la fois, sur *homines* et *actiones*, et il faut même dire que le second importait davantage que le premier : le savant ne parlait, apparemment, pas des actions en justice, mais, tout au contraire, des actions au sens, pour ainsi dire, sociologique du terme. Cependant, ce changement qu'a subi la division classique ne nous semble pas avoir produit de conséquence substantielle sur l'usage du mot *persona* – d'autant moins que l'ancienne division est, nous le savons déjà, loin d'être décisive pour la construction de notre concept de personne.

En outre, PUFENDORF a entamé la question de *status*, alors qu'il n'a pas repris le vocabulaire traditionnel vis-à-vis du tripartitisme précité. Lié en latin avec les *homines*, mais en français avec les « personnes », le terme « *status* » mérite également notre attention, puisque le terme « état des personnes », que les juristes contemporains disent couramment, se rapporte explicitement à notre mot-clé.

La mise en scène de la division romaine suit les propos généraux rendus sur les êtres moraux. D'après les principes qui viennent d'être posés, les êtres moraux, qui sont des modes, ne touchent pas l'essence des hommes, mais visent, comme le jurisconsulte l'a lui-même dit, leurs actions volontaires ou bien la « vie humaine ». Celle-ci, encadrée dans un état de société et entendant, par conséquent, plutôt la vie civile, *bios*, que la vie physique, *zoon*, se répartit en trois dimensions, notamment les susdits *homines*, *actiones*, et *res* :

Texte latin de PUFENDORF

Traduction de BARBEYRAC

De iure naturae et gentium, I, I, 5 :

Cum igitur entia moralia sint instituta ad concilandum ordinem vitae mortalium ; cui fini requiritur, vt et illi, queis ad eam normam est vivendum, certo se modo inuicem habeant, et actiones suas certo modo regant, et denique circa res, quorum in vita humana usus est, certo modo sese gerant : ideo eadem potissimum velut inhaerere intelliguntur hominibus, ipsorum actionibus, et aliquatenus rebus, per naturam, aut adiuuante eam industria hominum, productis.

Droit de la nature et des gens, I, I, 5 :

Les êtres moraux ayant donc été établis à dessein de diriger la vie humaine ; il faut, pour cet effet, que les hommes, qui doivent suivre cette règle, aient certaines relations les uns avec les autres ; qu'ils ménagent leurs actions d'une certaine manière ; et enfin qu'ils tiennent une certaine conduite dans l'usage des choses qui servent à la vie. Ainsi on conçoit les êtres moraux en général comme attachés, ou 1) à la *personne* même des hommes ; ou 2) à leurs *actions* ; ou 3) enfin, à quelque égard aux *choses* produites, ou par la nature, ou par l'industrie humaine qui perfectionne la nature.

Avant de poursuivre l'exposé sur PUFENDORF et ses êtres moraux, il faut noter un décalage de vocabulaire entre la traduction et l'original, en raison duquel nous avons choisi de présenter ces trois dimensions en latin et non pas en français. Au lieu de suivre la terminologie classique, PUFENDORF a, en effet, substitué « *homines* » aux « *personae* », ce que le traducteur biterrois a perçu. Face à cette substitution de vocabulaire, BARBEYRAC a proposé « la personne des hommes » pour le mot en question. Or textuellement, il aurait pu y mettre « hommes » tout court. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait ?

Bien que BARBEYRAC ait commis quelques erreurs dans sa traduction de notre grand ouvrage, nous ne croyons, en l'occurrence, pas qu'il s'agit d'une invention du traducteur ou d'un malentendu. Au contraire, cette précision avait, nous semble-t-il, pour but de désambigüiser le mot *homines* et, à la fois, d'anticiper ce que l'auteur lui-même allait préciser à ce propos. En effet, PUFENDORF faisait, depuis le début de son ouvrage, sans cesse des analogies entre l'Univers naturel ou physique et la vie humaine ou, si nous osons dire, sociale, d'où la mise en parallèle récurrente des êtres moraux et êtres physiques. Sans aborder, pour l'instant, une discussion d'ordre méthodologique, métaphysique, même de *Weltanschauung*, nous nous contentons d'avance de l'hypothèse suivante : cette traduction interprétative avait pour fonction de rapprocher le système de principes, comme l'on dit, « géométrique » et le langage civiliste de l'époque¹²⁶. Les syntagmes comme « la personne du créancier » ou bien « la personne du débiteur » étaient très courants dans la littérature juridique francophone, du moins jusqu'à la codification de BONAPARTE. Si le système conceptuel de PUFENDORF est, au profit de sa généralité, écrit en une langue philosophique, ce système consacré au Droit croquera inéluctablement la langue juridique qui, constituante de sa matière, se distingue de la sienne. Il conviendrait donc que le traducteur précise de quel registre, à savoir physique ou moral, le texte relève, et décide si, à juste titre ou non, l'on a déjà affaire avec le vocabulaire de droit.

Nous serons dans une meilleure position pour évaluer cette anticipation, si nous lisons

¹²⁶ L'on a suggéré que HOBBS, GROTIUS et PUFENDORF étaient chacun à sa manière adeptes d'une sorte de géométrisme ou de mathématisme dans leurs méthodes. Voir Franco TODESCAN. Dalla « *persona ficta* » alla « *persona moralis* ». Individualismo e matematicismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 59-93. Quant aux rapports entre la méthode géométrique et le jurnaturalisme, voir Gerhard OTTE. Der sogenannte *mos geometricus* in der Jurisprudenz, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1979, 8, p. 179-196. Wolfgang RÖD. *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtl. Untersuchungen zur Staatsphilosophie im. 17. u. 18. Jahrhundert*. München : Beck, 1970, p. 30 et s., p. 70 et s., p. 81. D'ailleurs, le géométrisme n'est certainement pas contournable par le mouvement de droit naturel moderne. Il suffit, pour entrevoir son étendue, de se rendre compte de deux contemporains de PUFENDORF auxquels il a survécu, notamment SPINOZA, auteur de *Ethica, Ordine Geometrico Demonstrata*, d'un côté, et PASCAL de l'autre.

comment le système de PUFENDORF s'approprie des mots-clés juridiques, à l'instar de « état » et « personne » :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC
<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 6 :	Droit de la nature et des gens, I, I, 6 :
<i>Etsi autem entia moralia non per se</i>	Quoique les êtres moraux ne subsistent point
<i>subsistant, adeoque in vniversum non in</i>	par eux-mêmes, et qu'ainsi, à proprement
<i>classe substantiarum, sed modorum sint</i>	parler, ils doivent tous être mis au rang des
<i>censendo : deprehendimus tamen quaedam</i>	modes ; il y en a pourtant quelques-uns que
<i>concipi ad modum substantiarum, quia in iis</i>	l'on regarde comme des substances, parce
<i>alia moralia videntur immediate fundari pari</i>	que d'autres êtres moraux semblent les avoir
<i>fere ratione, qua substantia corporeis</i>	immédiatement pour base ; à peu près de la
<i>quantitates et qualitates inhaerent [...] ita ad</i>	même manière que la <i>quantité</i> et les <i>qualités</i>
<i>harum analogiam etiam personae</i>	<i>physiques</i> sont attachées aux substances
<i>potissimum morales dicuntur, et intelliguntur</i>	corporelles [...] on dit ainsi que les
<i>esse in statu ; qui itidem iis velut supponitur</i>	<i>personnes morales</i> sont dans un certain <i>état</i> ,
<i>aut substernitur, vt in eo actiones atque</i>	où l'on les conçoit comme renfermées, pour
<i>effectus suos exserant. Inde natura status</i>	y déployer leurs actions et y produire leurs
<i>non incongrue exprimi potest, quod sit ens</i>	effets. On peut donc définir l'état, un <i>être</i>
<i>morale suppositivum ...</i>	<i>moral qui est le soutien* des autres ...</i>

* Le traducteur signale en marge que ce mot correspond à *suppositivum*.

Un mode qui sert de base pour d'autres modes, voici ce que PUFENDORF entendait par « état ». De surcroît, il nous a rappelé que, malgré l'analogie avec l'espace, un état, qui demeurerait au fond toujours un mode et un attribut, n'existerait plus dès que les personnes considérées comme étant dans cet état lui faisaient défaut. En deux mots, il n'y a pas d'état sans

personne, ni de personne sans état, quand il s'agit d'une personne morale dont la définition va être fournie. Autrement dit, le système pufendorfien a écarté la moindre idée d'état prise dans l'absolu, ce qui sous-entend, en effet, la négation de toute idée d'une personne sans état. D'où nous aurons même le droit de déduire que l'« état de personne » est une locution figée et doit être considéré comme une unité indivisible¹²⁷.

Par ailleurs, le savant a même précisé qu'une personne pourrait simultanément cumuler plusieurs états sous une certaine condition :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC
<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 11 :	Droit de la nature et des gens, I, I, 11 :
<i>Sed nec illud praetereundum, quemadmodum vna persona in pluribus statibus simul existere potest, modo obligationes, quae status illos comitantur, sibi inuicem non adversentur...</i>	Il ne faut pas non plus oublier de remarquer, que, comme une seule et même personne peut être tout, à la fois, en plusieurs états différents, pourvu que les obligations, qui les accompagnent, ne soient pas opposées les unes aux autres...

L'érudit allemand a, ensuite, poursuivi sa stratégie d'analogie en distinguant les états moraux en termes d'espace et de temps. Nous y relevons, parmi d'autres, la jeunesse et la vieillesse, la majorité et la minorité au sens de capacité civile, l'état pénal lié au discernement (I,

¹²⁷ L'on ne saurait, d'après PUFENDORF, opposer l'état de personne à l'« état de chose ». Dans son système, les choses n'étaient, en général, pas admises au rang d'êtres moraux, car le droit n'avait trait à elles que dans la mesure où il réglait les manières dont une personne agissait sur elles envers une autre. L'on punirait, par exemple, quelqu'un pour sacrilège lorsqu'une chose dite religieuse ou sacrée était violée, en raison, non pas de la sainteté, que la chose n'avait pas, mais du non-respect de l'obligation que le droit avait établie à ce propos. Voir I, I, 16. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle, dans le paragraphe 5, il a prudemment écrit que les êtres moraux étaient attachés « à quelque égard » aux choses. Cela revient à confirmer l'idée selon laquelle les êtres moraux sont destinés à guider les actions volontaires.

I, 10), la noblesse (I, I, 11), etc. Il a ajouté, plus loin, beaucoup d'autres distinctions qui sont familières aux civilistes (I, I, 12).

Paragraphe III « *Persona moralis* »

Reste à savoir ce que la notion de « personne morale » signifiait chez PUFENDORF. Pour l'instant, nous savons déjà qu'une personne morale doit toujours être dans un certain état, et que ces deux notions sont des êtres moraux.

En ce qui concerne cette fameuse *persona moralis*, là encore, il s'agit des modes considérés comme substances en vertu de leur fonction de base ou de support envers d'autres êtres moraux :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC
<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 12 :	Droit de la nature et des gens, I, I, 12 :
<i>Entia moralia, quae ad analogiam</i>	Les êtres moraux que l'on regarde comme
<i>substantiarum concipiuntur, dicuntur</i>	des substances, s'appellent des personnes
<i>personae morales, quae sunt homines</i>	morales ; et l'on entend par là les <i>hommes</i>
<i>singuli, aut per vinculum morale in vnum</i>	<i>mêmes considérés par rapport à leur état</i>
<i>systema connexi, considerati cum statu suo</i>	<i>moral</i> , ou à l'emploi qu'ils ont dans la
<i>aut munere, in quo in vita communi</i>	société ; soit que l'on envisage chaque
<i>versantur.</i>	homme en particulier, soit que plusieurs
	réunis par quelques liaison morale ne
	composent ensemble qu'une seule et même
	idée.

A partir de cette définition, l'auteur a mis en avant tout un éventail de distinctions de personnes morales que nous présenterons bientôt. Entre temps, il faut, tout d'abord, se

rappeler de l'anticipation que BARBEYRAC a faite par la traduction « la personne des hommes », car celui-ci a, sous le terme « personnes morales », commenté que chez les Romains, seuls les libres étaient des personnes, les esclaves étant classés, quant à eux, comme choses ou biens. Cette remarque n'est-elle pas proche de celle de *VULTEJUS* portant sur sa comparaison de *homo* et de *persona*¹²⁸ ? Cela veut dire que le traducteur avait toujours en tête le vocabulaire de droit romain, dont les vieilles distinctions entre les libres et les esclaves, les *personae* et les *res*. Ce classicisme nous empêche, par conséquent, de dégager le moindre nouvel usage du mot « personne », même si, en l'occurrence, le texte français contient ce mot supplémentaire.

Ensuite, cette définition montre clairement, comme M. LIPP, historien du droit allemand, le souligne à juste titre, que le terme « *persona moralis* » de PUFENDORF est incomparable au terme contemporain de « personne au sens juridique » (*Person im Rechtssinn*). Il ne s'agit, selon lui, non plus d'un concept général de sujet de droit ou de capacité juridique. Il est évident que « *persona moralis* » s'applique, reprenons la terminologie moderne, aux personnes physiques et personnes morales ou juridiques à la fois. S'intéressant également à la note qu'a donnée BARBEYRAC, LIPP fait remarquer que même l'esclave est compris dans cette notion, car cette catégorie a un état comme les autres personnes morales, et était considéré, chez PUFENDORF, comme substance ; cette substance servirait à soutenir d'autres êtres moraux, par exemple, la propriété, *dominium*¹²⁹.

En d'autres termes, il ne faut pas lire « *persona moralis* » à la lumière de l'opposition physique-moral, naturel-social ou bien *physis-nomos* que l'auteur a mis en place dès le commencement de son ouvrage. En se bornant à une lecture positiviste, « *persona moralis* » de

¹²⁸ Voir ci-dessus p. 47 et s.

¹²⁹ Martin LIPP. « *Persona moralis* », « Juristische Person » und « Personenrecht » – eine Studie zur Dogmengeschichte der « juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 233-236.

PUFENDORF est un terme asymétrique par rapport aux « êtres moraux ». Alors que ceux-ci s'opposent aux êtres physiques, *persona moralis* n'a pas pour contrepartie « *persona physica* » – un terme qui, à notre avis, aurait été du non-sens, car, dans la représentation binaire de PUFENDORF, il suffirait de dire « homme » pour un être humain pris au sens physique. Dans l'ordre physique, l'on ne parlerait plus des actions, mais des mouvements, dont les « soutiens », si l'on emprunte la traduction de BARBEYRAC, ne sont pas nécessairement humains, car les mouvements d'un homme n'ont rien de spécifique. Cela revient à dire que « *persona* » de PUFENDORF ne peut relever que de l'ordre moral, c'est-à-dire de l'ordre social. Qui dit social, dit rapport. C'est donc dans un cadre relationnel, ou plus précisément, un cadre d'*inter*-actions qu'il faut comprendre la raison d'être des personnes morales dans la théorie pufendorienne. C'est en ce sens qu'une personne morale peut servir de support pour d'autres êtres moraux, comme des actions et des choses. Cette fonction abstraite de « soutien », *suppositium*, peut, comme le jurisconsulte l'a lui-même mis en avant ailleurs, tout simplement se traduire par « point d'imputation »¹³⁰, « sujet d'action », « *suppôt* d'action » selon V. DESCOMBES, ou, plus précisément, « sujet d'action intentionnelle », c'est-à-dire ce à quoi un verbe d'action intentionnelle se rapporte dans une phrase, un « complément de sujet »¹³¹.

Cela dit, il faut encore y ajouter trois remarques. Premièrement, il doit être suffisamment clair que nous ne pouvons pas attribuer à PUFENDORF la paternité de l'opposition entre les personnes physiques et les personnes morales. Deuxièmement, bien que

¹³⁰ « *Caeterum quod actio moralis ad aliquem pertinere, eique imputari possit, in quo formalem ejusdem rationem consistere diximus ...* ». *De iure naturae et gentium*, I, V, 5. L'auteur a notamment évoqué qu'une action morale peut ressortir, ou bien être imputée à une personne morale, qui constitue la raison formelle de celle-là. Cette idée de personne à laquelle l'on impute des actions ressemble à l'emploi du mot « *persona* » de HOBBS. Voir TODESCAN. Dalla « *persona ficta* ». p. 89. Il convient pourtant de noter que même chez HOBBS, l'on n'« est » pas une personne ; l'on « porte » (*carrieth* dans le texte anglais et *sustinere* dans la version latine) une personne. Voir Thomas HOBBS, Michael Joseph OAKESHOTT. *Leviathan ; or, The matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiasticall and civil*. Oxford : Blackwell, 1960. Réimpression de l'édition de 1651, p. 112.

¹³¹ Voir ci-dessus p. 18 et s.

la « personne » soit, à un certain égard, un point d'imputation ou un sujet d'action, il ne s'agit pas de « la personne » moderne, une personne à « être » et non pas à « avoir » ou à « porter ». Nous verrons tout de suite pourquoi. Troisièmement, si la notion de « personne morale » de PUFENDORF ne s'oppose à rien dans le monde physique, elle se divise elle-même en plusieurs catégories.

Voici la ramification des personnes morales que contient le système pufendorien. Sous la plume du jurisconsulte, deux catégories principales apparaissaient au premier rang, à savoir les personnes morales simples (*simplices*) et les composées (*compositae*).¹³² Les simples n'ont pas été décrites, tandis que les composées étaient formées, d'après l'auteur, « lors que plusieurs Individus humains s'unissent ensemble de telle manière, que ce qu'ils veulent ou qu'ils font en vertu de cette union n'est censé qu'une seule volonté et une seule action ».¹³³ Toutes les deux pouvaient être divisées en *publicae* et *privatae* : du côté des personnes morales simples, l'on disait que c'étaient les publiques et les particulières ; du côté des composées, il s'agissait, en revanche, des publiques et des « privées »¹³⁴. Quant aux contenus de chaque catégorie, nous comptons, parmi les personnes morales publiques, les souverains, magistrats, généraux, personnes ecclésiastiques, et d'innombrables personnes simples privées, comme le père de famille, le mari, la femme, les enfants, et ainsi de suite.

En renonçant à davantage de détails, nous nous contentons de faire une observation qui relève du plan syntaxique. C'est que, conformément à ce qui est souligné à maintes reprises, le système de PUFENDORF reconnaît non seulement le cumul d'états sur une seule et même personne morale, mais également le cumul de personnes sur un seul et même homme. Le

¹³² I, I, 12.

¹³³ I, I, 12 : « *Persona moralis composita constituitur, quando plura indiuidua humana ita inter se vniuntur, ut quae vi istius vnionis volunt aut agunt, pro vna voluntate, vnaque actione, non pro pluribus censeantur* ».

¹³⁴ I, I, 13.

second se heurte, évidemment, à la définition moderne de « personne – sujet de droit », puisque, selon celle-ci, tout individu *est* une personne, et ne peut *être* qu'une seule. Par rapport à la conception moderne, les mots suivants de PUFENDORF ont bien précisé son motif :

Texte latin de PUFENDORF	Traduction de BARBEYRAC
<i>De iure naturae et gentium</i> , I, I, 14 :	Droit de la nature et des gens, I, I, 14 :
... <i>quemadmodum vnus idemque homo in diuersis statibus, sibi inuicem non repugnantibus, esse potest. Ita vnus idemque simul plures velut personas gerere potest, modo munia, quae personas illas comitantur, ab eodem simul obiri queant.</i>	... un seul et même homme pouvant être en divers états moraux, lors qu'ils ne sont pas opposés les uns aux autres ; il peut aussi soutenir, à la fois, plusieurs <i>personnages</i> différents, pourvu que les fonctions, qui les accompagnent, soient de nature être exercées par la même personne.

Il faut faire attention à la discordance entre l'original latin et sa version française. Ce que nous traitons, ce n'est que *personam gerere*, une variante de « *personam sustinere* » que nous avons relevée ci-dessus, qui donne, en l'occurrence, « soutenir un personnage ». Quant au mot « personne » dans la traduction de BARBEYRAC, il est clair qu'il ne s'agissait que d'une variation, puisque le mot correspond au pronom latin *idem* désignant toujours « un seul et même homme ».

A propos de ce paragraphe, l'on hésiterait devant deux lectures possibles : « *plures personas gerere* », est-ce une locution figée ou non ? Vu l'effort que l'auteur a consacré à la notion de « personne morale », l'on peut être, à première vue, tenté de souscrire à la réponse négative. D'autant que la locution figée de « *personam sustinere* », littéralement

« représenter », exige un déterminant qui, en l'occurrence, n'existe pas. Bien entendu, le verbe « représenter » est transitif et attend un complément d'objet direct. Cela veut dire que l'on doit traduire l'expression soit par « soutenir plusieurs personnages » comme BARBEYRAC, soit par « jouer plusieurs rôles ». Ceux qui cherchent chez PUFENDORF un prototype de la notion de personne contemporaine peuvent préférer cette lecture disjonctive, car cela passe bien avec leur objectif. Néanmoins, il n'est pas moins plausible de s'attaquer à cette expression d'une perspective systématique : selon la théorie du jurisconsulte, une « *persona moralis* » est un être moral, un mode, quelque chose qui ne se manifeste pas tout seul, mais que sur une substance. De ce point de vue, l'expression en question ne signifie rien d'autre que « pouvoir exister dans plusieurs modes ». Bien que la locution figée « *personam sustinere* » requière normalement un déterminant, il est, en revanche, acceptable de dire qu'un sujet grammatical peut « jouer des rôles » sans en nommer le déterminant qui, évidemment, désigne plusieurs indéfinis.

Par conséquent, de deux choses une : il n'y avait rien de nouveau dans cette expression « *plures personas sustinere* », qu'il s'agisse de la lecture disjonctive ou conjonctive. Et ce classicisme n'introduit rien de substantiel dans un mot qui, employé hors la locution, n'aura normalement pas de sens. Cela ne dépend pas du système de PUFENDORF, mais c'est, au contraire, que l'auteur lui-même a repris la bonne vieille locution et, à la fois, son inconséquence ontologique qui contredit la doctrine moderne. L'Allemand n'a pas inventé un nouvel usage du mot « *persona* » en omettant le déterminant de l'expression en question.

Nous espérons que cette esquisse du système de PUFENDORF facilitera la compréhension des formulations de LEIBNIZ (1646-1716), de WOLFF et de KANT (1724-1804) que nous verrons. En dépit de tous les reproches que LEIBNIZ, WOLFF et, entre

eux, Christian THOMASIIUS (1655-1728) ont lancés contre PUFENDORF¹³⁵, son système des êtres moraux était partagé dans la mesure où les « personnes physiques » et « personnes morales », dans leur acception moderne, ne faisait surgir aucune substance de quoi que ce fût. Ils n'étaient considérés « comme des substances » que relatifs aux actions, droits et obligations auxquels ils servaient de soutiens, de supports ou, pour emprunter le terme de V. DESCOMBES, de *suppôts*. Le cadre métaphysique binaire de substance et de modes demeurerait présent et pouvait intervenir même dans les rapports entre deux modes. Ces idées-là ne datent pas toutes de 1672. Chronologiquement, la conception de personne pufendorffienne précédait son système d'êtres moraux, car elle s'était presque achevée dans une publication de 1660 alors que l'auteur était emprisonné pendant huit mois à Copenhague et n'avait, par conséquent, pas accès à aucune bibliothèque¹³⁶. Au fond, le terme « être moral » permettait à l'érudit allemand, non pas d'altérer ce qu'il avait auparavant construit à propos des actions, personnes et choses morales, mais, au contraire, de présenter un système de pensées plus général et plus clair.

Par ailleurs, il n'est pas choquant, de ce point de vue, de trouver chez LEIBNIZ les phrases telles que « *subiectum qualitatis moralis est persona et res* » (la personne et la chose sont des sujets de qualité moral), « *persona est substantia rationalis...* » (la personne est une substance de raison), et « *res [...] subiectum iuris est et obligationis* » (la chose est un sujet de droit et d'obligation)¹³⁷. Abstraction faite de tous les autres points intéressants, ce qui nous importe davantage, c'est de noter que par « sujet de qualité morale », LEIBNIZ, alors très jeune,

¹³⁵ Voir GOYARD-FABRE. *Pufendorf et le droit naturel*. p. 241-244.

¹³⁶ Samuel PUFENDORF. *Elementorum iurisprudentiae universalis, libri II*. Editio novissima et emendatissima. Cantabrigiae, 1672, p. 19-22, Def. IV.. L'on y trouve, entre autres, l'essentiel de ce que nous avons exposé sur les actions volontaires, les états, l'analogie avec l'espace, etc. Là, l'auteur n'a pas encore nettement mis en avant le concept « être moral », mais a déjà évoqué que l'action morale est un « être positif qui est du genre, non pas naturel, mais moral » (*moralis actio ens positivum (in genere moralium, non naturalium) dici potest*). Definitio I, 5, p. 4. Les divisions des personnes morales étaient presque identiques à celles dans *de iure naturae et gentium*, la seule variante étant *personae seorsim consideratae* au lieu de *simplices*. D'ailleurs, il convient de noter que PUFENDORF y a rappelé le mot *caput*, tête, qui était réservé aux livres chez les Romains.

¹³⁷ Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, Willy KABITZ. *Philosophische Schriften : 1663-1672*. t. 1. Berlin : Akademischer, 2006, p. 301, § 315.

n'entendait rien d'autre que *suppositivum* de PUFENDORF¹³⁸. Ensuite, l'expression « substance rationnelle », qui fait allusion à BOECE, ne s'est pas éloignée, par son application à Dieu également, de ce que PUFENDORF avait dit, notamment, une base sur laquelle d'autres êtres moraux, ou bien, selon les termes de LEIBNIZ, d'autres qualités morales s'appuyaient.

Prolongeons encore un peu cette excursion : il nous semble que c'était également au sens de PUFENDORF que KANT a écrit son célèbre passage portant sur l'homme qui juge lui-même. Il faut, d'après celui-ci, un jugement qui assure le respect d'un devoir, et pour un devoir qu'un homme a envers lui-même, il passe devant tel tribunal, à savoir la Conscience, qui, selon le philosophe, est une « personne morale »¹³⁹.

Section II WOLFF et « personne morale »

En passant par PUFENDORF, nous sommes maintenant en mesure de nous référer à une autre grande autorité jusnaturaliste, notamment Christian WOLFF.

Par rapport à la carrière de PUFENDORF, celle de WOLFF était beaucoup plus diversifiée. Cet auteur polyvalent s'est intéressé moins au droit qu'à la philosophie et à la mathématique, et l'on le représentait, en son temps, rarement comme jurisconsulte. Etant « le plus célèbre philosophe allemand de son temps avant KANT, c'est-à-dire jusqu'en 1765 »,

¹³⁸ « *Status est ens suppositivum morale...* ». PUFENDORF. *Elementorum iurisprudentiae universalis*, libri II. p. 7, Def. III.

¹³⁹ Le texte date de 1797 : « ... welches Alles vor Gericht (coram iudicio), als einer dem Gesetz Effect verschaffenden moralischen Person, Gerichtshof (forum) genannt, geschieht ... ». Immanuel KANT, Karl ROSENKRANZ. *Immanuel Kant's sämmtliche Werke*. Leipzig : Voss, 1838, p. 293, III, 291, § 213. L'on a ainsi traduit la phrase en français : « ... toutes choses qui se font en justice comme en présence d'une personne morale (coram iudicio) donnant à la loi son effet, et qu'on appelle tribunal (forum) ... ». Immanuel KANT. *Principes métaphysiques de la Morale*, tr. par Claude Joseph TISSOT. Paris : Ladrangé, 1837, p. 105. Ou bien, selon un autre traducteur, « c'est ce qui se passe en justice (coram iudicio), ou devant ce qu'on appelle le tribunal (forum) qui est comme une personne morale chargée de procurer à la loi son effet » Immanuel KANT. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la Métaphysique des mœurs) suivis d'un Essai Philosophique sur la Paix Perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, tr. par Jules BARNI. Paris : Durand, 1853, p. 102.

WOLFF a été loué par VOLTAIRE en tant que « maître à penser de l'Allemagne »¹⁴⁰.

Sa plus grande œuvre juridique est, sans doute, le Droit naturel, *Ius naturae*, de huit volumes, publiés successivement entre 1740 et 1748. Le *Droit des gens*, *Ius gentium*, que WOLFF a mis au monde en 1749 n'en est pas moins une grande référence. L'année suivante, soit quatre ans avant la mort de l'auteur, ces deux ouvrages ont été condensés et résumés dans le titre *Institutiones iuris naturae et gentium* avec, pourtant, quelques modifications non négligeables.¹⁴¹

Certains auteurs contemporains prétendent toujours, en ralliant autour de COING, que notre concept de personne est issu du droit naturel moderne, notamment d'une formulation de WOLFF. Celui-ci est réputé avoir conclu le développement théorique de *persona* qui remonte à susdit DONEAU (Paragraphe I). Si l'étude précitée de LIPP dénie cette découverte jusnaturaliste, son argumentation doit être corrigée (Paragraphe II).

Paragraphe I Origine présumée du concept moderne de personne

Il n'est pas nécessaire pour notre étude, et par ailleurs impossible, d'établir un compte rendu global de toutes ses œuvres. Contentons-nous, pour l'instant, de discerner la formule suivante qui peut choquer les lecteurs imprégnés de la doctrine contemporaine : « *homo persona moralis est...* », littéralement, « l'homme est une personne morale ».

Plus spécifiquement, WOLFF a évoqué deux termes semblables en deux lieux différents,

¹⁴⁰ Michael STOLLEIS. Christian Wolff. *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* / s. dir. Olivier CAYLA, Jean-Louis HALPERIN. Paris : Dalloz, 2008, p. 605.

¹⁴¹ A la différence de PUFENDORF, les ouvrages de WOLFF sur le droit naturel n'ont pas été entièrement traduits en français. L'auteur a successivement publié huit volumes de textes latins sous le titre de *Ius naturae* entre 1740 et 1748. En 1750, soit quatre ans avant sa mort, il a fait éditer une version abrégée dudit monument, intitulée *Institutiones iuris naturae et gentium*, à laquelle le *Ius gentium* de 1749 a également été intégré. La traduction française de J. H. S. FORMEY datant de 1758 a été basée sur cette édition tardive. Outre cette traduction partielle du huguenot réfugié en Allemagne, l'on doit une traduction complète des Institutions à l'avocat hollandais Elie LUZAC. Nous nous citerons les volumes dont nous consultons.

notamment *homo moralis*, d'un côté, et *persona moralis*, de l'autre. Le premier se trouve dans le premier tome du *Ius naturae* publié en 1740, le second dans les *Institutiones*. La pertinence de ces deux termes s'explique par la convergence de trois mots qui se répètent au cours de la construction de notre concept juridique de personne, à savoir *homo*, *persona*, *subiectum*, autrement dit, homme, personne et sujet. Ce n'est pas tout. Ce n'est ni un verbe signifiant « porter » ni un « avoir » que WOLFF a employé pour lier ces mots-là. Au contraire, nous ne trouvons, sous la plume du philosophe allemand, que le simple verbe d'« être ». Aux yeux d'un juriste contemporain, tout serait là. L'on n'attendrait rien de plus pour la personne humaine qui est sujet de droits et d'obligations. Cet avis sera, de surcroît, soutenu par l'autorité d'un historien du droit, notamment COING. Selon lui, c'est le droit naturel moderne, qui a construit le concept moderne de « personne ». L'exemple privilégié, c'est la formule de WOLFF « *homo persona moralis est...* »¹⁴². Il faut donc faire face à la question de savoir si la formulation de WOLFF est vraiment l'origine de notre conception de personne.

Le texte de WOLFF nous importe pour une autre raison : beaucoup d'intellectuels français, dont bon nombre de juristes, le citaient avant, pendant et après la codification de BONAPARTE. Plus concrètement, l'on s'est posé la question de savoir si la pensée de WOLFF avait influencé le Code civil. Une réponse affirmative récente à cette question nous a été fournie par J.-C. NABER lors du deuxième Congrès international de droit comparé en 1932¹⁴³. Il s'agit des art. 1984, al. 1, et 1599 du Code. Le professeur hollandais prétendait, en effet, que le premier, qui définissait le mandat, correspondait au § 551 des Institutions de WOLFF par la précision « en son nom » que son traducteur-commentateur avait soulignée, et que le second, contrairement « au droit romain, à POTHIER et à toute la pratique ancienne », a repris le § 593

¹⁴² COING. *Europäisches Privatrecht*. p. 170-171.

¹⁴³ Jean-Charles NABER. [Communication présentée au Congrès international de droit comparé de 1932]. *Revue historique de droit français et étranger*, 1933, 4^e série, 12^e année, p. 113-116.

dudit ouvrage de WOLFF¹⁴⁴. Si H. THIEME, célèbre historien du droit allemand, partage avec réservation l'eurêka de NABER selon lequel « il y a du WOLFF dans le Code civil » grâce à un discours de PORTALIS¹⁴⁵, M. THOMANN, professeur strasbourgeois et éditeur d'une réédition récente des œuvres de WOLFF, a mis en cause cette affirmation qui, selon lui, n'avait pas de preuve concrète, et, tout en reconnaissant l'impact de la philosophie wolffienne sur certains intellectuels français du XVIII^e siècle, se montre sceptique à l'égard de la prétendue découverte de NABER¹⁴⁶.

Si nous suivons le point d'attaque de THOMANN en nous bornant aux travaux préparatoires, il faut admettre que WOLFF n'a été invoqué qu'une seule fois, et que c'est PORTALIS qui a cité le *Ius naturae* de l'auteur allemand lors de l'exposé des motifs du titre *de la Propriété* devant le Corps législatif le 26 nivôse an XII (17 janvier 1804)¹⁴⁷. Or THIEME a également le droit de rappeler que CAMBACERES avait, bien avant PORTALIS, déjà emprunté à WOLFF des inspirations en préparant son premier projet de code civil¹⁴⁸.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 114-115. L'art. 1984, al. 1 : « Le mandat ou une procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». L'art. 1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle ... ». Le § 551 des Institutions de WOLFF : « Mandatum dicitur contractus beneficus, quo alteri quid nostro nomine faciendum committitur et commissum ab eo gratis suscipitur ... » ; ainsi traduit par LUZAC : « On appelle mandat un contrat bienfaisant, par lequel nous donnons la commission de faire quelque chose en notre nom, à quelqu'un qui s'en charge gratuitement ... » Christian WOLFF. *Institutions du droit de la nature et des gens*, tr. par Elié LUZAC. 6 tomes, t. 3. Leide : Chez Elié Luzac, 1772, p. 174-175. Le § 593 : « ... rei alienae venditio nulla est ... » ; « ... la vente de la chose d'autrui est nulle ... » WOLFF. *Institutions* (Luzac, t. 3). p. 312-313. Avant que NABER ne soulignât l'expression « nostro nomine » (en notre nom), son compatriote LUZAC avait rappelé dans sa longue note que c'était là où la définition de WOLFF s'est distinguée de celle de droit romain. WOLFF. *Institutions* (Luzac, t. 3). p. 176-195.

¹⁴⁵ Hans THIEME. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte : gesammelte Schriften*. 2 tomes, t. 2. Köln : Böhlau, 1986, p. 822-870. Réimpression de Hans THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel : Helbing und Lichtenhahn, 1947.

¹⁴⁶ Son introduction à Christian WOLFF. *Ius naturae*. 2^e éd. 8 tomes, t. 1. Hildesheim : Olms, 1972. Réimpression de Frankfurt, 1740, p. XXXIX-XL.

¹⁴⁷ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 11. Paris, 1827, p. 118.

¹⁴⁸ THIEME. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte : gesammelte Schriften*. p. 847. Il s'appuie sur un auteur tchèque : CHARMATZ Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht : mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge*. Brünn : Rohrer, 1937, p. 173, note 180a. Celui-ci estime que l'art. 1984 définissant le mandat a presque été repris mot à mot du premier projet de CAMBACERES, c'est-à-dire celui de 1793. Nous disposons encore d'un autre exemple. Un commentateur français de Grotius, P. PRADIER-FODERE, a, entre parenthèse, mis en relation la (quasi-) égalité successorale entre les enfants

En gros, la prudence ne nous interdit guère de concéder que l'ouvrage de WOLFF faisait partie des références consultées par les rédacteurs du Code, et de constater ainsi vaguement une certaine « influence ». D'un autre côté, vu la généralité de la question, il ne vaut peut-être pas la peine de rétablir des liens concrets entre quelques textes du Code et des écrits du jurisconsulte allemand. De toute façon, nous nous contentons de signaler seulement qu'un traité de droit civil ayant un grand succès dans la première moitié du XIX^e siècle s'est référé à WOLFF pour justifier son commentaire sur le titre « Des personnes » – un commentaire qui contredit pourtant l'avis de COING ci-dessus. Bien sûr, un auteur ancien n'a pas nécessairement plus de raison qu'un récent, et les anciens peuvent également se tromper. Cependant, un auteur ancien a le mérite de ne pas encore connaître la complication linguistique les plus tardifs doivent subir, et tout ce qui y a contribué. L'inversion d'interprétation ne s'expliquera pas sans revenir sur le point de départ, à savoir les textes de WOLFF.

Paragraphe II Deux formules différentes

Les deux termes que nous venons d'évoquer, notamment *homo moralis*, d'un côté, et *persona moralis*, de l'autre, relèvent de deux formules distinctes. Compte tenu de l'identité de l'auteur, l'on a, certainement, le droit de supposer qu'elles sont cohérentes. C'est également ce qu'a fait l'étude de LIPP. Néanmoins, plusieurs indices suggèrent que les Institutions de 1750

naturels et les enfants légitimes qu'avait proposée CAMBACERES avec l'idée de WOLFF. Ce député d'Hérault n'a pas évoqué le nom du philosophe allemand, mais a raisonné au profit des enfants naturels au nom de la Loi de la nature, qui, selon lui, était « supérieure à toutes les autres », « éternelle, inaltérable, propre à tous les peuples, convenable à tous les climats ». Hugo GROTIUS. *Droit de la guerre et de la paix*, tr. par Paul PRADIER-FODERE. 3 tomes, t. 2. Paris : Guillaumin, 1867, p. 14-15, note 12. Jean-Jacques-Régis de CAMBACERES. Rapport et projet de décret sur les enfants naturels présentés au nom du comité de législation [en ligne]. CONVENTION NATIONALE (Paris, le 4 juin 1793) / Paris : Imprimerie nationale [réf. du 30 avril 2010], p. 1-15. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42851c>. p. 3. Nous reproduisons le passage de WOLFF, Institutions, § 945 : « ... *Quoniam itaque naturaliter inter liberos legitimos et ex concubitu illicito natos nulla datur differentia ; naturaliter ex illicito concubitu nati aequale ius habent ad haereditatem parentum suorum cum liberis ex iustis nuptiis natiis* » ; « ... Puis donc que naturellement il n'y a point de différence entre les enfants légitimes, et ceux qui sont nés d'un commerce illicite, naturellement les enfants nés d'un commerce illicite, ont le même droit à l'hérédité de leurs pères et mères que ceux qui sont nés d'un mariage légitime ». Sachez que ce propos a indigné le commentateur, qui s'est insurgé en demandant ironiquement si les enfants nés d'une famille démunie, quoique non imputables de la pauvreté, auraient droit de réclamer des biens à ceux qui étaient plus riches.

ne sont point, du moins pour ce qui concerne notre recherche, un simple résumé des grands travaux précédents. Au contraire, il nous semble que WOLFF a consciemment rejeté *homo moralis* qu'il avait employé au début de son entreprise de rédaction et l'a remplacé par ce que PUFENDORF avait évoqué, notamment, *persona moralis*. Ce choix délibéré nous permet, non seulement, d'écarter la lecture qu'a faite COING, mais également de nuancer l'interprétation de LIPP.

Voyons dans un premier temps les textes de base.

WOLFF a défini en 1740 : « *Homo moralis est subiectum obligationum atque iurium* »¹⁴⁹. Littéralement, la phrase veut dire que l'« homme moral » est « sujet d'obligations et de droits ». Il expliquait, ensuite, qu'il fallait distinguer l'homme de lui-même (*[homo] distinguitur a seipso*) quand on parlait de ses obligations et de ses droits, de sorte que l'on aurait à feindre un certain *subiectum* sans lequel des obligations et des droits ne s'établiraient pas. Cette fiction, disait-il, n'était pas inutile, car, en droit naturel, l'on n'avait trait à un homme qu'à condition qu'il fût capable en obligations et en droits. Autrement dit, l'on n'avait affaire qu'à un homme moral. Une autre fiction semblable, par exemple, était la distinction de l'homme charnel (*homo carnalis*) et de l'homme spirituel (*homo spiritualis*). Abstraction faite de ses autres précisions en théologie et en ce qu'il appelait psychologie empirique, soulignons la distinction suivante qui nous semble plus pertinente : l'on oppose, rappelait-il, en termes de la nature des hommes, le moral au physique. Comme, poursuivait le philosophe, l'on confondait, en langage courant, la nature et l'essence (*essentia*), l'on opposait l'essence morale à l'essence physique. Selon l'ontologie wolffienne, si l'on parlait de l'essence, cela signifiait, en même temps, que l'on concevait un certain être ou une certaine existence (*ens*). De là, il concluait que l'on se représenterait (*finguntur*) que l'homme moral devait être distingué de l'homme

¹⁴⁹ WOLFF. *Ius naturae* (t. 1). p. 43, § 70.

physique tel que l'on considèrerait à l'égard de la Physique¹⁵⁰.

D'après l'extrait de FORMEY, ce paragraphe se résume de la manière suivante. « Les obligations », expliquait-il, « et les droits en général ont pour sujet L'HOMME MORAL. C'est une espèce de fiction, mais d'une utilité reconnue. L'on fait abstraction de tout dans l'homme, excepté des qualités qui le rendent capable d'obligations et de droits. C'est ainsi que les théologiens parlent de l'*homme charnel*, et de l'*homme spirituel* »¹⁵¹.

En revanche, le maître allemand a, en 1750, avancé la thèse suivante :

Texte latin de WOLFF	Traduction de LUZAC
<i>Institutiones iuris naturae et gentium, Pars I, Cap. III, § 96 :</i>	Institutions du Droit de la nature et des gens, 1 ^{ère} partie, chap. III, § 96 :
<i>Homo persona moralis est, quatenus spectatur tanquam subiectum certarum obligationum atque iurium certorum. hinc status eius moralis dicitur, qui per obligationes et iura determinatur vocaturque idem naturalis, quatenus obligationes et iura, per quae determinatur, naturalia sunt, seu vi legis naturae eidem competunt. Ac ideo in statu naturali homines reguntur solo iure</i>	L'homme est une <i>personne morale</i> , en tant qu'on le considère comme le sujet de certaines obligations, et de certains droits. De là on appelle son <i>état moral</i> , celui qui est déterminé par des obligations et par des droits ; et on appelle cet état <i>naturel</i> , entant que les obligations et les droits qui les déterminent sont naturels, ou se trouvent en lui en vertu de la loi naturelle. <i>Les hommes</i>

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 43-44.

¹⁵¹ Christian WOLFF. *Principes du droit naturel et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, tr. par Jean Henri Samuel FORMEY. 3 tomes, t. 1. Hildesheim : Olms, 2000. Réimpression de l'édition d'Amsterdam, 1758, p. 7. Son insistance.

naturae¹⁵².

dans l'état naturel sont donc gouvernés par
le seul droit de la nature¹⁵³.

Avant d'analyser les deux formules concernant *homo moralis* et *persona moralis*, il convient de mettre en avant un constat formel : ce n'est pas dans les *Institutiones* que WOLFF l'a évoqué pour la première fois le terme « *persona moralis* » ; l'on peut relever des occurrences de celui-ci, quoique peu souvent, dans les huit volumes de *Ius naturae*. Là, WOLFF n'a pas défini le terme, et l'a également appliqué à des textes non juridiques. Un premier exemple est l'occurrence suivante dans le compte général sur la *societas* dans le septième volume (1747) du *Droit naturel*. « *Socii sunt* », disait-il, « *personae morales et relationem quandam ad se invicem habent* », les associés (d'une société, comprise dans un sens très large) seraient des « personnes morales » et entretiennent les uns entre les autres une certaine relation¹⁵⁴. A cette phrase, s'ajoutait immédiatement le rappel de la définition de 1740 « *homo moralis est subiectum...* ». En outre, un deuxième exemple nous paraît significatif en raison de son antériorité chronologique : dans la seconde partie de sa *Philosophie pratique universelle* (1739), soit juste avant la publication du premier volume de *Ius naturae*, WOLFF décrit, en nous expliquant ce qu'il entend par « *servitus moralis* » (servitude morale), qu'un homme dans cet état moral est traîné par ses propres sens, émotions, impulsions etc., qu'il est, en bref, un « esclave de lui-même », « *servus sui ipsius* » ou bien en allemand de l'époque « *ein Slaven von sich selbst* », censé soumis à la dominance d'une personne que « l'on imagine distinguée de l'homme lui-même » (*[homo] fingitur instar personae a seipso diversa, et in*

¹⁵² Christian WOLFF. *Institutions du droit de la nature et des gens*, tr. par Elié Luzac. 6 tomes, t. 1. Leide : Chez Elié Luzac, 1772, p. 180. Christian WOLFF. *Institutiones iuris naturae et gentium*. Hildesheim : Olms, 1969. Réimpression de l'édition de Halle, 1750, p. 50.

¹⁵³ Christian WOLFF. *Institutions* (Luzac, t. 1). p. 181.

¹⁵⁴ Christian WOLFF. *Ius naturae*. 8 tomes, t. 7. Hildesheim : Olms, 1968. Réimpression de l'édition de Halle, 1747, p. 6, § 9.

huius dominio esse ponitur)¹⁵⁵. Par rapport à ces deux occurrences, le terme « *persona singularis* » nous semble, également, interchangeable, en quelque sorte, avec celui de « *persona moralis* ». Telle est la définition du mot latin *gens* que le philosophe met en évidence d'emblée lors de sa définition de *civitas* contenue dans le *Droit naturel*. Ensuite, il écrivait, au début de son *Droit des gens* : il fallait considérer aussi bien les *civitates* que les *gentes* comme « *personae singulares liberae, in statu naturali viventes* », personnes singulières et libres vivant en état naturel¹⁵⁶. Ce n'est que dans une explication détaillée que WOLFF a désigné un *gens* comme « une certaine personne morale » (*persona quaedam moralis*).¹⁵⁷ Nous en arrivons, par conséquent, à constater, premièrement, que le penseur allemand avait, effectivement, le choix entre *persona moralis* et *homo moralis* quand il a construit la formulation exprimée en 1740, et deuxièmement, vu les emplois plutôt souples, qu'il n'envisageait pas *persona moralis* comme *terminus technicus* jusqu'au *Droit des gens* de 1749.

Cela revient à dire que nous ne devons plus sous-estimer la modification que portait la formule de 1750. Il ne faut pas confondre la formule postérieure de « *homo persona moralis est...* » des Institutions avec celle antérieure de « *homo moralis est subiectum...* » du *Droit naturel*. Nous sommes donc amené à interroger en quoi elles se distinguent et quelles en sont les conséquences.

Paragraphe III Précisions restrictives et leurs conséquences

Comparée à la définition de 1740, celle de 1750 garde toujours l'idée de « sujet ». Cependant, celle-ci a, apparemment, deux éléments en plus et, implicitement, une

¹⁵⁵ Christian WOLFF. *Philosophia practica universalis : methodo scientifica pertractata*. 2 tomes, t. 2. Hildesheim : Olms, 1979. Réimpression de l'édition de Frankfurt am Main, 1739, p. 505-506, § 544.

¹⁵⁶ Christian WOLFF. *Ius naturae*. 8 tomes, t. 8. Hildesheim : Olms, 1968. Réimpression de l'édition de Halle, 1748, p. 33, § 54. Christian WOLFF. *Ius gentium*. Hildesheim : Olms, 1972. Réimpression de l'édition de Halle, 1749, p. 1, § 2.

¹⁵⁷ Christian WOLFF. *Ius gentium*. p. 3, § 3.

chose en moins. L'addition et la suppression nous aideront à comprendre que WOLFF a corrigé la première formule par la seconde, qui porte davantage de précisions et n'a, conséquemment, qu'une portée plus restreinte, ce qui nous invite à rapprocher le *subiectum* de WOLFF au *suppositium* de PUFENDORF. Le premier élément supplémentaire est, sans doute, le terme *persona moralis*. Le second, c'est le déterminant des mots « obligation » et « droit ». Quant à l'élément supprimé, c'est la qualification de fiction.

D'abord, en ce qui concerne les mots « obligation » et « droit », la tout première question porte sur l'article de substantif. Comme il n'y a pas d'article en latin, l'on peut hésiter sur la question de savoir si la formule de 1740 « *subiectum obligationum atque iurium* » porte sur *quelques* obligations et *quelques* droits, ou bien sur *tous*. Autrement dit, c'est un choix entre l'indéfini (*subiectum* d'obligations et de droits) et le défini (*subiectum* des obligations et des droits). La solution qu'a adoptée FORMEY est, apparemment, l'article défini pour les deux substantifs en question. Toutefois, WOLFF a, en 1750, ajouté qu'un tel *subiectum* ne concernait que *certaines* obligations et *certaines* droits, c'est-à-dire deux adjectifs déterminatifs indéfinis.

Laissons de côté « *persona moralis* », et contentons-nous d'évaluer l'impact du second élément pour l'instant. Cette précision nous semble très significative pour la cohérence du système wolffien : que ce soit un homme moral ou une personne morale, il ne s'agissait, à notre avis, d'aucun *subiectum* général et abstrait qui est apte à porter n'importe quelle obligation ou n'importe quel droit. Si WOLFF n'a écrit dans § 70 de 1740 rien d'autre que le besoin de recourir à la fiction de *subiectum* pour poser des obligations et des droits, il éclaircissait davantage ce paragraphe en approfondissant le concept de *status moralis* : conformément à sa définition métaphysique, un *status rei* était issu de la détermination de certaines choses mutables, c'est-à-dire certains modes et les relations entre eux ; un *status moralis* des hommes était, à son tour, déterminé par une pluralité de droits qui les concernaient et

d'obligations d'eux-mêmes : « *Status hominum moralis est, qui determinatur per iura iisdem competentia et obligationes ipsorum* » ; la multiplicité de *status* s'élevait donc de cette diversité de droits, d'où le Digeste parlait des *status hominum*, les Institutes de JUSTINIEN, des *iura personarum*¹⁵⁸. Dans cette occurrence, nous retrouvons, à la fois, PUFENDORF, qui envisage aussi le *status* comme mode, et la tradition médiévale que, par exemple, DONEAU a continuée, à savoir la mise en parallèle des deux titres des Pandectes.

Prenons alors en compte ce que la formule de 1750, à notre avis, ne retient plus, notamment la qualification de fiction. Il convient de savoir que WOLFF distinguait clairement une fiction d'une chose imaginé : si le mot latin *fingere* est ambivalent, nous croyons que deux qualificatifs qui en dérivent permettaient au philosophe allemand de raffiner ses distinctions. Un être fictif, *ens fictum* était, d'après WOLFF, un être impossible, contradictoire en soi, pourtant présumé non contradictoire. Son exemple était un mélange de minotaure et de centaure : un être qui a une tête de taureau, un corps humain et des pattes de cheval. L'on peut certainement en visualiser quelques-uns – pour éviter le verbe polysémique de « représenter », soit par peinture, soit par sculpture, mais ce genre d'animal ne saurait exister à cause des contradictions inhérentes à son existence. Au contraire, un être imaginaire, *ens imaginarium* ou bien *fictitium* , était, non seulement, visualisable, mais possible, grâce aux notions imaginaires qui montreraient la vérité, *e. g.* les notions géométriques¹⁵⁹. En bref, compte tenu de la distinction entre *fictum* et *fictitium* , nous ne pouvons ranger un homme saisi du point de vue moral et étant dans un certain état que dans la deuxième catégorie, ce qui se heurte, évidemment, à son explication sur *homo moralis* , c'est-à-dire, rappelons-nous, une « fiction utile ».

¹⁵⁸ WOLFF. *Ius naturae (t. 1)* . p. 77, § 123. Sur sa définition métaphysique de *status* , voir Christian WOLFF. *Philosophia prima sive ontologia* . 2^e éd. Hildesheim : Olms, 1977. Réimpression de l'édition de Frankfurt, 1736, p. 530-531, §§ 704-705. Pour ses définitions de l'essence, l'attribut et du mode auxquelles il a renvoyé le lecteur : WOLFF. *Philosophia prima* . p. 123-124, 235, 240-241, 246-247, §§ 149, 291, 300, 313, 314. Pour un résumé utile des rapports entre l'essence, l'attribut et les modes, voir Etienne GILSON. *L'être et l'essence* . 2^e éd. Paris : Vrin, 1981, p. 174-175.

¹⁵⁹ WOLFF. *Philosophia prima* . p. 118-119, §§ 140-114.

Cette tension potentielle fait surgir l'hypothèse suivante : bien que la fiction d'*homo moralis* soit utile pour WOLFF, il nous semble que le terme lui déplaisait de plus en plus au fil du temps, de telle sorte qu'il a, au bout d'une décennie de travail juridique, décidé d'abandonner simultanément le terme *homo moralis* et la fiction que celui-ci désigne. Revenons sur les occurrences de *persona* étalées dans l'ordre chronologique. En 1739 et 1740, nous lisons la fiction d'une *persona* ou d'un *homo* qui se sépare d'un homme lui-même¹⁶⁰. En 1747, le philosophe a écrit que les membres d'une « *societas simplex* » étaient des « *personae singulares* » à l'égard des associés¹⁶¹, qui, eux aussi, étaient des « personnes morales » (« *socii sunt personae morales...* »)¹⁶², et que « *societas integra pro una persona habenda, seu instar unius persona spectanda* », une société en tant que telle devait être prise comme une seule personne, ou bien comme la personne d'un particulier¹⁶³. En 1748, il a comparé les *gentes*, nations, et les *populi*, peuples, à la *societas*, en qualifiant les deux premiers de « *personae singulares liberae, in statu naturali viventes* », personnes particulières libres vivant en état naturel¹⁶⁴. C'est en cette même année, nous semble-t-il, que WOLFF a renversé son ancienne formule lorsqu'il s'agissait de l'ensemble des citoyens d'un pays :

Universitas in civitate spectanda est tanquam persona moralis [...] *Quamobrem cum universitas sit subiectum certorum iurium et certarum obligationum, tale subiectum autem sit persona moralis* (§. 70. part. I. Jur. nat.) ...¹⁶⁵

¹⁶⁰ Voir ci-dessus la note 155. WOLFF. *Philosophia practica*. p. 505-506, § 544.

¹⁶¹ WOLFF. *Ius naturae* (t. 7). p. 3, § 5.

¹⁶² Voir ci-dessus la note 154. *Ibid.* p. 6, § 9.

¹⁶³ *Ibid.* p. 123-124, § 161.

¹⁶⁴ Christian WOLFF. *Ius naturae* (t. 8). p. 33, § 54. Voir ci-dessus la note 156

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 431, § 576. Cette « *Universitas* » n'est pas un terme juridique, et ne signifie non plus « université ». Le mot vient du mot *universi* faisant partie de la formulation wolffienne de contrat social, selon laquelle les particuliers et les tous réunis ensemble s'engagent les uns envers les autres : « *Si civitas constituitur, singuli se obligant universis, quod commune bonum promovere velint, et universi sese obligant singulis, quod sufficientia vitae ipsorum, tranquillitati et securitati prospicere velint* ». WOLFF. *Ius naturae* (t. 8). p. 18, § 28. Cette totalité qu'il exprime au pluriel détient la souveraineté (*imperium*) : « *Universis in civitate competit imperium in singulos* ». WOLFF. *Ius naturae* (t. 8). p. 20, § 31.

De toute évidence, la formule « homo moralis... », que WOLFF a maintes fois reprise, a entièrement cédé sa place à celle « homo persona moralis est... », alors que la référence bibliographique restait inchangée.

Si nous résumons la définition de *status moralis* et l'évolution allant de *homo moralis* fictif à *persona moralis*, sous-entendant possible, la conception wolffienne de *persona moralis* ressemble largement à celle de PUFENDORF. En effet, il s'agit, chez WOLFF également, des hommes qui sont chacun dans un certain état moral. Si, en termes métaphysiques, un état de chose, *status rei*, se détermine en fonction des modes et de leurs rapports, il n'en est pas moins pour un état moral, soit du point de vue juridique, soit du point de vue de philosophie pratique. Au niveau juridique, les exemples du Digeste abondent. Sur le plan de philosophie pratique, en revanche, souvenons-nous du *servus sui ipsius*. Outre les éléments principaux de la théorie de personne-être moral pufendorffienne que nous avons recensés : modes, état moral et personne morale, il n'en reste que le *suppositivum*, « soutien » ou bien « suppôt » dont la contrepartie dans la terminologie de WOLFF, fortement marqué par son prédécesseur et ami LEIBNIZ, doit, à notre avis, être le *subiectum*. Ce *subiectum* n'a, conséquemment, rien de subjectif non plus. Cela veut dire qu'en dépit de son langage axiomatique où le verbe « être » est prépondérant, et malgré la finesse et la profondeur métaphysique, WOLFF a, dès le début de son *Droit naturel*, repris la conception de *persona moralis* proposée par PUFENDORF et, à la fin de cet ouvrage, également la terminologie de celui-ci.

Pourtant, cette conclusion ne convient pas à un lieu commun selon lequel WOLFF a réalisé un pas de géant dans la direction « subjective et individualiste ». Si nous empruntons ce terme à M. VILLEY, il s'agit d'une « structure individualiste » – *i. e.* à l'instar de GROTIUS et de LEIBNIZ, l'argumentation qui ne part pas de l'Ordre du tout mais de la nature de chaque

homme pris individuellement, de l'atome, de la monade ou de l'individu¹⁶⁶. Le professeur français voyant ancrer définitivement l'individualisme dans le droit naturel moderne chez LEIBNIZ, l'étude de LIPP précitée distingue, également, WOLFF de PUFENDORF par le même critère¹⁶⁷. Or telle prétention, si souvent répétée qu'elle soit, peut, également, en simplifier à tort la dimension collective. Sur ce point, VILLEY a déjà montré un peu de prudence en rappelant que GROTIUS, partisan du « corporatisme médiéval » et défenseur de la monarchie, n'a jamais voulu dissoudre la société et remettre le pouvoir à la main des individus¹⁶⁸. La philosophe contemporaine S. GOYARD-FABRE nous apprend aussi, à propos des définitions de *ius* qu'a formulées GROTIUS et de la monadologie de LEIBNIZ, que les lectures enchérissant l'individualisme au sens de « séparation ontologique » des hommes peuvent entraîner des conclusions incompatibles avec le reste des pensées des deux auteurs¹⁶⁹. En revanche, l'éminente spécialiste du jusnaturalisme est d'avis que WOLFF « construit son système du droit sur la logique de cet « individualisme », qu'il fait fond sur la vision monadique d'un droit naturel-rationnel », et que cette compréhension individualiste s'est intensifiée dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, à travers le traducteur-adaptateur FORMEY, certains collaborateurs de l'*Encyclopédie* et le juriste suisse E. de VATTEL¹⁷⁰.

Nous pouvons partager ce lieu commun dans la mesure où WOLFF accordait, à vrai dire, une place privilégiée à l'individu. Il a, en effet, couronné les *Institutions* de 1750 avec un chapitre sur les actions humaines et leur imputation¹⁷¹, tandis que le premier tome du *Droit naturel* entamait les matières avec les définitions des obligations et des droits universels¹⁷². Or

¹⁶⁶ Michel VILLEY. Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII^e siècle (notes de lectures). *Archives de philosophie du droit*, 1960, 6, p. 80-81, 103-104.

¹⁶⁷ Voir LIPP. « Persona moralis ». p. 238-43.

¹⁶⁸ VILLEY. Les fondateurs. p. 80-81.

¹⁶⁹ Simone GOYARD-FABRE. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris : Vrin, 2002, p. 92, note 94, note 95.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 93.

¹⁷¹ Voir WOLFF. *Institutions* (Luzac, t. 1). p. 6-9. Christian WOLFF. *Institutiones* (1969 [1750]). p. 2-3.

¹⁷² WOLFF, *Ius naturae*, s., tr., 1, § 11, WOLFF. *Principes* (Formey, t. 1). 1.

il ne faut, à notre avis, pas non plus sous-estimer l'horizon « objectif » ou universaliste de ces obligations et droits, car, bon gré mal gré, ils s'imposaient, d'après WOLFF, aux hommes et déterminent l'état moral de chacun, non pas l'inverse. C'est la raison pour laquelle l'interprétation suivante de LIPP sur WOLFF n'est partiellement soutenable : « *ohne Recht im Sinne einer Berechtigung keine Person und ohne Person kein Recht* »¹⁷³. La première moitié est tout à fait justifiée. Il est vrai que l'on ne parle pas de *persona* sans présupposer un droit, en notre terminologie, subjectif, car celui-ci la détermine. Au contraire, la seconde moitié qui, d'ailleurs, ne saurait se déduire logiquement de la première, nous paraît aventurière.

En ce qui concerne les « états moraux » et les « personnes morales », nous comprenons mieux pourquoi WOLFF n'est guère plus « individualiste » que PUFENDORF, si nous savons distinguer, pour ainsi dire, l'individuation de l'individualisation. Il ne s'agit pas de la métaphysique, mais seulement du langage de droit. Un état moral est toujours à individuer, singulariser, distinguer, et nous n'avons intérêt à l'évoquer qu'en vue d'une situation déterminée par une certaine composition d'obligations et de droits. L'individuation de *status moralis* n'implique, en aucun cas, l'individualisation d'un collectif, que ce soit une *civitas*, une nation ou un peuple, c'est-à-dire la réduction de ces *personae morales* respectivement à leurs membres individuels.

Pour conclure, la combinaison wolffienne de *subiectum*, *homo*, *persona* et du verbe « être » n'a rien à avoir avec la personne humaine sujet de droit. Un homme peut, d'après le système de Wolff, se trouver dans une pluralité d'états et, reprenons ce verbe, « porter » une pluralité de personnes morales. Selon WOLFF, le même individu n'a pas la même personne morale s'il s'agit des obligations et des droits différents. Enfin, un « homme » peut « être » une personne morale, mais la notion de personne morale ne se réfère pas nécessairement à l'homme.

¹⁷³ LIPP. « *Persona moralis* », p. 239.

Nous ne croyons pas que ce mot *persona* que WOLFF employait parfois sans définition a fait la moindre révolution sémantique.

*
* *

En somme, bien que l'on puisse constater chez PUFENDORF – en particulier, dans la traduction de BARBEYRAC – et chez WOLFF l'emploi « X est une personne », un tel énoncé n'est, au bout du compte, qu'un dérivatif elliptique de la locution latine « *personam* + complément au génitif + *sustinere, gerere...* », qui a, dans le travail de BARBEYRAC, donné mot à mot « soutenir un personnage ». C'est seulement au profit de la méthode axiomatique-démonstrative que WOLFF a multiplié la phrase modèle « X *dicuntur* Y » ou bien « X *est* Y ». Bien entendu, un personnage doit toujours être déterminé. Il n'en est pas moins que tout ce qui rentre dans la gamme pufendorffienne des personnes morales est déterminé dans un état donné et par rapport à d'autres personnes. Pour WOLFF, ce caractère déterminé est aussi bien présent. Le mot « personne morale », au singulier, renvoie, autrement dit, à la pluralité, tout comme, rappelons-nous de ce qui est enseigné par BENVENISTE et repris par DESCOMBES, le mot latin *civis* renvoie, non pas à « citoyen » tout court, mais à « concitoyen ». « Personne » dans le courant jusnaturaliste que représentait PUFENDORF est aussi peu un terme absolu que *civis* dans l'Antiquité. WOLFF a, quant à lui, adhéré à cette tradition par l'emploi de *consocii*, les co-associés, dans la définition suivante du *populus* ou de la *gens* : « *Multitudo hominum in civitate consociatorum dicitur Populus, sive Gens, idiomate patrio ein Volk* »¹⁷⁴. Cela revient à dire que l'on est toujours loin de l'idée moderne de personne.

¹⁷⁴ WOLFF. *Ius naturae* (t. 8). p. 6, § 5.

Nous abordons, ensuite, la question de savoir si notre usage du mot « personne » peut être relevé dans la littérature francophone avant le Code civil.

Chapitre III Deux repères français

Ayant écarté Hugues DONEAU et les grands auteurs de droit naturel moderne de notre ligne directrice, examinons ensuite deux références antérieures au Code civil pour comprendre pourquoi les codificateurs ne mettent pas d'accent sur le mot en question. Plus précisément, ces deux références nous montrent que l'usage du mot « personne » n'a pas beaucoup varié bien avant les années 1800. L'une est de nature juridique, notamment le *Traité des personnes et des choses* de POTHIER (Section I), l'autre plutôt généraliste, à savoir l'*Encyclopédie* de DIDEROT (Section II).

Section I Première références d'Ancien Régime : POTHIER

Par rapport à l'ensemble de ses œuvres, le traité de POTHIER sur les personnes et les choses n'a d'importance particulière, ni en valeur doctrinale, ni en nombre de pages. Ce traité d'environ cent pages ne figure pas en tête du grand recueil posthume de ses ouvrages édité par un certain SIFFREIN. Celui-ci l'a rangé dans un treizième tome portant le titre secondaire *Traité des propres, des donations testamentaires, des donations entre-vifs, des personnes et des choses*. Il ne semble pas non plus que l'auteur ait, dans ledit traité, la moindre ambition de systématisation, ni une volonté d'annoncer un chapitre de prolégomènes pour la totalité de son immense connaissance juridique.

Si nous nous reportons à la table des matières du traité, nous voyons le jurisconsulte découper ses matières en sept titres ou divisions de « personnes » au pluriel. En effet, les personnes étaient divisées en ecclésiastiques, nobles, gens du tiers-état ou serfs (tit. I), en régnicoles ou aubaines (tit. II), en ceux qui jouissaient de la vie civile, ceux qui l'avaient perdue ou ceux qui l'avaient recouvrée (tit. III), en légitimes et bâtards (tit. IV), en fonction

de l'âge, du sexe et d'autres causes (tit. V), ou bien en ceux qui avaient le droit d'exercer les différentes puissances sur d'autres ou ceux sur lesquels s'exercent les différentes puissances (tit. VI). Le septième et dernier titre de cette partie, enfin, réservé aux communautés.

N'ayant défini nulle part ce qu'est une « personne », le professeur d'Orléans nous expliquait le statut des personnes qu'il divisait par les critères mentionnés ci-dessus. Il détaillait, à cet effet, comment ces statuts s'acquerraient, se perdaient et se modifiaient, ainsi que les droits, privilèges et les obligations respectifs de chaque statut. Conformément à ce que nous venons d'établir dans les chapitres précédents, ces personnes ne nous paraissaient pas avoir nécessairement une substance quelconque. En ce qui concerne les personnes du tiers-état, par exemple, notre juriste n'a « rien de particulier à remarquer ici sur cet ordre de personnes » car il les prenait en compte dans les cinq titres suivants¹⁷⁵. Il se contentait de signaler l'existence même de cette catégorie de personnes et annonçait qu'il appliquerait à ces personnes d'autres divisions. En outre, certains genres de personnes nous semblaient également compatibles avec d'autres. Autrement dit, un individu pourrait être, avoir ou bien porter plus de deux « personnes ». C'est notamment le cas des serfs, qui existaient alors, parmi d'autres, en Nivernais ou en Bourgogne. Ces serfs-là avaient, disait POTHIER, un état civil, étaient « citoyens », n'étaient pas « *in dominio* du seigneur » auquel ils appartenaient, et, enfin, n'étaient appelés serfs « qu'à cause de certains devoirs très onéreux dont ils [étaient] tenus envers lui »¹⁷⁶. Pour la même raison, les bâtards jouissaient, selon l'illustre auteur, « de l'état civil, commun à tous les citoyens »¹⁷⁷. Bien entendu, nous pouvons dégager la conséquence selon laquelle les hommes et femmes légitimes peuvent aussi être majeurs ou

¹⁷⁵ Robert-Joseph POTHIER. *Traité des propres, des donations testamentaires, des donations entre-vifs, des personnes et des choses*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 13. Paris : Siffrein, 1823, p. 388.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 389.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 426.

mineurs, ecclésiastiques ou nobles, citoyens ou morts civilement, ceux qui exercent la puissance maritale ou paternelle ou ceux sur lesquels ces puissances s'exercent, etc.

Si POTHIER parlait des personnes au pluriel, nous relevons, tout de même, quelques occurrences de l'usage au singulier de « personne ». Néanmoins, nous croyons que cet emploi relève toujours de la même opposition qui est très classique, à savoir celle des personnes et des choses. Le grand juriste n'a point hésité à nous rappeler l'origine de cette opposition lorsqu'il distinguait les serfs français des esclaves romains en écrivant que ceux-ci étaient « regardés comme des choses plutôt que comme des personnes, *ut res, non ut personae erant in domino heri* »¹⁷⁸. Nous lisons également que les femmes mariées passaient sous la puissance de leur mari, et que « cette puissance du mari sur la femme s'étend sur sa personne et sur ses biens »¹⁷⁹. L'opposition a, de nouveau, été invoquée lorsqu'il s'agissait de la puissance paternelle et du pouvoir des tuteurs, qui, d'ailleurs, se ressemblent : les père et mère vivant dans un pays de droit coutumier avaient, disait le jurisconsulte, le droit « de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens »¹⁸⁰. Quant au tuteur, la loi lui donne, précisait POTHIER, « un pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur qui est sous sa tutelle »¹⁸¹.

Or l'on nous contesterait à l'égard des corps et des communautés quand on lit, dans le titre VII, qu'ils étaient « considérés dans l'état comme tenant lieu de personnes : *veluti personam sustinet* »¹⁸². Cette formule, que nous allons rencontrer à maintes reprises dans l'étude actuelle, aurait suffi à établir que le langage juridique connaisse déjà, vers la fin de l'Ancien Régime, l'emploi absolu du mot « personne », comme dans la phrase « au regard du

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 389.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 429.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.* p. 441.

¹⁸² *Ibid.* p. 459.

droit civil, nous sommes des personnes »¹⁸³. Certes, la grande autorité orléanaise cite exactement la même formule dont presque tous les juristes de XIX^e siècle se sont servis, quelle que soit la nationalité ou la position prise sur la question de personnalité juridique. De surcroît, POTHIER appelait volontiers ces corps et communautés « êtres intellectuels »¹⁸⁴, voire des « personnes intellectuelles »¹⁸⁵.

Toutefois, il faut tenir compte de l'explication qui suivait la formule romaine. Si certains corps et corporations tenaient lieu de personnes, c'était, estimait POTHIER, parce que ces corps pouvaient, à l'instar des personnes, « aliéner, acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux ». Cette précision montre clairement que « tenir lieu de personnes » ne signifiait, pour Pothier, ni « être une personne », ni « jouir de la dignité humaine ». L'on n'a aucune affaire à la moindre personnification ni avec l'anthropomorphisation. Le jurisconsulte délimitait sans équivoque ce qu'il voulait entendre par la formule « *veluti personam sustinet* » : il s'agissait d'effectuer des opérations concernant les biens (aliéner, acquérir et posséder), d'ester en justice (plaider) et d'entreprendre des rapports contractuels (contracter, s'obliger et obliger les autres envers eux). Rien de plus. Cette énumération nous semble, en l'occurrence, limitative, et doit avoir pour but de souligner que les corps et communautés n'étaient envisagés, et ne pouvaient être envisagés, que par le biais du droit patrimonial. La perspective du droit de la famille n'y était, nous semble-t-il, pour rien, ce que POTHIER aurait pu estimer superflu d'explicitier. Il n'a même pas pris la peine d'avertir ses lecteurs que ces corps et communautés n'avaient, en droit civil, aucun rapport personnel – par opposition à ce qui était réel – avec personne, surtout pas avec ses membres. Puisque, croyons-nous, ce défaut de rapports personnels, d'une part, n'a

¹⁸³ Voir ci-dessus *Introduction*, I.

¹⁸⁴ POTHIER. *Œuvres de Pothier* (t. 13). p. 459.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 460.

guère été signalé dans le premier article de ce titre VII intitulé « En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les particuliers ? », ce qui, par ailleurs, est souvent mis en avant dans des manuels de notre temps ; d'une autre part, le rapport entre un corps et ses membres n'était, malgré son caractère de contrainte et d'obéissance, mis en parallèle avec aucun pouvoir sur les personnes, sur lequel porte le titre VI de l'ouvrage consulté. En effet, le savant français nous rappelait qu'un corps ou une communauté pouvait, par sa nature, se faire des statuts « pour sa police et sa discipline », auxquels tous les membres étaient « tenus d'obéir, pourvu que ces statuts ne contiennent rien de contraire aux lois, à la liberté publique et à l'intérêt d'autrui »¹⁸⁶. En outre, ces corps et communautés auraient également « une espèce de juridiction correctionnelle sur les membres, dans ce qui concerne la police et l'administration du corps et sa discipline »¹⁸⁷. Or rien de tout cela n'a, pour POTHIER, justifié que les membres d'un corps ou d'une communauté soient rangés à côté des femmes sous la puissance maritale, ni des mineurs sous la puissance paternelle, sans parler de la tutelle et de la curatelle.

Sans définir à la place du grand érudit le mot « personne », nous pouvons retenir deux points de son traité des personnes. Premièrement, il y a plusieurs divisions de personnes possibles faites par des critères qui ne ressortent pas au même plan, et qui ne sont, non plus, exclusives les unes des autres. Qui dit division, dit multiplication. Ces personnes existent donc au pluriel, car une division crée au moins deux catégories, deux ordres ou deux états de personnes. De là une autre impossibilité qui nous amène au second point. Secondement, l'on ne saurait pas concevoir l'emploi absolu de « la personne » au singulier qui s'abstrait de tout contexte. En d'autres termes, lorsque POTHIER n'évoquait que le mot « personne », il nous renvoyait à l'opposition des personnes et des choses.

¹⁸⁶ *Ibid.* La clause « pourvu » paraphrase le fragment de GAIUS, 4 ad L. XII Tab., 47, 22, 4, que POTHIER cite tout de suite.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 461.

Section II Seconde référence d'Ancien Régime : l'*Encyclopédie*

Nous tournons maintenant à la référence non juridique, à savoir l'incontournable *Encyclopédie* de DIDEROT. Publié à peu près quarante ans avant le Code civil, cet ouvrage monumental a déjà consacré deux articles à notre mot-clé¹⁸⁸. Le premier concerne la personne au sens grammatical, que nous ignorons en raison de son impertinence. C'est plutôt le second qui mérite d'être examiné de plus près.

Ce second article est commencé par une apposition : « personne » de français, c'est pour lui la *persona* de latin, qui signifie, du point de vue théologique, « une substance individuelle, une nature raisonnable ou intelligente ».

Bien que la plupart de cet article s'occupe principalement du côté théologique, comme ce qu'il vient d'annoncer, l'auteur anonyme de cet article y ajoute une petite parenthèse : « Le Père et le Fils sont réputés en droit une même personne. Un ambassadeur représente la personne de son prince »¹⁸⁹. S'il est clair que le second exemple relève explicitement du rapport de représentation, le premier est plus difficile à comprendre pour le lecteur moderne. Il s'agit, en effet, d'une règle du code de JUSTINIEN selon laquelle le père et le fils mineur sont censés la même *persona* lorsqu'ils sont tous les deux institués héritiers de quelqu'un d'autre¹⁹⁰. L'idée selon laquelle le père et le fils institués héritiers dans le même testament ne font qu'une *persona* ensemble convenait, apparemment, aux théologiens du christianisme. En

¹⁸⁸ *Personne*. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12 septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedia/images/V12/ENC_12-431.jpeg

¹⁸⁹ En ce qui concerne l'attribution des articles de l'*Encyclopédie*, nous nous appuyons sur le site *the ARTFL Encyclopédie Project* [en ligne]. [réf. le 14 novembre 2010]. Disponible sur : <http://encyclopedia.uchicago.edu>. Sachez que les deux articles de personne au sens grammatical, de personne ou *persona* au sens théologique restent sans attribution ; l'avocat célèbre A.-G. BOUCHER D'ARGIS (1708-1791) a rédigé l'article « personnat », et L. de JAUCOURT (1704-1779) est responsable de l'article « personnes, gens (synon.) ». Sur le terme « personnat », voir aussi ci-dessous p. 108, note 194.

¹⁹⁰ Notamment le cas discuté dans C. 6, 26, 11, *pr.* et 1. Le fragment entrera dans notre étude ci-dessous à p. 263, note 444. Voir p. 346, note 656, et, en outre, Giovanni LOBRANO. *Pater et filius eadem persona : per lo studio della patria potestas*. Milano : Giuffrè, 1984.

ce qui concerne ce cas précis, il faut penser à la formule de « *succedere in locum defuncti* » ou bien « *succedere in ius (iura) defuncti* », c'est-à-dire succéder, littéralement, au lieu ou au droit du défunt¹⁹¹. Il n'y a qu'un seul « lieu », qu'un seul « droit » disponible pour tous les héritiers institués. Ainsi, le mot « personne » employé dans la phrase de l'*Encyclopédie* ne saurait avoir le sens moderne d'individu humain. Car, dans tous les autres cas, soit le père et le fils sont, ou bien, « ont » deux personnes distinctes, lorsque celui-ci n'est plus soumis à la puissance paternelle en raison de sa majorité ou de l'émancipation, soit le père seul est ou « a » une personne dont la puissance soumet le fils, tel que le cas de *pater familias* romain.

Parenthèse fermée, nous voyons l'auteur continuer à développer la définition principale en nous rappelant une tradition. Cette fameuse définition, écrivait-il, « revient à celle de BOECE (*Anicius Manlius Torquatus Severinus BOETIUS*, ca. 480-525, NDLR) », qui employait également le même mot dans le sens théâtral lorsque celui-ci appelait les acteurs qui montaient sur scènes avec, chacun, leur masque *larvati* et, quelquefois, *personati*. Le philosophe de l'Antiquité avait, disait l'auteur inconnu, fait remarquer que certains qui « étaient aussi distingués par quelque chose dans leur figure ou leur caractère, ce qui servait à les faire connaître, furent appelés par les Latins *persona*, et par les Grecs *προσωπα* ». Puisque les acteurs représentaient également des personnages moins éminents, « le mot *personne* », précisait-il, « vint enfin à signifier l'esprit, comme la chose de la plus grande importance et de la plus grande dignité dans tout ce qui peut regarder les hommes : ainsi les hommes, les Anges, et la Divinité elle-même, furent appelés *personnes* ». En passant par la distinction théologique entre l'hypostase et la personne¹⁹², l'auteur nous signalait, en citant CICERON,

¹⁹¹ GAIUS, *Inst.*, 4, 34 ; Paul, 54 ad ed., *D.* 41, 3, 4, 15.

¹⁹² Cette distinction relève de la célèbre problématique de la trinité, dont un Tertullien, un des premiers pères de l'Eglise, qui vivait probablement entre le deuxième siècle et le troisième, a composé la référence principale. Voir Paul MONCEAUX. *Histoire littéraire de l'Afrique chrétienne depuis les origines jusqu'à l'invasion arabe*. 7 tomes, t. 1. Paris : Leroux, 1901. Siegmund SCHLOSSMANN. *PERSONA und ΠΡΟΣΩΠION im Recht und im christlichen Dogma*. Kiel : Lipsius und Tischer, 1906. Adhémar d'ALES. *La théologie de Tertullien*. Brescia :

que le nom de personne allait jusqu'à signifier « quelque dignité, par laquelle une *personne* est distinguée d'une autre, comme un père, un mari, un juge, un magistrat, etc ».

Se bornant à résumer la définition traditionnelle, l'auteur de l'article consulté tenait, pourtant, à préciser un point fondamental, à savoir la manière de laquelle une chose s'individualisait. En effet, il y a consacré à peu près autant de lignes qu'à son étymologie. Son objectif nous paraît de montrer qu'il n'y avait qu'une seule personne en l'homme, même si celui-ci était, selon lui, composé de deux substances différentes, notamment le corps et l'esprit. De là, l'auteur anonyme revenait sur le plan théologique, qui était aussi le registre duquel relevait l'article consulté. Il prétendait qu'il n'y avait en JESUS, non pas trois, mais qu'une seule personne divine, malgré la composition de sa nature, à la fois divine et humaine.

A cet effet, l'auteur de cet article devait expliquer les deux manières dont une chose pouvait être « individuelle ». Ce paragraphe nous paraît pertinent dans la mesure où, en vertu de la question de la trinité, son auteur cherchait à « compter les personnes » avant d'aborder d'autres questions sur ce qu'« est » une « personne ». Cette dimension numéraire paraîtrait inutile à ceux qui identifient la personne à l'homme : le nombre de personne doit, pour eux, être équivalent au nombre d'homme ; il doit y avoir une personne quand il y a un homme (ou une femme, bien sûr) ; l'on pourrait même dire qu'il y a une personne quand il y a un corps vivant. Cependant, la question du nombre de personne à laquelle l'article consulté est consacré nous paraît un peu différent.

En effet, une chose pouvait, selon l'*Encyclopédie*, être individuelle « de deux manières », l'une d'ordre logique, l'autre d'ordre physique. De la première manière, une

Paideia, 1974. Réimpression de la 2^e édition, Paris : Beauchesne, 1905. Jean-Claude FREDOUILLE. Tertullien en Allemagne et en France de 1870 à 1930. *Patristique et Antiquité tardive en Allemagne et en France de 1870 à 1930 : Influences et échanges, Colloque franco-allemand* / s. dir. Jacques FONTAINE, Reinhart HERZOG, Karla POLLMANN. Chantilly : Institut d'Études Augustiniennes, 1993.

chose, disait l'auteur, ne pourrait « être dite de tout autre, comme CICERON, PLATON, etc ». Cette manière logique nous semblait n'avoir trait qu'aux êtres dénommés par des noms propres. La seconde manière était d'ordre physique. « Une goutte d'eau séparée de l'Océan » pouvait, selon l'auteur obscur, « s'appeler une *substance individuelle* ».

De l'une et de l'autre manière, une « personne » paraissait à l'auteur de notre article digne d'être une « substance individuelle » :

Logiquement, selon BOECE, puisque le mot *personne* ne se [disait] point des universels, mais seulement des natures singulières et individuelles ; l'on ne [disait] pas la *personne* d'un animal ou d'un homme, mais de CICERON et de PLATON ; et physiquement, puisque la main et le pied de SOCRATE n'[étaient] jamais considérés comme des *personnes*.

Cela dit, l'auteur anonyme n'arrivait pas encore à justifier qu'il n'y avait, en JESUS, non pas trois, mais qu'une seule personne. Car celui-ci, du point de vue physique, n'était pas moins individuel que SOCRATE. A cet effet, notre auteur anonyme introduisait une autre division à la seconde manière d'individualité. Il y avait, disait-il, deux espèces de l'individualité physique. « Positivement », une personne devait être « le principe total de l'action », parce qu'il croyait que les philosophes désignaient par le mot « personne » « tout ce à quoi l'on attribue quelque action ». De l'autre côté, une personne consisterait, négativement, « en ce qu'elle n'[existerait] point dans un autre comme un être plus parfait ». En d'autres termes, nous pourrions dire qu'une chose serait physiquement individuelle, ou bien si elle était spontanée, c'est-à-dire qu'elle agissait par elle-même, ou bien si elle était suffisante en elle-même et n'avait pas besoin d'être complétée.

Reprenons donc sa définition : une personne est une substance individuelle, une nature raisonnable ou intelligente. Or toute substance individuelle n'est pas nécessairement de personne. « Les êtres purement corporels », rappelait l'auteur, « tels qu'une pierre, une

plante, un cheval, furent appelés *hypostases* ou *supposita*, et non pas *personne* ». Il fallait, selon l'auteur inconnu, que l'on puisse lui attribuer des actions et que l'on ne trouve pas de meilleur attributaire d'action, comme dans le cas d'attribuer l'action d'écrire *De legibus* à CICERON, non pas à la qualité d'écrivain, de citoyen romain ou de consul, ni à son outillage d'écriture, ni à sa main, ni à ses doigts.

A notre avis, il est clair que rien de tout cela n'assure un lien particulier ou intime entre la personne et l'homme. Un homme peut jouer ou ne pas jouer une *persona*. Il peut, en outre, également être distingué ou ne pas être distingué comme une personne. Si l'on dit, du point de vue philosophique, qu'il n'y a qu'une personne en homme, il en est de même pour JESUS. La seule différence entre un homme quiconque et Jésus-Christ, c'est que l'un est investi d'une personne divine et l'autre humaine. Nous disons bien « être investi », car l'auteur anonyme de l'article consulté n'a écrit rien comme « X est une personne ». Il ne s'intéressait qu'à l'individualité de cette personne, non pas à un rapport privilégié, s'il y en a un, entretenu entre l'homme et la personne. Sans prendre en compte ce que l'auteur voulait établir en ce qui concerne la doctrine de la trinité, nous nous contentons de rappeler que l'individualité compte, parce que c'est à un certain individu que l'on attribue une action. Nous pouvons nous reporter au dilemme discursif de PETTIT traité plus haut pour comprendre que l'attribution d'une action à une personne ne présuppose pas que cette personne-ci soit être humain, individu ou porteuse de la dignité de la personne humaine.

*
* *

Il est temps de conclure cette rétrospective. Le parcours est un peu long, mais le résultat est simple : la notion moderne de personne était inconnue du moins jusqu'à la veille de la Révolution française. Les termes *persona*, *persona moralis*, *subiectum iuris* et *ens morale* existaient autrefois, mais aucun d'entre eux n'entendait ce que nos manuels de

droit nous enseignent. Grâce à ce constat, nous procédons au prochain objectif de cette étude, notamment une recherche des emplois de « personne » dans le Code civil et dans la littérature civiliste de l'époque.

Sous-titre II Code civil, sa préparation et son interprétation

Dans ce sous-titre, nous allons discerner les occurrences notables du mot « personne » en parcourant dans un premier temps les travaux préparatoires du Code civil et la première édition du Code lui-même (Chapitre I), ainsi que les premiers ouvrages civilistes consacrés à la nouvelle législation (Chapitre II). Nous rencontrerons, dans ce parcours, plusieurs termes construits avec le mot « personne » qui sont des faux amis de ceux que l'on croit équivalents comme, par exemple, « personne physique » et « personne morale ».

Chapitre I Travaux préparatoires

Il n'y a rien d'étonnant à ce que les travaux préparatoires d'un code civil contiennent peu d'occurrences de « personne ». Cette étude ne se prétend pas non plus être la première à relever que les rédacteurs du Code Napoléon employaient différemment le mot « personne ». Il suffit de consulter le texte lui-même pour constater que le Code ne définit nulle part ce terme, ce que nous savions déjà. Certains articles de cet édifice juridique portent cette « personne », mais aucun d'entre eux ne nous autorise à en dégager la moindre définition anthropomorphe. Ainsi qu'un spécialiste de l'histoire du Code l'a déjà fait remarquer : « On chercherait en vain, dans le Code de 1804, la consécration juridique de la personne humaine à travers celle des droits de la personnalité, ainsi que celle de la « primauté de la personne » et de sa dignité, ou même, tout simplement, du respect de son corps »¹⁹³. L'on peut même se demander s'il y a, dans les discussions au Conseil d'Etat, dans les discours prononcés à chaque tribunal ou bien dans les échanges effectués au Corps législatif, une acception spécifique de « personne » qui est unanimement partagée. Les procès-verbaux de discussion, les commentaires ainsi que la littérature juridique de cette époque nous indiquent plutôt le contraire. Bien entendu, cela ne veut pas dire que le mot « personne » est purement explétif. Il est vrai que l'on l'a évoqué dans quelques séances de discussion, puisque le projet d'un premier livre porte tel titre : « des personnes ». Toutefois, l'apparition de ce mot est loin d'être fréquente. Le grand répertoire fait par Joseph-Nicolas GUYOT et continué par Philippe-Antoine MERLIN (de Douai), par exemple, ne contient pas un article intitulé « personne ». Cet ouvrage de référence, publié pour la première fois en 1781, ne présentait à ses lecteurs qu'un petit article de « personnat », une sorte de bénéfice (*beneficium*) en droit

¹⁹³ Jean-François NIORT. « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français. *Droit et Cultures*, 2004, n° 48, 2004, p. 101.

canonique que l'auteur de l'article tenait à distinguer de la dignité¹⁹⁴. Il regrettait pourtant que beaucoup de textes canoniques prenaient les deux comme synonymes. Là encore, le mot dérivé de *persona* est réservé pour quelques privilégiés, ainsi que nous le rapporte l'*Encyclopédie*.

Bien que la préparation du Code civil soit connue pour sa rapidité, les projets de son premier livre n'ont pas été facilement approuvés. Les discussions sur ce livre sont, par rapport au reste du Code, très vivaces. Cela se voit au niveau quantitatif : les 515 articles de ce livre occupent quatre tomes, soit du VII^e au X^e tome, dans le recueil édité par Pierre-Antoine FENET, autant que la totalité du Livre III, qui comporte 1.570 articles (du XII^e au XV^e). Cette abondance est due à plusieurs raisons qui, toutes, ne nous concernent pas. Pour n'en citer qu'une seule, l'on sait que BONAPARTE, alors premier consul, participait à de nombreuses séances au Conseil d'Etat avec, parfois, des interventions substantielles. Il n'est pourtant pas le seul à prendre la parole. Les débats ont également été animés par les rédacteurs de projets de loi et certains conseillers d'Etat parmi les trente-huit qui ont collaboré à la codification¹⁹⁵.

Ces procès-verbaux volumineux n'éclaircissent malheureusement pas davantage le sens de « personne ». Souvent, l'on l'évoque tel quel sans aucune précision. D'après ces interlocuteurs-là, le mot « personne » ne désigne, nous semble-t-il, aucune notion juridique établie. Or nous pouvons également percevoir un écart entre les usages des juristes professionnels et, pour ainsi dire, ceux des profanes.

¹⁹⁴ Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale 1^e éd. / s. dir. Joseph-Nicolas GUYOT. 64 tomes, t. 45. Paris : Panckoucke, 1781, p. 520. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale 2^e éd. / s. dir. Joseph-Nicolas GUYOT. 17 tomes, t. 13. Paris : Visse, 1784, p. 115.

¹⁹⁵ Leurs noms sont cités par un des quatre rédacteurs du Code civil, notamment MALEVILLE, dans son célèbre commentaire du Code. Voir Jacques de MALEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 1^e éd. 4 tomes, t. 1. Paris : Nyon, an XIII-1805, p. 8-10.

Nous nous attaquerons d'emblée, dans ce chapitre, à l'absence du mot « personne » dans la discussion sur deux parties du Code, l'une étant le Livre premier du Code, pourtant intitulé « Des personnes », l'autre la mort civile, l'une des deux références principales des non personnes pour la littérature contemporaine (Section I). Ensuite, nous prendrons en compte la présence de notre mot-clé dans les passages portant sur la mort civile (Section II).

Section I Absence du mot « personne »

L'absence de la « notion » contemporaine de personne dans le Code civil et dans ses travaux préparatoires nous est connue. Nous venons de l'évoquer. Ce qui l'est moins, c'est l'absence du « mot » personne lui-même là où la doctrine moderne cherche la notion introuvable, notamment l'intitulation du Livre I (Paragraphe I) et les dispositions abrogées sur la mort civile (Paragraphe II).

Paragraphe I Sur le titre du Livre I et sur la qualité de Français

Une première occurrence de « personne » qui peut nous intéresser se trouve dans le procès-verbal de la séance du 6 thermidor an XI (25 juillet 1801) de discussion au Conseil d'Etat¹⁹⁶. Le projet de loi qui s'intitulait « *sur les personnes qui jouissent des droits civils et sur celles qui n'en jouissent pas* » était à l'ordre du jour. Son premier article commençait ainsi : « Toute personne née d'un Français et en France, jouit de tous les droits résultant de la loi civile française... ». Alors que le titre du projet ne suscitait aucune réaction particulière,

¹⁹⁶ En ce qui concerne la bibliographie, nous nous servons des deux ouvrages. L'un est le commentaire fait par Jean-Guillaume LOCRE. 5 tomes, t. 1. Paris : Imprimerie impériale, an XIII-1805. Il en existe également une édition de 1807, qui ne se diffère de celle de 1805 qu'en reliure et en taille, et non pas en contenu. Voir Jean-Guillaume LOCRE. *Esprit du Code Napoléon, tiré de la Discussion*. 7 tomes, t. 1. Paris: Imprimerie impériale, 1807. L'autre est un recueil à quinze volumes : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 7. Paris, 1827. J.-F. NIORT parle d'une compilation à cinq volumes, intitulée « *Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de Code civil* », dont la première édition date des ans XI et XII. Cette collection dont nous ne nous sommes pas servi semble se conserver à la Bibliothèque St. Geneviève.

son premier article s'est fait cibler par plusieurs interlocuteurs, y compris BONAPARTE. Le Premier Consul, soutenu par REGNIER, conseiller d'Etat, a proposé de le rédiger ainsi : « Tout individu né en France est Français ». En revanche, deux autres participants, notamment Théophile BERLIER et Antoine BOULAY DE LA MEURTHE, ont chacun présenté leur proposition d'amendement qui gardait le mot « personne »¹⁹⁷. Finalement, le langage bonapartiste l'a emporté. C'était l'« individu » qui était définitivement retenu au début de l'art. 9 du Code.

Il peut sembler que le mot « personne », en l'occurrence, signifie sans équivoque l'homme, car il s'agit de la naissance, et que la proposition de BONAPARTE va dans le même sens. Personne, homme, individu paraissent tous synonymes les uns des autres. Néanmoins, cet emploi ne porte, à notre avis, pas les deux caractéristiques de l'usage moderne : l'occurrence « personne » dans le projet est employée au singulier, mais déterminée par le qualificatif « née d'un Français » ou « née en France ». La phrase resterait presque identique si l'on substituait tout simplement un pronom aux « personne », « homme » et « individu ». L'on pourrait ainsi formuler : « celui qui est né d'un Français » et « celui qui est né en France ». La seule nuance que l'emploi du pronom peut générer consiste dans le statut des êtres non humains et des êtres inanimés. Bien entendu, « personne », « homme » et « individu » font tous penser aux êtres humains. Or il est également certain qu'aucun participant à la discussion au Conseil d'Etat ne s'est préoccupé de cette question et n'a semblé vouloir consacrer le moindre anthropocentrisme. Nous sommes donc en mesure de juger que ce changement éventuel est d'importance minimale. En bref, il n'y a rien de nouveau dans le projet et les amendements proposés de l'art. 9.

¹⁹⁷ *Recueil complet (t. 7)* / s. dir. FENET, p. 4-5, 7-8.

D'autant moins que l'exemple de l'art. 9 est isolé. Il ne se répète plus ailleurs dans les travaux préparatoires. L'on n'évoque plus ce mot tel quel, sauf quand André-Joseph ABRIAL, alors ministre de la justice, parlait, au sujet du mort civilement, des « attentats commis sur sa personne »¹⁹⁸. Il est vrai que va, dans le même sens, dans l'art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le terme « s'assurer de sa personne » inséré dans la clause visant l'arrestation. Ces deux emplois ne ressortent pourtant pas au vocabulaire de droit civil mais de droit pénal. Le Code pénal de 1810 comportait, en effet, un chapitre qui régissait les « crimes et délits contre les personnes », notamment le Liv. II, tit. II, chapitre I. Ce chapitre envisageait, effectivement, les infractions qui allaient de toute sorte d'homicide jusqu'à la calomnie, les injures et la révélation de secrets. Curieusement, aucun texte dans ce livre n'évoquait un « attentat sur la personne ». C'est, en fait, une formule très ancienne utilisée au moment où le souverain et sa famille étaient impliqués. Ainsi, l'art. 86 du Code pénal de 1810 prévoyait : « L'attentat ou le complot contre la vie ou contre la personne de l'Empereur, est crime de lèse-majesté... ». Il en est de même dans l'article suivant à l'égard des membres de la famille impériale. Bien que le vocabulaire de droit pénal n'entre pas dans notre sujet, il n'est pas inutile de signaler que ces atteintes aux personnes n'entendent pas seulement les délits commis sur le corps ou la vie d'un homme ou, si l'on veut, d'un être humain. Le Code pénal sanctionnait également, d'après sa première édition, ceux qui, « sans respect pour le dernier asile, violeraient les sépultures, troubleraient la cendre des morts ou profaneraient les tombeaux »¹⁹⁹, et ceux qui tendraient à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 48.

¹⁹⁹ Exposé de motif fait au Corps Législatif par de MONSEIGNAT dans la séance du 17 février 1810, dans Jean-Guillaume LOCRE. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*. 31 tomes, t. XXXI. Paris : Treuttel et Würtz, 1832, p. 529.

enfant. La protection pénale s'étend, évidemment, au-delà du corps humain et de la vie physiologique²⁰⁰.

Enfin, la notion contemporaine de « personne – sujet de droit » peut encore causer une contradiction insolvable dans la lecture des procès-verbaux sur la mort civile, l'institution créatrice d'une catégorie de « personne qui ne jouit pas des droits civils » que devrait régir le titre du projet de loi que nous venons étudier, car les manuels de droit civil nous disent tous qu'une personne jouit de certains droits. En revanche, cette contradiction éventuelle n'a pas de raison d'être chez les rédacteurs du Code et les conseillers d'Etat de BONAPARTE. Nous l'expliquerons dans le prochain paragraphe.

Paragraphe II Sur la mort civile

Si jamais la discussion concernant la qualité de Français semble toujours avoir laissé un témoignage pour une conception moderne de « la personne », les discours sur la mort civile vont à son encontre. Les quatre rédacteurs de projets de loi ainsi que les conseillers d'Etat connaissent tous le dernier ouvrage d'Ancien Régime portant sur cette institution, et ils s'en servent tous comme référence principale²⁰¹. Cela n'éteint cependant pas les lumières que leur débat nous apporte. Il s'agissait, en l'espèce, des effets de la mort civile sur le mariage et le statut des enfants : le conjoint du mort civilement pourrait-il se remarier ou rester avec celui-ci sans devenir concubin ? L'enfant né du mort civilement serait-il bâtard ? Cette fois-ci, c'était encore BONAPARTE, le seul participant non juriste qualifié, qui a posé des questions aiguës mais riches de conséquences. Dans les questions et réponses entre le Premier consul et

²⁰⁰ Ainsi, la qualification des attentats contre un cadavre, par exemple, est toujours problématique en jurisprudence et, à la fois, en doctrine. Tel que l'on lit dans un manuel contemporain, cette question de qualification ne peut être bien répondue qu'au prix de rejeter la conception simpliste de la personne. Voir les cas cités et les remarques dans : Michèle-Laure RASSAT. *Droit pénal spécial. Infraction des et contre les particuliers*. 5e éd. Paris : Dalloz, 2006, p. 296-297.

²⁰¹ Notamment François RICHER. *Traité de la mort civile*. Paris : Durand, 1755.

ses conseillers, nous verrons, l'on n'a évoqué aucune « notion » de personne, même pas le mot même.

Tout se passa le thermidor an IX (4 août 1801). A l'ordre du jour est l'art. 19 du projet, qui deviendra l'art. 25 du Code²⁰². Cet article porte : « Les effets de la mort civile seront la dissolution du contrat civil du mariage » et beaucoup d'autres dispositions qui passionnent moins les interlocuteurs. A.-J. ABRIAL, le ministre, s'est, tout d'abord, prononcé sur la portée de la mort civile : « La mort civile de l'un des époux ne doit ôter au mariage que ses effets civils et pécuniaires ; qu'elle ne peut détruire le contrat naturel sans que l'autre époux y consente ». Il a avancé deux arguments en défense de l'indissolubilité du mariage dans ce contexte. D'une part, il a insisté sur le fait que la mort civile n'était qu'une fiction et qu'une fiction ne pouvait aller au-delà de la vérité. Que la loi permette au mort civilement de recevoir des aliments et punisse les atteintes commises sur lui, cela indiquait, aux yeux d'ABRIAL, la limite que posait la vérité à la fiction de l'institution en question. De l'autre, il faisait valoir les droits naturels dont le droit de se marier. BOULAY, quant à lui, partageait le cadre dualiste adopté par son collègue ABRIAL en affirmant que « la loi ne s'occupe pas du contrat naturel du mariage, qu'elle ne règle que le contrat civil », et François-Denis TRONCHET (1723-1806), l'un des rédacteurs : « Le contrat naturel du mariage n'appartient qu'au droit naturel. Dans le droit civil, l'on ne connaît que le contrat civil, et l'on ne considère le mariage que sous le rapport des effets civils qu'il doit produire ». Néanmoins, BOULAY en a tiré une conséquence qui connaîtrait ensuite beaucoup de répercussions : quand la loi a rompu le mariage, elle ne pouvait plus regarder comme légitimes les enfants qui naissent ensuite. TRONCHET soutenait discrètement cet avis en comparant le mariage du mort civilement avec « celui qui a été contracté au mépris des formes légales », l'enfant issu de l'un ou l'autre

²⁰² *Recueil complet (t. 7) / s. dir. FENET*, p. 43-55.

n'étant pas légitime. Cet avocat parisien est allé jusqu'à qualifier les enfants survivant à leur parent mort civilement de bâtards.

La question posée par BONAPARTE n'a fait qu'exacerber le débat déjà assez tendu. Il observe que, d'après ce système, « il serait donc défendu à une femme profondément convaincue de l'innocence de son mari, de suivre dans sa déportation l'homme auquel elle est le plus étroitement unie ; ou, si elle cédait à sa conviction, à son devoir, elle ne serait plus qu'une concubine ». Cette conséquence, que déplorait le Premier Consul, l'a amené à questionner : « Pourquoi ôter à ces infortunés le droit de vivre l'un auprès de l'autre, sous le titre honorable d'époux légitimes ». En répondant à TRONCHET, le général a objecté : « Si la loi permet à la femme de suivre son mari sans lui accorder le titre de d'épouse, elle permet l'adultère ». Face à cette conséquence grave, l'ancien avocat de LOUIS XVI cherchait à la détourner en ne regardant pas comme mort civilement celui qui n'était pas déporté hors du territoire de la République. Cette réponse n'a, évidemment, pas levé la difficulté que souligne BONAPARTE, selon lequel les condamnés vivraient toujours sous l'empire des lois positives, même dans une colonie créée pour les déportés.

Deux autres commissaires de BONAPARTE se voulaient plus prudents, comme ils se souvenaient de l'histoire de cette question. PORTALIS a rappelé à ses collègues qu'« il y a eu de grandes discussions sur le mariage de l'individu mort civilement. L'on a demandé si les enfants nés depuis sont légitimes, s'ils succèdent ». « Lorsqu'en France », disait-il, « la loi réunissait, dans le mariage, le contrat et le sacrement, le principe religieux de l'indissolubilité entraînait la continuation du mariage, malgré la mort civile de l'un des époux ; en conséquence les enfants étaient réputés légitimes ; mais aujourd'hui il impliquerait contradiction que le contrat civil pût survivre à la mort civile de l'un des époux ». Les discussions auxquelles PORTALIS faisait allusion tournent, en fait, sur une ordonnance de

1639. A propos de cette ordonnance, Jacques de MALEVILLE a, à son tour, précisé : « Les dispositions de l'ordonnance de 1639 ne s'appliquent qu'aux mariages contractés depuis la mort civile, et aux enfants qui en sont les fruits ». « Mais », continuait-il, « elles ne rompent pas le mariage contracté auparavant, et ne privent pas de leur état les enfants qui en naissent depuis que leur père est mort civilement. Cette loi était d'ailleurs d'une dureté qui l'a empêché de recevoir son exécution, même à l'égard des mariages qu'elle avait en vue : elle déclarait incapables de succéder, non seulement les enfants nés d'un mariage contracté depuis la mort civile, mais encore toute leur postérité ». L'observation de MALEVILLE était fondée sur une loi romaine que MALEVILLE avait relevé parmi « une foule de lois du Digeste, du Code et des Nouvelles », attribuée à l'empereur Alexandre SEVERE, selon laquelle le mariage n'était dissout ni par la déportation, ni par l'interdiction de l'eau et du feu, que la résolution de la femme à suivre son mari déporté était « de projet louable », et que, traduisait le rédacteur, « ni l'équité naturelle, ni les lois, ne peuvent souffrir qu'il en résulte pour elle du mal »²⁰³.

Contrairement au moment où la qualité de Français est mise en examen, ainsi que nous venons de le voir ci-dessus, cette fois-ci la position de BONAPARTE ne s'est pas imposée. Ce participant actif, ainsi que son ministre de la justice et l'un des commissaires qu'il avait nommés, s'opposaient tous à la dissolution du mariage à la suite de l'application de la mort civile, et à l'illégitimité des enfants ainsi nés. Partisans de la même conclusion, ils n'en partageaient pourtant pas la même justification. ABRIAL faisait appel, nous venons de le voir, tantôt à la vérité qui était pourtant tâchée d'un certain volontarisme, tantôt au jusnaturalisme. BONAPARTE, à son tour, y voyait une sorte de double, voire triple peine infligée non

²⁰³ C. 5, 17, 1. MALEVILLE traduit cette loi dans son commentaire : MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 1). p. 50. Identique dans la deuxième édition : Jacques de MALEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 3^e éd. 4 tomes, t. 1. Paris : Nève, 1822, p. 44.

seulement au condamné, mais à son conjoint et à ses futurs descendants²⁰⁴. MALEVILLE, le plus érudit parmi eux, invoquait une série de lois romaines, d'autorités de l'Ancien Régime, et de contestations de la part des cours d'appel de Toulouse, Lyon, Rouen et Paris²⁰⁵. Quoiqu'il en fût, l'art. 19 du projet de loi originel, qui étalait les effets de la mort civile, se maintenait jusqu'à la rédaction définitive du Conseil d'Etat. L'al. 8 du même article ordonnait que le mariage contracté précédemment par le mort civilement soit dissous, « quant à tous ses effets civiles », et l'al. 9 autorisait l'époux et les héritiers à « exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture »²⁰⁶. Ce texte a ensuite été approuvé et faisait donc partie de l'art. 25 de la première édition du Code civil.

Le futur code devait donc, selon les autres interlocuteurs, verrouiller cette porte au mariage pour que la mort civile ne tombe pas en caducité. En fait, le mariage et la filiation n'en étaient que les deux dimensions les plus débattues. Si le mort civilement n'était pas privé des capacités de se marier, d'avoir des descendants légitimes et, plus généralement, d'acquérir, cette institution risquerait, comme l'a fait remarquer BOULAY, de s'« anéantir entièrement »²⁰⁷. Auguste REGNAUD de Saint-Jean d'Angely, un autre conseiller d'Etat, a observé que « si la mort civile n'ôte pas au condamné le droit d'acquérir, il pourra se former un patrimoine nouveau, et qu'alors il est indispensable de statuer sur la seconde succession qui s'ouvrira après sa mort »²⁰⁸. Le droit n'arrachait pourtant pas au mort civilement la capacité en toutes les matières, ce dont les participants à la discussion rendaient tous compte en parlant des aliments. Ainsi, REGNAUD et TRONCHET évoquaient tous les deux la

²⁰⁴ Il est vrai que le discours de BONAPARTE n'envisageait que la femme de l'époux civilement mort. Il n'y avait pourtant pas de lieu à lancer une critique féministe sur ce sujet. Il fallait noter que son exemple de déportation ne valait que pour les femmes, puisque l'usage n'était, selon POTHIER, pas de bannir les femmes du royaume. POTHIER. *Œuvres de Pothier* (t. 13). p. 441.

²⁰⁵ MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 1). p. 47-51. Même : MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (3^e éd., t. 1). p. 41-45.

²⁰⁶ *Recueil complet* (t. 7) / s. dir. FENET, p. 624.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 54.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 42.

capacité d'acquérir et de posséder²⁰⁹. Alexandre-Gaspard GARY, tribun de la Haute Garonne, a, quant à lui, exprimé la même idée par ces mots : « Seulement, tant que son existence pèsera sur la terre qu'il a souillée et troublée par ses excès, l'humanité pourra réclamer en sa faveur ce qu'elle accorde à tous les êtres vivants, le droit de pourvoir à sa subsistance, celui d'être secouru s'il est menacé ou frappé : c'est l'effet de la pitié générale due à tout ce qui respire dans la nature ; mais voilà tout ce qu'il peut prétendre »²¹⁰.

Reste à savoir comment régler la « seconde succession » du mort civilement, après son dernier souffle, puisqu'il demeure relativement capable d'acquérir et de posséder. Les rédacteurs des projets de loi n'ont pas oublié l'abolition de la confiscation, et certains ont même demandé si le futur Code civil voulait la rétablir. Enfin, c'était par le « droit de déshérence » que le texte définitif justifiait sa solution. C'était ce que portait le premier alinéa de l'art. 27 du projet, soit l'art. 33 du Code civil : « Les biens acquis par le condamné depuis la mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à la nation par droit de déshérence »²¹¹. Curieusement, le terme de déshérence désigne, d'après J.-N. GUYOT, dans l'Ancien Régime « un droit qui appartient au roi ou au seigneur haut-justicier, de prendre chacun dans sa haute-justice, les biens délaissés par un régnicole français, né en légitime mariage, et décédé sans héritiers connus habiles à lui succéder »²¹². Il s'agissait donc plutôt du mort *integris status* que du mort civilement, car celui-ci est déjà succédé au moment de la prononciation de sa peine dont résulte la mort civile. Or il est probable que ce choix de mot s'accorde avec les lois du 4 août 1789 et du 13 avril 1791 que MERLIN de Douai nous rapporte. Selon lui, ces deux lois ont rétabli le droit de déshérence « dans sa nature primitive, elles lui ont rendu son caractère de droit de

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* p. 653.

²¹¹ *Ibid.* p. 625-626.

²¹² Philippe-Antoine MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 3^e éd. 4 tomes incomplets tomes, t. 3. Paris : Garnery, 1807, p. 589.

souveraineté ; et dès-lors l'état seul en a eu l'exercice »²¹³. Toutefois, ce droit de déshérence ne paraît pas trop différent du rôle que joue le fisc en cas de succession vacante, bien que la portée de la succession vacante soit beaucoup plus étendue que celle du droit de déshérence. En tout cas, l'intention du rédacteur de cet article 33 du Code civil est palpable, malgré toutes les subtilités qui en découlent. L'on cherche à confiner le mort civilement à l'empire du naturel et à lui refuser tout le vocabulaire du monde civil.

Au travers de ces paragraphes, nous pouvons constater que les rédacteurs du Code civil et les conseillers d'Etat n'ont, nulle part, mobilisé le mot « personne » dans leurs débats. L'on s'attachait, nous semble-t-il, à l'ancien vocabulaire de capacité et détaillait les choses interdites au mort civilement. Cette absence témoigne de la marginalité du terme « personne » dans l'ensemble de la terminologie juridique. Il n'y a pas encore de « concept » ni de « notion » de « la personne » au singulier et en emploi absolu, alors que le milieu juridique préférait la division romaine en trois parties dont les personnes, au pluriel, occupaient toujours le premier lieu. De ce point de vue, les projets du Code civil ne nous suffisent pas pour affirmer que la répartition des matières en personnes, choses et actions soit due, non pas au traditionalisme, mais à quelque sorte d'émergence de la nouvelle notion de personne. Il faut, d'ailleurs, rappeler que les « attentats à la personne » et les délits « contre les personnes » que nous venons de rencontrer sont inscrits dans le langage de droit pénal. Or le premier terme s'applique par excellence au souverain, que ce soit une métonymie ou l'une des conséquences de la fameuse figure des deux corps du roi. Il correspond plutôt à la signification classique de « dignité » que nous avons vue dans l'*Encyclopédie*. En revanche, le second terme touche tous les individus, qu'ils soient vivants ou morts, français ou étrangers,

²¹³ *Ibid.* p. 593.

et, en particulier, *integris status* ou morts civilement. De là, il faut constater que ces emplois demeurent bornés au registre pénal et n'influencent point le langage civiliste.

Il n'empêche que l'on relève des usages qui semblent aller dans l'autre sens. C'est, notamment, le cas de LOCRE lorsqu'il considérait, à l'égard de l'effet général de la mort civile, que « les individus frappés de mort civile ne sont plus, dans l'ordre civil, au rang des personnes : *personam non habent* »²¹⁴. Il aurait pu traduire la formule latine ainsi : « Les individus frappés de mort civile n'ont plus de personne ». Cela serait probablement moins élégant, mais resterait tout de même intelligible et cohérent avec ce qu'il exprime ailleurs dans son commentaire, notamment dans l'introduction du tout premier chapitre de son ouvrage. Celui-ci sera examiné avec les premiers ouvrages doctrinaux publiés après l'entrée en vigueur du Code Napoléon²¹⁵.

L'absence du mot et de la notion de personne ainsi constatée, il nous faut encore quelques preuves positives afin de mieux comprendre comment le vocable « personne » s'emploie pendant la préparation du Code civil.

Section II Présence du mot « personne »

Outre les discussions sur le titre du premier livre du Code et sur la mort civile, nous relevons encore quelques occurrences intéressantes de « personne » dans les pages concernant, d'un côté, la nullité du mariage en cas d'« erreur dans la personne » (Paragraphe I) et, de l'autre, le contrat de société (Paragraphe II). Ces occurrences, d'une part, attestent des usages du mot étudié qui, aujourd'hui, ne sont plus courants, et, de l'autre, nous mettent en garde contre le risque de faux amis, car les usages relevés ressemblent à des termes qui nous sont

²¹⁴ Locré. *Esprit du Code* (t. 1, an XIII-1805). p. 278. Même texte dans LOCRE. *Esprit du Code* (t. 1, 1807). p. 396.

²¹⁵ Voir ci-dessous : p. 137 et s.

plus familiers, notamment, en ce qui concerne le mariage, la « personne physique », et, quant au contrat de société, la « personne morale ».

Paragraphe I « Erreur dans la personne » en matière de mariage

Par rapport au titre du livre premier et à la mort civile, la question d'erreur dans la personne paraît plus éloignée de notre recherche. Aucun auteur contemporain ne l'a abordée, autant que nous le sachions, en ce qui concerne la notion de personne. En apparence, il ne s'agit que de la nullité du mariage, et cette question d'erreur fait partie de la plus éminente problématique de consentement. Le Code ne règle la question que par un alinéa, notamment l'al. 2 de l'art. 180. Le premier alinéa de cet article portant : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ». L'alinéa suivant, qui nous concerne, est ainsi formulé : « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ». Si l'on ne regarde que l'état définitif du Code, il peut sembler que cet article ne fasse que donner une précision au principe de consentement consacré par l'art. 146 du même code, et que cette précision ne doive produire aucune conséquence utile à notre étude. Néanmoins, la discussion sur le futur art. 180 précède chronologiquement celle sur l'art. 146. De plus, la première discussion renferme en effet une richesse dans laquelle l'on se sert non seulement du mot « personne », mais également d'un nombre d'expressions composées avec lui, parmi lesquelles, nous avons évoqué, celles de « personne physique » et de « personne morale ».

Consultons le procès-verbal de la séance du 4 vendémiaire an X (soit 26 septembre 1801)²¹⁶. La discussion qui nous intéresse a eu lieu lorsque le Conseil d'Etat élaborait le

²¹⁶ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 9. Paris, 1827, p. 26-79.

projet du chapitre IV intitulé *des demandes en nullité de mariage* du chapitre V, Livre I du futur. Non plus reconnaissable dans l'état définitif du texte, le projet doit à BONAPARTE les modifications considérables qu'il a subies. La séance était consacrée, dans un premier temps, aux formalités relatives à la célébration du mariage (chapitre II du titre, art. 165-171 du Code), et, dans un second, aux oppositions aux mariages et aux demandes en nullité de mariage. Ce qui nous concerne, c'est un article qui n'est devenu l'art. 181 qu'après un renvoi à la section de législation. Cet article, faisant partie d'une série de dispositions qui avaient pour but de préciser les causes de nullité de mariage, est ainsi conçu :

La nullité résultant de ce que, dans un mariage, il y a eu erreur sur la personne que l'une des deux parties avait intention d'épouser, n'appartient qu'à celui des époux qui a été dans l'erreur ; elle est couverte par trois mois de cohabitation²¹⁷.

Le terme « erreur sur la personne » a suscité une vive conversation entre les trois consuls, les rédacteurs et les conseillers d'Etat. BONAPARTE, en particulier, a même pris six fois la parole à propos du choix de mot et de la portée de ce terme. Sa contribution à notre recherche, c'est sa définition en apparence minoritaire du terme « erreur sur la personne ».

La discussion a commencé par l'opposition classique entre le physique et le moral quand le conseiller d'Etat FOURCROY a exprimé que le délai de trois mois était trop long. Selon lui, le délai n'était pas nécessaire pour « reconnaître physiquement la supposition de personne », et, quand il y avait une « erreur morale », il était, disait-il, « difficile de fixer un terme à sa reconnaissance et à la faculté de se soustraire à ses effets ». BONAPARTE était de l'avis contraire, voyant, dans l'article discuté, d'un côté, « l'identité physique » et, de l'autre, « l'identité morale du nom, de l'état, et des autres circonstances qui ont déterminé le choix de la personne ». TRONCHET soutenait le Premier consul en proposant de supprimer le délai du

²¹⁷ *Ibid.* p. 43.

recours pour cause de défaut de consentement, « surtout », disait-il, « dans le système où l'on a égard à l'erreur sur le nom, sur l'état, enfin sur l'identité morale ». Jusque là, l'on était d'accord sur le fait que le consentement au mariage ne devait pas être taché d'erreur. Malgré le terme partagé « identité morale », BONAPARTE et TRONCHET ne parlaient, en effet, pas de la même chose. Les mêmes mots s'inscrivaient, pour ainsi dire, dans deux systèmes métaphysiques différents. Pour le consul, le terme « erreur dans la personne » ne convenait guère, car ce genre d'erreur ne portait, lui semblait-il, que sur la qualité, et, de plus, toute erreur sur la qualité ne justifiait pas la nullité de mariage, l'erreur sur les qualités « accessoires » ne valant surtout pas. Ainsi, l'article proposé lui paraissait poser faussement comme fondement principal « les formes physiques, les qualités morales et tout ce qui excite le sentiment et l'amitié animale »²¹⁸. La « véritable erreur » que la loi doit admettre, c'est, selon BONAPARTE, « quand un individu est substitué physiquement à un autre individu »²¹⁹, une erreur rarissime qui, semblait-il, ne survenait pas sans individus extrêmement ressemblants comme dans le cas de gémellité monozygote. Tous les autres cas n'étaient, en revanche, que des erreurs de qualité, et le vice du mariage qui en résultait pouvait être « effacé par un consentement postérieur », c'est-à-dire le fait de vie conjugale, l'enfantement, etc. Il reproche donc l'inintelligibilité de l'article proposé : « On n'entend pas ce qu'il appelle *erreur de personne* »²²⁰.

Le problème d'intelligibilité étant soulevé, Antoine-Claire THIBAUDEAU (1765-1854)²²¹, avocat poitevin, est intervenu en mettant en avant le sens juridique du mot

²¹⁸ *Ibid.* p. 44. L'éditeur FENET a complété le procès-verbal par des mots tirés des Mémoires de THIBAUDEAU, que nous citons immédiatement.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.* p. 43.

²²¹ Sur THIBAUDEAU, l'on peut consulter deux ouvrages récents, l'un de portée plus générale, l'autre consacré particulièrement à sa vie : Guillaume LEVEQUE, Emmanuel DION. *Grands notables du Premier Empire*. Paris : CNRS, 2000. Thérèse ROUCHETTE. *Le dernier des régicides. Antoine-Claire Thibaudeau, 1765-1854*. La Roche-sur-Yon : Centre vendéen de recherches historiques, 2000.

« personne ». Il laissait entendre que BONAPARTE avait tort d'avoir confondu les trois mots « individu », « identité » et « personne » :

Si l'on raisonnait d'un individu dans l'état de nature, dans l'ordre purement physique, on pourrait prétendre qu'il n'y a point erreur de personne quand on épouse la femme dont les charmes et les qualités physiques et morales ont déterminé le mariage, en un mot, identiquement celle que l'on a voulu épouser. Mais il en est autrement dans l'ordre social ; car cette femme, comme tous les individus, a des qualités essentielles qui constituent son existence, qui la *personnalisent*, pour ainsi dire ; et si, croyant épouser l'individu qui a ces qualités, on en a épousé une qui ne les avait pas, il y a véritablement erreur de personne. Du moins cela a toujours été ainsi entendu en droit ; et c'est dans ce sens que le mot *personne* a constamment été pris²²².

Les propos de THIBAUDEAU nous paraissent un peu obscurs : quelles sont donc ces qualités qui peuvent « personnaliser » les individus mais ne sont pas les « qualités physiques et morales »²²³ ? La réponse se trouve dans le procès-verbal de la séance suivante, celle du 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801), où le futur art. 146, qui consacre le fameux principe de consentement est soumis à la discussion. Nous y verrons de nouveau se heurter les conceptions de BONAPARTE et des juristes.

L'article que nous venons d'évoquer ayant été renvoyé à la section de législation, il a été partiellement intégré dans un autre article ainsi conçu :

Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

Il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, ou erreur sur la personne.²²⁴

²²² *Recueil complet (t. 9)* / s. dir. FENET, p. 45-46.

²²³ Par ailleurs, le verbe « personnaliser » signifie à l'époque, d'après l'Académie française, « lancer un trait piquant et injurieux contre une personne ». Le mot n'est pas enregistré dans le Dictionnaire, mais seulement dans un supplément. *Personnaliser. Supplément au Dictionnaire de l'Académie*, p. 417.

²²⁴ *Recueil complet (t. 9)* / s. dir. FENET, p. 99.

Le même terme « erreur sur la personne » revenant dans la discussion, BONAPARTE, bien qu'il ait compris que ses conseillers distinguent « l'erreur sur l'individu physique » et « l'erreur sur ses qualités civiles »²²⁵ – voici ce qu'entendait THIBAUDEAU – ne semblait pas avoir accepté l'explication de celui-ci citée en haut. Au contraire, il qualifiait cet article d'« *immoral* » et l'accusait de son esprit de « castes »²²⁶. Car il s'attachait à l'idée selon laquelle « il n'y a certainement pas d'erreur sur la personne, lorsque le consentement au mariage porte sur un individu présent »²²⁷. Autrement dit, l'erreur sur une qualité civile ne devait, selon le Premier consul, pas faire casser le mariage. De quelque poids que les qualités civiles puissent être, prétendait-il, « c'est par le caractère, c'est par la figure que des époux se conviennent, s'attachent, se choisissent, et le législateur ne peut pas supposer qu'ils ne se connaissent que sous ce rapport, et qu'un engagement aussi sérieux que le mariage [...] soit jamais contracté avec une telle légèreté... »²²⁸.

Certes, le sens du mot « personne » n'étant pas l'enjeu de cette discussion, nous ne pouvons pas en tirer de conséquence directe sur l'emploi du mot. Il est aussi vrai que BONAPARTE ne récusait pas, pour parler avec THIBAUDEAU, la « personnalisation » de l'individu par ses qualités purement civiles, mais seulement l'importance que le projet de loi leur accordait. Cependant, MALEVILLE a mis en avant la pertinence de ces discussions avec notre étude par les propos suivants :

Ce n'est point l'ancienne distinction des castes qui avait fait introduire la maxime que l'erreur dans la personne annulait le mariage ; puisqu'on jugeait bien constamment, au contraire, que ce mariage demeurerait hors d'atteinte, quoiqu'on eût épousé une fille roturière croyant noble, ou une fille noble croyant riche ; mais on a toujours distingué l'erreur dans la personne même

²²⁵ *Ibid.* p. 100.

²²⁶ *Ibid.* p. 100, 102.

²²⁷ *Ibid.* p. 102.

²²⁸ *Ibid.* p. 102-103.

avec l'erreur sur les qualités de la personne. Cette dernière erreur n'a jamais été recueillie comme cause de dissolution de mariage ; mais il en est autrement de l'erreur dans la personne ...

Ce serait même vainement qu'on voudrait réduire l'application de cette règle à l'erreur sur la personne physique ; car ce serait absolument l'anéantir, puisqu'il est bien évident que lorsqu'on se présente pour se marier, on agrée la personne physique avec laquelle on se présente : une règle si juste et si sage a donc nécessairement eu un autre objet, et cet objet, c'est la personne sociale²²⁹.

En d'autres termes, l'erreur sur la personne, telle que la comprenait MALEVILLE, portait sur la personne « sociale » et devait entraîner la nullité de mariage. Cette personne sociale se distinguerait de la personne physique, et les deux personnes pourraient coexister sur le même individu. Pris en ce sens, le mot « personne » pourrait aussi être considéré comme synonyme du mot « identité », qui était utilisé dans les deux séances de discussion exposées. La seule nuance qui divise les interlocuteurs, nous le voyons bien, c'est la question de savoir s'il faut, outre l'opposition classique entre le physique et le moral, reconnaître une troisième catégorie de personne sociale ou d'identité civile à côté des personnes physique et morale ou, plus précisément, s'il faut subdiviser la catégorie morale en deux. Ceux qui sont pour, tels que THIBAudeau et MALEVILLE, soulignent la particularité des qualités morales d'ordre social, ou bien, des qualités civiles, par rapport aux qualités morales d'ordre naturel, tandis que leurs adversaires, à l'instar de BONAPARTE, ne la soutiennent pas.

THIBAudeau et MALEVILLE ne l'ont pas emporté. Enfin, c'est la volonté de BONAPARTE qui s'est imposée. L'alinéa sur la violence et l'erreur étant rejeté, l'article ne s'applique, d'après l'exposé qu'a fait PORTALIS au Corps législatif, qu'en cas de supposition de personne, soit un cas fort peu probable²³⁰. Toutefois, le déroulement des deux

²²⁹ *Ibid.* p. 104.

²³⁰ *Ibid.* p. 167.

séances ne s'explique pas simplement par la volonté de BONAPARTE. Car celui-ci n'a fait que suivre la doctrine de POTHIER selon laquelle il n'y a pas de consentement donc non plus de mariage lorsque « je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour Marie »²³¹. Mais BONAPARTE n'était pas le seul dans la discussion qui connaissait l'ouvrage de POTHIER. En fait, MALEVILLE répétait également le même principe annoncé du jurisconsulte orléanais quand il opposait l'erreur sur la personne à l'erreur sur les qualités²³². La question se pose donc pour savoir comment les deux opinions tirées du même auteur peuvent se contredire.

La réponse à la question, c'est, à notre avis, que les deux parties ont laissé de côté les problèmes de casuistique qui suivent les principes dont ils se servaient eux-mêmes, problèmes qui, admettait POTHIER, défiaient le principe de la validité du mariage en cas d'erreur sur les qualités. Ces problèmes portaient, en effet, d'une part, sur l'esclavage ou, d'après POTHIER la servitude, et, de l'autre, sur l'état civil. Il défend ledit principe, d'un côté, par l'abolition de la servitude qui rend inapplicable les lois romaines et les canons reconnaissant la nullité du mariage avec un ou une esclave, et, de l'autre, par une série de jurisprudence rendue sous silence de la loi et favorable aux mariages contractés avec, soit un banni, soit un galérien évadé. D'ailleurs, le nom venait, enfin, s'ajouter à l'explication de POTHIER sur l'esclavage et l'état civil mais comme un élément peu important et indigne de faire casser le mariage²³³.

Nous n'avons pas à trancher les questions disputées au Conseil d'Etat et celles traitées par POTHIER. L'essentiel est de constater l'emploi qui permet à un seul individu de cumuler deux ou plus de « personnes » (et d'identités). Cette « personne » doit, croyons-nous, non pas être réduite à une qualité particulière, mais plutôt signifier un aspect, une dimension. Ainsi, le

²³¹ Robert-Joseph POTHIER. *Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 7. Paris : Siffrein, 1822, p. 189.

²³² Voir *ibid.* p. 189-190.

²³³ *Ibid.* p. 191-193.

terme « personne physique » qu'a évoqué MALEVILLE désigne, non pas un individu être humain tel que notre terminologie le définit, mais l'aspect physique d'un individu. En outre, le mot « personne » employé de cette façon, en l'espèce l'« existence d'ordre social » de THIBAudeau et la « personne sociale » de MALEVILLE, est contourné par l'esclavage, la mort civile, le bannissement, le nom et, prenons l'exemple d'EMMERY, conseiller d'Etat moins important, l'acte de naissance²³⁴, et ainsi de suite. Ce sont, apparemment, des questions que BONAPARTE et ses conseillers envisageaient à l'entrée des travaux préparatoires, c'est-à-dire des questions d'état des personnes, même des questions fondamentales sur la jouissance des droits civils. Il s'agit – nous le développerons plus tard – non pas d'« être » ou ne pas être une personne, mais de l'« avoir » ou ne pas l'avoir.

Paragraphe II Contrat de société

L'on admet généralement que le Code civil de 1804 garde son silence envers la question de « personnalité morale » au sens de notre temps des sociétés. Il est vrai que le Code, en son état définitif, n'a pas employé le terme « personne » pour les sociétés civiles. Le silence est susceptible de plusieurs interprétations différentes. S'agit-il, par rapport aux sociétés commerciales, de négation tacite de ce que nous entendons aujourd'hui de « personnalité morale », d'approbation du consensus préexistant sur cette question quelle qu'en soit la réponse, de marge d'appréciation accordée au juge pour les cas concrets, ou bien de simple omission, même d'oubli ? Sans examiner toutes les hypothèses, notre recherche dans les travaux préparatoires a relevé un double constat. D'un côté, l'on disait à l'époque qu'une société pouvait constituer, former, ou tout simplement « être » une « personne ». De l'autre, le terme précis était, non pas « personne » tout court, mais toujours « personne morale » qui doit, selon nous, être attribué à PUFENDORF et à WOLFF. Nous savons déjà

²³⁴ *Recueil complet (t. 9) / s. dir. FENET*, p. 103.

que ni l'un ni l'autre n'a inventé notre usage et notre concept de « personne ». Autrement dit, la société, sous l'empire du Code civil, était, selon quelques-uns, une « personne morale » qui n'avait pourtant rien à voir avec la « personnalité morale ».

Si l'on descend dans les travaux préparatoires, une très rare occurrence peut être relevée, d'abord, dans le discours de G.-F.-C. GOUPIL-PREFELN. Dans son rapport fait au Tribunal le 29 nivôse an XII (20 janvier 1804), « chacune de ces compagnies (de finance, de commerce ou d'industrie) », disait-il, « est une **personne morale** qui agit, administre et régit les affaires de l'association d'après des statuts qui règlent le nombre, la qualité et les attributions de chacun de ses agents »²³⁵. Le tribun n'était pas seul. Le tribunal de Rouen a également, à propos des contrats de société, énoncé que « la société forme une personne fictive et morale, séparée des associés... »²³⁶. L'une et l'autre occurrence, malgré la rareté, semble attester l'usage moderne.

Toutefois, il ne faut, à notre avis, pas croire que le tribun entende la même chose que le langage civiliste de nos jours, car cet emploi provient du vocabulaire de droit naturel moderne, c'est-à-dire des traductions de PUFENDORF et de WOLFF²³⁷. Nous verrons plus tard pourquoi ni l'un ni l'autre n'ont inventé l'usage moderne du mot « personne ». Il suffit, pour l'instant, de préciser que la littérature moderne met plus l'accent sur la nécessité d'autorisation que sur l'existence de personnalité morale au sens contemporain. La mise en relief de l'autorisation administrative rejoint la critique d'un interventionnisme ou même d'un jacobinisme. Celle-ci étant l'un des thèmes récurrents dans la littérature, aurait dû être dirigée vers la reconnaissance automatique de personnalité morale à toute sorte de société civile dès qu'elle remplit certaines conditions préexistantes. Cependant, les protagonistes de cette

²³⁵ *Recueil complet (t. 11)* / s. dir. FENET, p. 45. Notre insistance.

²³⁶ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 5. Paris, 1827, p. 544.

²³⁷ Voir ci-dessous p. 309, note 540.

critique ne semblent pas aller jusqu'à demander la suppression de toute formalité administrative. Sachons que certaines sociétés pouvaient, sous l'empire du Code civil de 1804, se créer sans écriture, car l'art. 1834, al. 1, ne l'exigeait, à l'époque, qu'en ce qui concernait celles dont la valeur de l'objet dépassait cent cinquante francs. Il s'agit d'un choix délibéré des rédacteurs après la présentation du projet de ce chapitre au Tribunat. L'on voulait mettre fin aux sociétés dites « taisibles » ou communautés « tacites » formées, dans certains pays coutumiers, par la simple cohabitation de parents, à cause de l'« inconvenance » de ces communautés aux mœurs du temps²³⁸. De plus, la rédaction définitive a supprimé une disposition particulière. Dans le projet, les sociétés « contractées en foire ou pour affaires de foire » étaient également exemptées de l'obligation de mise en écrit sans avoir égard à la valeur de l'objet²³⁹. MALEVILLE nous a rapporté que cette exception avait été rejetée sur les observations du Tribunat dont nous n'avons pas relevé d'occurrence précise dans le recueil de FENET²⁴⁰. En bref, il ne faut pas présupposer que le Code civil ait soumis toute société civile à la dichotomie autorisation-dissolution. Au contraire, le Code a pris en compte les sociétés reconnaissables par un acte écrit ou, de nos jours, un statut, et, à la fois, celles occultes, c'est-à-dire fondées par un simple accord verbal ou tacite des associés. Celles-ci, parfaitement licites, n'étaient pas menacées de la peine de dissolution. Si le plafond de cent cinquante francs limite l'importance économique de cette espèce de société, il nous semble raisonnable de croire que celle-ci répondait aux besoins de certains contrats existants à ces années lointaines.

²³⁸ Voir le rapport du tribun L. BOUTEVILLE (1746-1821) et le discours de J.-L. GILLET (1759-1810) *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 14. Paris, 1827, p. 406, 420. Voir Jacques de MALEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 2^e éd. 4 tomes, t. 4. Paris : Garnery, 1807, p. 3.

²³⁹ *Recueil complet (t. 14)* / s. dir. FENET, p. 359.

²⁴⁰ MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (2^e éd., t. 4). p. 3.

A propos, il nous paraît intéressant de souligner les sociétés taisibles ou communautés tacites. L'associé de telle société ou communauté, le tribun J.-L. GILLET l'a bien dit, s'appelait « copersonnier ». Que veut dire ce dernier mot qui semble porter la racine de « personne » ? Est-ce que les *co-personniers* partagent une seule personne, qui est la société taisible que l'on croyait écartée par le Code civil ?

Commençons par la définition de la société taisible. POTHIER enseignait que cette espèce de société n'exigeait, en ancien droit français, aucun acte écrit, ni convention expresse, et se faisait présumer « par la seule cohabitation à pot commun par an et jour », autrement dit par un simple fait²⁴¹. MERLIN de Douai a observé, avec plus de détails, que telle communauté, abstraction faite des différences entre les coutumes qui admettaient cette institution, avait lieu lorsqu'il y avait « une habitation et une vie commune pendant l'an et jour », et que ceux-ci ayant vécu ensemble ont agi « dans un esprit de société, en acquérant les uns pour les autres, et se communiquant leurs pertes et leurs profits »²⁴². Il s'agissait d'une vie « sous le même toit, et au même pot et feu »²⁴³. Sur le plan de la jurisprudence, la plupart des coutumes ne retenait plus les sociétés taisibles après l'ordonnance de Moulins (1566) et de l'ordonnance de 1667²⁴⁴. Nous venons d'entendre BOUTEVILLE et GILLET évoquer ce type de société, que le Tribunal de Paris a appelée « débris de nos institutions gothiques »²⁴⁵. Les deux autorités en cette matière auxquelles l'on se référait étaient Guy COQUILLE, d'un côté,

²⁴¹ Robert-Joseph POTHIER. *Traité des contrats de bail à rente, de société, de cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 5. Paris : Siffrein, 1821, p. 153.

²⁴² Philippe-Antoine MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 4^e éd. 17 tomes, t. 2. Paris : Garnery, 1812, p. 583. POTHIER fait remarquer que la communication des pertes était une condition supplémentaire pour la présomption de société taisible dans la coutume de Berry. POTHIER. *Œuvres de Pothier* (t. 5). p. 154.

²⁴³ MERLIN. *Répertoire universel* (4^e éd., t. 2). p. 583. Sous une forme un peu différente, l'expression est devenue le titre de : Henriette DUSSOURD. *Au même pot et au même feu étude sur les communautés familiales agricoles du centre de la France*. 2^e éd. Paris : Maisonneuve et Larose, 1979.

²⁴⁴ Voir MERLIN. *Répertoire universel* (4^e éd., t. 2). p. 582. POTHIER. *Oeuvres de Pothier* (t. 5). p. 154.

²⁴⁵ *Recueil complet* (t. 5) / s. dir. FENET, p. 279.

et LEBRUN, de l'autre²⁴⁶. A. DURANTON (1783-1866) a, en outre, précisé que c'était la loi du 30 ventôse an XII qui a abrogé formellement les coutumes qui conservaient explicitement les sociétés taisibles²⁴⁷. En somme, la littérature civiliste de l'époque croyait que l'art. 1834 du Code civil voulait les abolir²⁴⁸.

C'était pourtant contraire à la réalité. Un des exemples nous est fourni à l'égard des régions de Limousin et de Charente. A. GOURSAUD et M. ROBERT, ayant rassemblé des témoignages datés du début et du milieu du XX^e siècle, estiment que ces sociétés-là « ont subsisté, sous une forme plus ou moins apparente, pendant encore une centaine d'années »²⁴⁹.

D'ailleurs, la société taisible n'a pas disparu du vocabulaire juridique contemporain. Pendant les discussions sur ce que l'on connaît sous le nom de pacte civil de solidarité (« Pacs »)²⁵⁰, J. HAUSER s'en est notamment servi. La vieille institution lui semblait une sorte de « troisième voie », à côté des deux autres modèles alors proposés au législateur²⁵¹.

Puisque la littérature hésite sur l'origine des sociétés taisibles, l'origine du mot « copersonnier » est loin d'être claire. HAUSER évoque le terme « parsonnier », qui est, en fait, l'une des formes de ce mot. Deux étymologies ont été avancées. L'une remonte à *pars*, soit part ou portion, et s'appuie sur les mots latins *parcenerius*, *percenarius*, *partiaris*,

²⁴⁶ Voir Guy COQUILLE. *La Coutume de Nivernais accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume*. Nouvelle éd. Paris : Plon, 1864, p. 305-306. Denis LE BRUN. *Traité des communautés ou sociétés tacites. Œuvres de M. Denis Le Bruns avocat au parlement* / s. dir. Louis HIDEUX. 2 tome, t. 2. Paris : Nully, 1734, p. 15-58.

²⁴⁷ Alexandre DURANTON. *Cours de droit français suivant le Code civil*. 22 tomes, t. 17. Paris : Gobelet, 1833, p. 337, note 332.

²⁴⁸ Outre les ouvrages cités, voir Raymond-Théodore TROPLONG. *Du contrat de société civile et commerciale*. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1843, p. 200.

²⁴⁹ Albert GOURSAUD, Maurice ROBERT. *La société rurale traditionnelle en Limousin : Ethnographie et folklore du Haut-Limousin et de la Basse-Marche*. 4 tomes, t. 1. Paris : Maisonneuve et Larose, 1976, p. 137. Il a cité deux exemples rapportés au début du XX^e siècle. Voir *ibid.* p. 138-141.

²⁵⁰ Voir la loi n° 99-944 du 5 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. *Journal officiel* n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959.

²⁵¹ Jean HAUSER. *Les Communautés taisibles*. Dalloz, 1997, cahier n° 30, p. 255.

partitionarius, etc., qui donnent en français « perçonnier », « parçonnier » ou « percener »²⁵². L'autre étymologie est, en revanche, penchée à *persona*, et se fait étayer par *personarius* dont l'on relève moins d'occurrences²⁵³. D'ailleurs, les mots « copain » et « compagnon » ressortent également au même rapport communautaire. La littérature des praticiens du XVIII^e siècle nous apprend que ce terme a plusieurs significations, à savoir 1) « dans quelques coutumes », « celui qui est associé avec un autre pour tenir un ménage en commun » ; 2) « dans d'autres coutumes », de plus, « copossesseur d'un même héritage sujet aux mêmes droits de taille, ou autres redevances » ; 3) « dans d'autres, il signifie des associés en même trafic ou négoce, qui sont convenus d'avoir en commun tous les meubles et toutes les acquisitions qui seront faites par chacun d'eux durant leur société » ; enfin, 4) « en quelques coutumes », un cohéritier ou « complice d'un forfait »²⁵⁴. Les quatre significations ont l'idée commune de partage : il s'agit d'une famille, d'un héritage imposable, d'une affaire commerciale ou délictuelle que plusieurs individus portent, ou mieux dire « supportent » ensemble. De toute façon, la signification de partage d'un tout par plusieurs et l'emploi du mot « copersonnier » avec la succession font penser que les copersonniers portent ensemble la *persona* de la société ou de la communauté au sens de la règle évoquée par l'*Encyclopédie* de DIDEROT dans l'article de « personne » en théologie, notamment celle de « le père et le fils sont réputés en droit une même personne »²⁵⁵.

Comme la société taisible et ses copersonniers ne sont point décisifs pour l'emploi et la signification de notre mot-clé, contentons-nous d'annoncer quelques hypothèses pour des recherches futures. En tout premier lieu, il faut souligner que la société taisible ressemble

²⁵² Charles du FRESNE, Sieur du Cange. *Parcenarii. Glossarium mediae et infirmae latinitatis*. T. 6. col. 167a.

²⁵³ Charles du FRESNE, Sieur du Cange. *Personarii. Glossarium mediae et infirmae latinitatis*. T. 6. col. 286a.

²⁵⁴ Claude-Joseph de FERRIERE. *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnance, de coutume et de pratique, avec les juridictions de France*. 4^e éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Saugrain, 1758, p. 333-334.

²⁵⁵ Voir ci-dessus les notes 188 et 190.

d'avantage à la *Genossenschaft* allemande que le compagnonnage, par lequel le terme allemand est souvent traduit²⁵⁶. La *Genossenschaft* et la société taisible acquièrent l'une et l'autre un caractère normatif par une sorte de vie commune de fait, dans laquelle des usages s'établissent au fur et à mesure en se répétant et se faisant approuver. Tandis que la société taisible était considérée archaïque en France dans les années de la codification, la *Genossenschaft* s'est imposé dans la seconde moitié du XIX^e siècle, d'abord en Allemagne, et a, ensuite, connu son rayonnement aux autres coins du monde comme le grand pilier de la théorie de personnes²⁵⁷. Nous verrons plus tard que J. HAUSER n'est pas le premier civiliste renommé qui a rappelé le lecteur de la fameuse institution rurale, et que celle-ci a effectivement joué un rôle non négligeable dans les débats d'ordre politique et social.

²⁵⁶ Ce n'est pas le compagnonnage au sens de groupement d'artisans faisant un « tour de France » qui est en question Voir par exemple Jean-Pierre BAYARD. *Le Compagnonnage en France*. Paris : Payot, 1977.

²⁵⁷ A cet égard, il convient de signaler que la langue anglaise connaît la même confusion du mot *parson* et du mot *person* en matière religieuse. Un auteur que nous consulterons plus tard prétend que le premier vient du second. Ernst Hartwig KANTOROWICZ. *The King's Two Bodies : a Study in Mediaeval Political Theology*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1957, p. 394, note 270.

Chapitre II Les premiers commentaires du Code civil

Suite à la confection du Code, l'effort se relaye des rédacteurs de projets aux premiers professeurs de droit. Désormais, il ne s'agit plus de travailler de la manière de *lege ferenda*, mais de *lege lata*. D'autant que ce nouveau code, l'on le sait bien, s'imposait glorieusement et même se sacralisait dans une certaine mesure. C'est dans ce sens que l'on parle du « culte du Code civil » qui se développait sous les différents régimes du XIX^e siècle²⁵⁸. Ce respect du Code civil passe donc, selon un spécialiste, « par un strict encadrement de l'enseignement du droit », et se traduit également en une sorte de conservatisme auprès des professeurs de droit²⁵⁹. D'une façon un peu grossière, l'on désigne, en suivant l'expression de Julien BONNECASE, par « l'Ecole de l'exégèse » les juristes de cette époque et quelques générations qui leur succèdent, laquelle dénomination ne manque d'ailleurs pas de contestation²⁶⁰. Il ne s'agit pas, dans notre travail, de revenir sur le propos de BONNECASE. Nous nous contentons de signaler que les auteurs s'expriment quand même chacun à leur manière, non pas directement sur la soi-disant exégèse des dispositions positives, mais dans leurs introductions de matières. Ces chapitres-là deviennent ainsi la vitrine d'idées personnelles des ces fameux « exégètes », et nous paraissent, pour cette raison, aussi utiles que les commentaires.

Dans ce chapitre, nous allons parcourir quelques commentaires du Code ou manuels de droit civil qui sont les premiers du genre après l'entrée en vigueur du grand édifice juridique. Ils ne sont pas nombreux, mais leurs contributions nous permettent toujours

²⁵⁸ Voir par exemple Jean-Louis HALPERIN. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris : Presses universitaires de France, 1996, p. 78-79.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 45, 49.

²⁶⁰ Sur l'Ecole de l'exégèse en général et une bibliographie, voir *ibid.* p. 79-80. Une étude récente concernant spécifiquement TROPLONG et SAVIGNY, voir Mikhaïl XIFARAS. L'Ecole de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny. *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich* / s. dir. Jean-François KERVÉGAN, Heinz MOHNHAUPT. Frankfurt am Main : Klostermann, 2001.

d'entreprendre une esquisse sur, d'une part, « les personnes » que vise le Livre I et, d'autre part, la mort civile.

Bien entendu, tous les auteurs n'ont pas été intéressés par ces deux sujets, et n'y ont consacré que peu de développements, sans parler d'analyse élaborée. Ceux qui écrivaient immédiatement après la promulgation du Code civil se bornaient, faute de temps, à faire connaître le contenu du Code civil, « en la reliant », selon J.-L. HALPERIN, « aux travaux préparatoires et au droit antérieur »²⁶¹. Par exemple, le pamphlet de Jean-André PERREAU, ex-tribun et inspecteur général des Ecoles de droit, mettait en avant une mosaïque de textes hétérogènes. L'ouvrage était tissé de fragments du *Digeste* ou des *Institutes*, de leur traduction française, de commentaires de romanistes célèbres, à l'instar de HEINECCIUS, et les dispositions du Code. Rien de spécial ne mérite d'être précisé, car nous retrouvons chez lui les textes que nous avons traités au paragraphe sur DONEAU.

Tous moulés à la traditionnelle, ces titulaires de la fonction professorale dont le nombre était très limité ne développaient pourtant pas de la même façon les problématiques de personnes, toujours au pluriel, ni celles de mort civile. Nous pouvons y constater quelques formulations assez significatives. Nous allons discuter, en particulier, de LOCRE, d'un côté, et de TOULLIER, de l'autre, deux auteurs qui se sont davantage exprimés sur le terme « personne ». Néanmoins, il ne faut pas attendre de ces deux auteurs qu'ils nous livrent la moindre construction doctrinale de « la personne », et, en l'occurrence, ils ne l'ont guère fait.

Avant de rentrer dans les détails, il faut préciser un point de forme. Les ouvrages juridiques de cette époque portaient tous un chapitre d'introduction dans lequel les auteurs s'attaquaient, chacun à leur façon, aux divisions du droit les plus classiques, telles que la

²⁶¹ HALPERIN. *Histoire du droit*. p. 56-57.

division tripartite en droit civil, en droit naturel et en droit des gens, ou bien la division en droit public et en droit privé, etc. Cette introduction, souvent volumineuse, devenait même un petit traité du droit en général. Le cadre général de concept présenté dans telle partie de livre nous divulgue parfois plus d'information que tout le reste, y compris les lignes dites consacrées aux questions particulières. C'est la raison pour laquelle nous nous en servons dans la discussion suivante.

Revenons alors à ces commentateurs de la première génération. Au cours des discussions au Conseil d'Etat, rappelons-nous, les rédacteurs et les conseillers d'Etat n'ont consacré que peu de temps au terme même de personne. Le titre « *Des personnes* » n'a produit aucun retentissement auprès des interlocuteurs. Il ne dérange pas non plus deux autres professeurs de droit, l'un, Claude-Etienne DELVINCOURT (1762-1831), enseignant à Paris et l'autre, Jean-Baptiste-Victor PROUDHON (1758-1838), à Dijon. Ni l'un ni l'autre n'a évoqué rien de particulier sur « les personnes ».

DELVINCOURT, le premier à entrer dans la carrière d'enseignant du Code Napoléon, a été nommé professeur en 1805 à l'Ecole de droit de Paris. Il ne nous fournit pas davantage d'éléments sur la question de personne. Son manuel intitulé *Institutes de droit civil français*, publié en 1808, exprime déjà l'ensemble de sa doctrine sur le premier livre du Code, et cette doctrine demeurera intacte dans les deux éditions postérieures dudit manuel et le *Cours de Code Napoléon* de 1813, qui n'ajoute que des mises à jour au livre précédent. Il ne reprend même pas de texte romain comme ce que font d'autres auteurs à l'époque, et il aborde, sans la moindre explication étymologique sur le fameux titre, la division des personnes en Français et

en étrangers²⁶². Quant à PROUDHON, il annonce son parti pris en délimitant la portée de son livre, non pas aux personnes telles quelles, mais à l'« état des personnes »²⁶³.

Section I LOCRE : la personne opposée à la propriété

En revanche, LOCRE, le témoin oculaire de la codification, met en avant, dans son commentaire du Code, non pas « les personnes », mais « la personne ». Ce qui rend sa contribution encore plus particulière, c'est que la question y est entamée, non pas sous une disposition positive, mais dans l'introduction de l'ouvrage. A la rigueur, ce que le secrétaire général du Conseil d'Etat envisage, c'est, à la fois, la propriété et la personne²⁶⁴. De ces deux notions opposées l'une à l'autre, LOCRE se met à raisonner d'une manière dialectique. Il prétend, d'abord, que « les hommes ne peuvent être utiles les uns aux autres, ils ne peuvent se nuire, que relativement à deux choses : la personne et la propriété ». En évoquant deux manières selon lesquelles que les hommes se nuisent, à savoir par « attentat » ou par « différend », LOCRE fait appel à l'expression d'« attentat à la personne », qui, nous l'avons vu, ressort au langage de droit pénal. Il exemplifie, ensuite, ce que veut dire « réclamer quelque droit sur la personne » dans un différend. « Comme le père », dit-il, « ou le tuteur qui attaque le mariage contracté par le mineur sans son consentement, comme le mari qui rappelle sa femme dans l'habitation commune, comme le maître qui exige qu'un journalier achève le travail pour lequel il a loué ses services ». Par ces exemples, il poursuit sa synthèse en insistant sur le fait que ces « contestations relatives à la personne, si l'on veut prendre garde, on trouvera que toutes aussi présentent des questions de propriété ». En fait, il ne s'agit pas d'une simple conjonction des deux notions, mais, pour ainsi dire, d'une sorte de subsumption

²⁶² Claude-Etienne DELVINCOURT. *Institutes de droit civil français*. 1^{er} éd. 3 tomes, t. 1. Paris : Gueffier, 1808, p. 13.

²⁶³ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON. *Cours de droit français. Première partie, Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*. 1^{er} éd. 2 tomes, t. 1. Dijon : Bernard-Defay, 1809.

²⁶⁴ LOCRÉ. *Esprit du Code (t. 1, an XIII-1805)*. p. 51-55.

de l'une par l'autre. L'on le constate dans cette explication : « Dans la demande », précise LOCRE, « en nullité du mariage d'un mineur, il s'agit de savoir si cet individu avait la capacité de disposer de sa personne, qui est la première des propriétés »²⁶⁵. L'auteur renforce encore son argument : « La demande du mari qui réclame son épouse, n'est que la revendication des droits que donne l'engagement du mariage, et qui sont la propriété de ceux que le mariage unit. Il en est de même de la demande du maître ; les services que le journalier lui a loués, et dont le maître a payé ou promis le prix, sont devenus une propriété qu'il a droit de répéter, soit en nature, soit en une indemnité équivalente ». De là, il parvient à conclure de cette façon : « Pour régler les suites des rapports individuels, les lois civiles n'ont qu'à établir les règles de la propriété. La propriété est donc le sujet immédiat de leurs dispositions, et par conséquent leur matière ». Or cette prééminence de la propriété ne semble pas compatible avec le premier livre du Code, que LOCRE commente. A laquelle il répond en différenciant son acception de celle du texte positif : « Il est également vrai du livre I^{er}, qu'il n'est relatif qu'à la propriété, quoiqu'il porte pour rubrique, Des Personnes. En effet, le mot personne n'est pas employé là dans le même sens que dans ce chapitre. Dans le Code, il est le synonyme d'état civil ; or, l'état civil se compose des diverses capacités et incapacités des individus par rapport à la propriété ».

Nous nous contentons, pour l'instant, d'isoler au sein de la proposition de LOCRE les acceptions du mot « personne » telles qu'il les donne. Du côté du droit positif, il est clair que « personne » signifie, pour lui, « état civil ». Du côté de la doctrine, c'est, en revanche, beaucoup plus obscur. Sous la plume de LOCRE, la notion de personne s'oppose, dans un premier temps, à la propriété, mais finit par se subsumer sous la propriété. Quelle est alors cette personne qui n'a pas, comme dans la conception contemporaine, de primauté par sa

²⁶⁵ *Ibid.* p. 54.

dignité ? Faute de réponse explicite, l'on peut procéder de la façon négative. La première chose à rejeter est de l'identifier avec l'homme, car cela serait, nous le savons déjà, non seulement une tautologie, mais n'éclaircirait point l'énoncé de LOCRE et le rendrait, au contraire, plus mystérieux. A notre avis, la personne et la propriété doivent être plutôt des attributs de l'homme ou des dimensions à envisager. Elles ne relèvent pas de l'ontologie ni de l'existence de l'homme, deux questions qui n'ont, par ailleurs, peu à voir avec le droit. Ensuite, cette notion de personne ne doit non plus signifier simplement le corps humain ni la force de travail, car ils sont facilement réductibles en propriété, comme dans le cas d'esclave, et ne permettent donc pas à LOCRE de maintenir son opposition. De plus, cette dernière raison exclut également que la notion corresponde vaguement au concept plutôt moderne de patrimoine, qui désigne l'ensemble des droits et les obligations présents et futurs. L'auteur lui-même n'emploie pas non plus la notion « personne » de la même façon que le Code, qui la fait dénoter « état civil ». A cette difficulté s'ajoute encore celle de trois exemples : si la tutelle du mineur et la vie conjugale rentrent tous les deux dans la case de droit des personnes telle que l'on connaît aujourd'hui, le rapport entre le journalier et le maître d'ouvrage ne l'est guère. Même à défaut du droit social au sens contemporain du terme, l'entreprise d'ouvrage relève quand même du droit des contrats et échappe donc, évidemment, au droit des personnes.

Il nous semble que LOCRE confond probablement deux oppositions classiques en proposant la sienne : l'une est celle existant entre *personas* et *res*, que nous avons lue chez GAIUS, D. 1, 5, 1, et aussi chez POTHIER ; l'autre est celle existant entre les actions *in personam* et les actions *in rem*. Si la tutelle et le mariage se comprennent sans difficulté avec la première, ce sera avec la seconde que le cas de litige entre le journalier et le maître d'ouvrage sera intelligible. La seconde opposition nous donne la distinction entre le droit

personnel et le droit réel. Or il faut admettre qu'aujourd'hui, plus personne ne raisonne du « droit personnel » au « droit des personnes ». Bien qu'ils soient de la même famille, la doctrine de notre temps ne voit aucun rapport entre le terme « personnel » et les « *personas* » opposées aux *res*. Néanmoins, comme la doctrine antérieure à LOCRE prend toujours les personnes au pluriel et souligne donc sa multiplicité, les droits qui regardent une personne ne peuvent qu'être aussi, pour ainsi dire, « relatifs ». C'est précisément dans cette perspective que la relation entre le droit personnel et les *personas* est compréhensible. Cette confusion atteste, encore une fois, de l'importance de l'écart entre les sens du mot « personne » à l'époque de la Codification et à nos jours.

Section II TOULLIER : jusnaturalisme et idéalisme

Inscrit dans la même ligne, Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER (1752-1835) maintient, sinon creuse davantage, le même écart conceptuel. S'il cite également le fragment de HERMOGENIEN qui rapporte tous les droits aux hommes (*D.* 1, 5, 2)²⁶⁶, et si son interprétation de ce texte fait pressentir son soutien au discours de droits de l'homme, le doyen de Rennes tranche sans équivoque l'homme de la personne. Il est vrai que l'on lui reconnaît l'originalité d'incorporer la liberté individuelle et la qualité de citoyen dans les droits « particulièrement attachés aux personnes », car il n'est, évidemment, pas d'usage de mettre celles-là à côté des deux exemples plus traditionnels, à savoir la légitimité et le droit de puissance paternelle²⁶⁷. Ces droits-là sont, selon le jurisconsulte, appelés « droits des personnes ». Sans allusion faite aux droits de l'homme ni à la notion du XX^e siècle de droits

²⁶⁶ Pourtant, la citation est inexacte, ou bien, il ne s'agit que d'une paraphrase. Tandis que le texte romain donne « *cum igitur hominum causa omne ius constitutum* », l'on lit dans l'ouvrage de TOULLIER : « *Omne ius personarum causâ constitutum est* ». Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER. *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 5^e éd. 21 tomes, t. 2. Paris : Renouard, 1830, p. 132, n° 167. Voir aussi la note 102 ci-dessus.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 132-133, n° 167. La première édition de cet ouvrage date de 1811, et les rééditions, moins accessibles à cause de perte ou de la fragilité d'exemplaires, ne subissent que peu de changements de la part de TOULLIER. La pagination reste presque identique malgré les changements de maison d'édition successifs.

de la personnalité²⁶⁸, le plan de TOULLIER fait plutôt penser aux « *iura personarum* » de droit romain, auxquels il oppose les « droits des choses ». A partir de cette opposition, il étale toute une série d'arguments fort traditionnels qui s'attaquent précisément aux différences entre « personne » et « homme ». Le caractère traditionnel s'incarne, nous allons le voir, en la multiplicité et la variété des personnes sur lesquelles TOULLIER insiste à maintes reprises.

Cependant, ce professeur de la faculté de Rennes ne remonte pas jusqu'à l'Antiquité. Sa référence principale est constituée par des grandes autorités proches de son époque, parmi lesquelles peut-on citer le nom de Christian WOLFF et d'A. D. d'AUTESERRE (HAUTESERRE ou *ALTESERRA*, 1602-1682), canoniste toulousain. A la différence des autres professeurs de droit contemporains, Il nous transmet la pensée de l'auteur allemand concernant la notion de personne. La caractéristique principale de cette pensée, c'est son idéalisme à l'égard de notre mot en question, à savoir *persona*. Cela veut dire qu'il refuse de fonder *persona* sur le moindre support réel et de réduire l'idée de *persona* en substance quelconque. *Persona* est, demeure et ne cesse jamais d'être une idée, comme le sont, disons-nous, toutes les notions juridiques.

Comme tous les autres civilistes de son époque, TOULLIER n'hésite point à écarter l'homme de la personne. « En jurisprudence », dit-il, au sens général du terme, « un homme et une personne ne sont point des termes synonymes ». Il définit successivement les deux termes : « Un homme est tout être humain, soit qu'il soit ou non membre de la société, quel que soit le rang qu'il y tienne, quels que soient son âge, son sexe, etc. ». En revanche, « une personne est un homme considéré suivant le rang qu'il tient dans la société, avec tous les droits que lui donne la place qu'il y remplit, et les devoirs qu'elle lui impose ; ainsi, quand on parle du droit des personnes, l'on ne considère dans l'homme que son état, que le personnage

²⁶⁸ Voir ci-dessous p. 444-445.

qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu ». Le jurisconsulte raconte ensuite l'étymologie du mot « personne », en en rappelant le sens originel de masque et l'usage technique de faciliter le retentissement de la voix, « *vox personabat* ». Le masque désigne plus tard le rôle que représente son porteur. C'est, précise TOULLIER, « dans ce sens de personnage ou de rôle que le mot *persona* est employé en jurisprudence, par opposition au mot homme, *homo*. Quand on dit une personne, l'on ne considère que l'état de l'homme, que le rôle qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu ». De là, il parvient à mettre en relation, non pas l'homme et la personne, mais l'état et la personne : « Etat et personne sont donc deux termes corrélatifs »²⁶⁹, ce qui est précisément la conclusion partagée par presque tous les civilistes majeurs de l'époque, à l'instar de LOCRE et de PROUDHON que nous venons de voir.

TOULLIER évoque une autre caractéristique traditionnellement reconnue au sujet des personnes, à savoir leur variété. A cet effet, il a recours, comme le fait également DELVINCOURT, au chancelier D'AGUESSEAU pour montrer le lieu commun de la magistrature française à l'égard des questions d'état corrélatives, comme l'a dit le jurisconsulte rennais, aux questions de personne²⁷⁰. La variété se démontre par la façon même d'en parler : l'on ne prend pas soin de systématiser ces questions pourtant fort diverses. Au contraire, l'on se contente d'envisager cette vaste gamme de problèmes en deux positions principales, l'une de droit public et l'autre de droit privé. Ces questions d'état ne consistent qu'à savoir si untel ou untel est capable ou incapable à participer à une opération juridique donnée. Par ailleurs, il faut faire attention au fait que cette distinction ne s'entend pas dans le sens de ce que nous apprennent nos manuels de droit. Il faut, au contraire, penser au sens

²⁶⁹ *Ibid.* p. 133-134, n° 167.

²⁷⁰ Claude-Etienne DELVINCOURT. *Cours de Code Napoléon*. 2 tomes, t. 1. Paris : Gueffier, 1813, p. 304. Claude-Etienne DELVINCOURT. *Cours de Code Napoléon*. 3 tomes, t. 1. Paris : Lebégue, 1819, p. 207. TOULLIER. *Droit civil*. p. 137-141, n° 173-179.

romain, c'est-à-dire droit privé au sens de droit particulier, tel que TOULLIER l'écrit lui-même. Les exemples qu'il donne ensuite mettent en évidence la signification employée en l'occurrence. « Pour commencer par le droit public », dit le jurisconsulte, « c'est par exemple une question d'état de savoir si un homme est libre ou esclave, citoyen ou étranger ; parce que, s'il est libre ou citoyen, il est capable de rendre service à sa patrie dans toutes les charges publiques ; si au contraire il est esclave ou étranger, il est exclu par l'une ou l'autre de ces qualités, de toutes les fonctions qui regardent le droit public, et de tous les avantages que la loi n'accorde qu'à ceux qui en ont la participation ». La toute première question du livre « des personnes », notamment celle de savoir s'il quelqu'un est français ou étranger, est ainsi abordée, tout comme la première question en littérature classique, celle de savoir si quelqu'un est libre ou esclave : il n'y a aucun doute que ce genre de question d'état ressort au niveau de droit public. En revanche, « il en est de même à l'égard du droit particulier », terme substituant celui de « privé ». Cette dimension est plus restreinte, dit-il, « comme il se réduit uniquement à régler les engagements et les successions, il faut aussi que les qualités qui déterminent l'état particulier aient un rapport certain avec les engagements et les successions, et qu'elles rendent les hommes capables ou incapables de certains engagements en général, et de certaines successions en général, ou même de toutes sortes d'engagements et de successions »²⁷¹.

Renvoyant avec justesse les questions d'état et de personne au *caput* romain et non pas à la *persona*, TOULLIER reprend les termes de PUFENDORF et de WOLFF que nous avons examinés : « Les personnes, en jurisprudence, sont des êtres moraux ou abstraits ». L'auteur s'appuie sur la formule des Institutions de WOLFF : « *Homo persona moralis est, quatenus spectatur tanquam subiectum certarum obligationum atque iurium certorum* », qui signifie

²⁷¹ TOULLIER. *Droit civil*. p. 137-138, n° 173. L'orthographe est de TOULLIER.

littéralement, nous le savons déjà, que l'homme est personne morale dans la mesure où l'on le considère en tant que sujet de certaines obligations et de certains droits²⁷². Il est très important de noter que TOULLIER ne se précipite pas, comme l'auraient fait certains d'entre nous, à exagérer le rapport entre *homo* et *persona*. Tout au contraire, ce qu'il souligne, c'est plutôt la nature morale et abstraite des personnes. C'est pour la même raison qu'il développe, ensuite, toute une série de distinctions afin d'éviter le moindre malentendu. Il commence par rappeler qu'à Rome, les personnes publiques que jouent les citoyens romains n'ont rien à voir avec les personnes privées que portent les mêmes individus : « Le même individu », dit-il, « peut être une personne dans l'ordre public, et n'en pas être une dans l'ordre privé. Par exemple, à Rome, le fils de famille qui était dans la puissance de son père, n'était point une *persona* par rapport au droit privé, mais il était une personne dans ses rapports au droit public ». Il ne s'arrête pas là. « Le même individu », continue TOULLIER, « peut être, dans l'ordre public, une personne supérieure à une personne dont il est inférieur dans l'ordre privé. Tel est encore le fils de famille devenu magistrat. Il commande son père dans tout ce qui concerne les fonctions de la magistrature »²⁷³. Il a tout à fait raison, et cela est également soutenu par plusieurs sources littéraires romaines²⁷⁴.

²⁷² *Ibid.* p. 143, n° 181. Voir ci-dessus p. 86 et s.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Angel LATORRE. Sobre la capacidad jurídica de Derecho público del « *filius familias* ». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 1978. L'auteur nous rapporte cinq exemples qui témoignent tous la dualité radicale du statut de *filius familias*. 1) C. FLAMINIO, démagogue, fut éjecté du tribun plébéien par son père (Cic. de inv. 2.17.52, Val. Max. 5.4.5), ce qui correspond à l'opposition faite par DION DE HALICARNASE entre le faible pouvoir paternel en Grèce et la féroce *patria potestas* à Rome. Ce pouvoir-ci s'exerce même si le fils est magistrat (Dion. Hal. 2, 26) (p. 252-253). 2) G. SERVILIUS, alors *tribunus militum consulari potestate* en 419 av. J. C., fut contraint par son père de rester à Rome au lieu de se mettre glorieusement devant la troupe (Liv. 4.45.8) (p. 254). 3.) La mort de Spurio CASSIO, un autre consul « démagogue ». MOMMSEN et d'autres se disputaient s'il subit un *iudicium publicum* ou bien *iudicium privatum* de son père (Cic. de rep. 2.35.60, l'avis appuyé par MOMMSEN ; Liv. 2.41.10-11 ; Dion. VIII, 78-79). Les partisans du jugement privé ne s'objectent pas à l'exercice de la *patria potestas* (p. 255-256). 4.) Le cas de T. Manlio TORCUATO (Cic. de fin., 1.7.24, Liv. ep. 54, Val. Max. 5.8.3), dans lequel l'on constate l'exercice social de la *patria potestas* de celui-ci sur l'un de ses fils qui a été adopté par D. SILANO (p. 256). 5.) Quinto Fabio MAXIMO, père, proconsul, s'incline devant son fils, consul. Le protocole exigeait que le proconsul descende de son cheval, et c'est ce que fit MAXIMO père (Val. Max. 2.2.4, Aul. Gel. 2.2) (p. 256-257).

La dualité des personnes en droit public et en droit privé, due à sa nature morale et abstraite, amène le jurisconsulte à cette remarque : « Le même individu peut représenter plusieurs personnes. Il peut être magistrat, père, mari, et exercer tous les droits attachés à ces trois différentes personnes dans l'ordre public et dans l'ordre privé ». En revanche, arrive également le scénario où « plusieurs individus peuvent ne constituer qu'une seule personne. Tels sont les corps politiques, appelés en droit *universitates, collegia*. Chaque commune, par exemple, forme un corps politique, qui n'est considéré que comme une seule personne. Il en est de même de tous les établissements publics »²⁷⁵. Cela veut dire que le nombre de personnes et le nombre d'individus sont parfaitement indépendants l'un de l'autre. La singularité d'individu n'entraîne pas nécessairement la singularité de personne, et *vice versa*. Il en est de même en cas de pluralité.

TOULLIER va jusqu'au bout de sa conception de personne en ajoutant, *in fine*, que « les personnes sont, en jurisprudence, tellement considérées abstraction faite des individus, qu'il y a des personnes qui ne meurent point et qui continuent d'exister, quoique les individus qui les représentaient soient morts ». Le jurisconsulte renforce son propos par plusieurs exemples : Ni le roi, « la première personne de l'Etat », ni le magistrat ne meurt jamais, puisque, nous renvoyant à HAUTESERRE, « *dignitas non moritur* ». Si celles-là relèvent du droit public, il en est de même dans l'ordre privé, où « la personne du corps politique ne meurt jamais ». « Elle continue », dit-il, « d'exister, quand même il serait réduit à un seul individu, quand même tous les individus qui le composaient d'abord seraient décédés et remplacés par d'autres ; c'est toujours la même personne, jusqu'à ce que le corps soit détruit par l'autorité qui lui avait donné l'existence », ce qui paraphrase une loi romaine, notamment *D. 3, 4, 7, 2* attribué à ULPIEN : « *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum*

²⁷⁵ TOULLIER. *Droit civil français* (5^e éd., t. 2). p. 143-144, n° 182.

omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint, sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis »²⁷⁶. Si les personnes peuvent survivre aux individus qui les représentent, il n'en est pas moins inversement : « La personne peut », dit le doyen, « être morte, quoique l'individu qui la représentait soit vivant. Par exemple, lorsque le mariage était dissous par le divorce, le mari était mort, l'homme était vivant. Dans l'ordre public, toutes les fois qu'une dignité est supprimée, la personne du dignitaire est morte, l'individu est vivant ». Il y figure un exemple non introduit pas dans la première édition de 1812 : « L'empereur est mort, il est mort pour toujours ; Napoléon BONAPARTE est vivant ». En bref, l'écart entre les personnes et les hommes est tel que « l'homme peut exister après la mort de la personne, et la personne après la mort de l'homme »²⁷⁷.

Outre ses remarques historiques et conceptuelles, TOULLIER établit une liste de personnes assez détaillée. Cette liste se découpe en deux parties, l'une de droit public et l'autre de droit privé. Les personnes publiques sont, selon le jurisconsulte, « celles qui exercent une fonction publique, soit qu'elles participent ou non à l'exercice de la puissance publique ». En revanche, « les personnes privées sont celles qui n'exercent aucune fonctions publiques, mais qui ont des droits ou des devoirs particuliers »²⁷⁸. Parmi les personnes publiques, le professeur de droit énumère celles-ci : « Roi, la famille royale, la Chambre des pairs, la Chambre des députés, la Cour de cassations, les Cours royales, les tribunaux de première instance et les juges de paix, les collèges électoraux, les préfets, sous-préfets, conseils de préfecture, maires, etc., les conseils généraux de département et de commune, l'armée de terre et de mer, l'état militaire, les tribunaux militaires, la Légion d'honneur, les

²⁷⁶ *Ibid.* p. 144, n° 183. Ce fragment d'ULPIEN se trouve, nous aurons l'occasion de le voir, au centre de la grande polémique dans laquelle l'on demande si la nature de l'*universitas* est fictive ou réelle.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.* p. 144, n° 185.

citoyens, le clergé, les corps enseignants et les personnes chargées de l'instruction publiques... ».

Quant aux personnes privées, elles constituent une liste encore plus longue : ce sont celles visées par une série de distinctions dont quelques-unes ont été rencontrées chez POTHIER. L'on distingue donc les personnes privées en homme et femme par le sexe, en mineur et majeur par l'âge, etc. Outre ces deux critères, TOULLIER en avance cinq de plus, y compris l'état de famille, la puberté, la nationalité, l'état de liberté et d'esclavage et, enfin le dernier qui est « réduit à un vain nom », l'état de noblesse ou de plèbe²⁷⁹.

Fort de cette richesse exceptionnelle, nous pouvons tirer du travail de TOULLIER deux points fondamentaux.

Ce qu'il faut d'emblée souligner, c'est son idéalisme hérité de quelques grands auteurs dont WOLFF par excellence. Il ne s'agit pas de n'importe quel idéalisme, mais de la nature des catégories juridiques, en l'occurrence, de la nature de « personne ». Ce courant idéaliste que représente TOULLIER creuse une fosse si grande entre le réel et l'idéal, de sorte que les usages du mot « personne » sont nettement indépendants des usages du mot « homme ». Sous-entendant la possibilité de leur confusion, le jurisconsulte prend soin de mettre en relief le fait qu'en langage du droit, l'on n'évoque pas de la même façon les deux bons mots. Pour le dire de façon grammaticale, non seulement « personne » et « homme » ne sont pas des termes synonymes, mais ils ne s'accordent pas non plus l'un avec l'autre ni en genre ni en nombre. Il n'y a, chez le doyen TOULLIER, pas de fondement du moindre accord, car le terme « personne » s'emploie de façon circonstancielle et le terme « homme » de façon générique. Il admet ouvertement qu'une personne peut dédoubler une autre personne, s'éteindre à l'issue d'une certaine relation juridique, ou bien ne pas mourir malgré toute vicissitude mondaine. Rien de cela ne vaut pour les « hommes » pris au sens de TOULLIER

²⁷⁹ *Ibid.* p. 146-147, n° 186.

lui-même. Autrement dit, les hommes ne sont ni multipliables, ni immortels, ni mutables en fonction de circonstance. En bref, c'est une notion d'ordre empirique d'homme qui ne doit pas se confondre avec la notion de personne qui est d'ordre idéal.

Cependant et deuxièmement, l'on ne saurait négliger que TOULLIER définit quand même « personne » par « homme ». Les « personnes » sont des « états » de l'homme. Il convient de préciser que ce professeur titulaire est sympathisant de quelques idées révolutionnaires, spécifiquement celle de droits de l'homme. Son texte prouve sans équivoque qu'il souscrit, dans une large mesure, au jusnaturalisme diffusé à son époque. Il adhère à une certaine idée de droit qui est presque inhérent à l'Homme même s'il est en état de nature, où, pour ainsi dire, par hypothèse, la Loi n'existe pas. Bien que sa définition de personne insiste sur l'aspect juridique de l'homme vivant en société, il reconnaît tout de même certains droits à ceux qui ne vivent pas comme membres de société. C'est ce que le doyen de la faculté de Rennes explicite au sujet des « droits absolus de l'homme ». Par ce terme-là, dit-il, « j'entends ici ceux qui sont tels dans le sens primitif et le plus étroit, ceux qu'il tient de la nature, ceux dont il jouissait dans son état d'indépendance naturelle, et dont il doit continuer de jouir dans l'état civil, sans que l'on puisse les lui ravir [...] Les lois humaines sont donc, à cet égard, purement déclaratoires. Elles peuvent expliquer, développer les droits absolus de l'homme, mais non pas les créer ni les détruire »²⁸⁰. En d'autres termes, l'homme est doté de certains droits avant qu'il ne soit « personne » et n'ait pas d'état civil en droit civil. Nous tenons, malgré la redondance, au terme « civil », car le jurisconsulte nous a déjà mis en garde contre un éventuel malentendu en soulignant que « ce qu'il importe d'observer ici, c'est que l'état civil, le droit civil, tirent leur nom de la *cité*, qui ne signifie pas une ville, mais une portion du genre humain gouvernée par les mêmes chefs. C'est ce que les Romains appelaient *civitas* et

²⁸⁰ *Ibid.* p. 174, n° 208.

les Grecs *polis* »²⁸¹. La cité, définie comme corps politique, « est appelé par ses membres *état*, quand il est passif ; *souverain*, quand il est actif »²⁸².

Ces deux points-là, l'idéalisme, d'un côté, et le jusnaturalisme, de l'autre, nous amènent aux trois conséquences suivantes.

La première, c'est qu'au cours des développements théoriques de TOULLIER, le lien primitif qui noue les termes « homme » et « personne » est dépassé. Ce lien, qui semble bien établi dans un premier temps, est dénoué au fur et à mesure jusqu'au point de ne plus pouvoir produire le moindre effet. Ce dépassement est dû, nous semble-t-il, à une particularité du jusnaturalisme moderne, notamment, nous le savons déjà, à l'affirmation de certains droits préalables à toute organisation politique. Cette affirmation brouille, en effet, la frontière conceptuelle qui paraît exister entre les hommes et les personnes. Que l'homme jouisse en état de nature de certains droits absolus, c'est-à-dire ceux qui ne dépendent pas de la cité au sens de *civitas*, cela nous empêche de maintenir l'opposition qu'a faite DONEAU dans sa petite note, et selon laquelle *homo* relève du vocabulaire de nature et *persona* de droit. De plus, cela revient à dire que l'homme est déjà un « sujet de droit », auquel se rapportent les droits absolus définis par TOULLIER, qui « peuvent se réduire à trois points principaux : *sûreté, liberté et propriété* »²⁸³. Au bout du compte, TOULLIER ne parle des personnes qu'à l'égard des « droits relatifs » opposés aux susdits droits absolus. Ces droits relatifs dont l'homme jouit dans l'état civil « sont de deux espèces : les droits civils, ainsi spécialement appelés par opposition aux droits politiques ». En d'autres termes, être ou ne pas être sujet de droit, ce n'est plus un critère valable chez TOULLIER. Il vaudrait mieux dire que l'homme est, par principe, sujet de droit absolu, et éventuellement sujet de droit relatifs aussi, et que

²⁸¹ *Ibid.* p. 168, n° 202.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.* p. 177, n° 209.

les personnes, ou bien dignité ou état si l'on veut, ne peut être que sujets de droits relatifs. Quoique tous les deux sujets de droit, la grammaire de « personne » n'a rigoureusement rien à voir avec celle d'« homme ». Le mot « personne » a ses propres règles d'emploi, et ces règles-ci ne regardent le mot homme signifiant sujet de droit qu'aux moments où un droit absolu risque d'être compromis. L'on pourrait même dire que l'homme n'est impliqué qu'au moment où il s'agit, pour ainsi dire, d'une « personne de droits absolus » ou d'une « personne de droits naturels ».

De là, et deuxièmement, l'on obtient une clé à la bonne lecture de la fameuse formule de WOLFF : « *Homo persona moralis est* ». C'est que l'opposition entre l'homme et la personne n'est que superficielle. Certes, « *homo* » peut signifier être humain, mais la proposition, à la fois, concessive et explicative « *quatenus spectatur tanquam subiectum certarum obligationum atque iurium certorum* » invoque clairement des contextes de droits et d'obligations, qui seraient incompatibles avec l'état de nature. En effet, le grand philosophe allemand explique, dans le même paragraphe, pourquoi il emploie le terme « *moralis* » : « *atque hinc status eius moralis dicitur, qui per obligationes et iura determinatur* ». L'état de l'homme pris au sens de « *persona moralis* » est qualifié de « *moralis* » et se définit à travers les obligations et les droits. Mais de quelle nature sont ces obligations et ces droits ? C'est là où la véritable opposition entre en jeu : « *vocaturque idem naturalis, quatenus obligationes et iura, per quae determinatur, naturalia sunt, seu vi legis naturae eidem competunt* »²⁸⁴. Le susdit état est, donc, non seulement « *moralis* », mais, également, « *naturalis* ». Il est « *naturalis* » dans la mesure où, soit, les obligations et les droits à travers lesquels cet état se définit sont eux-mêmes naturels, soit, forts de la loi de la nature, ces obligations et ces droits touchent à l'état d'homme. En revanche, dès que les obligations et les droits ne sont pas

²⁸⁴ Voir ci-dessus p. 85.

naturels, il reste toujours une personne, cette personne demeure « morale ». WOLFF ne dit pas davantage, car il écrit un livre sur le droit naturel et le droit des gens, et non pas sur le droit civil. Mais il n'y a aucun doute que la véritable opposition, c'est celle de l'état de nature et l'état civil. Dans un aspect comme dans l'autre, l'on parle de personnes « morales » car l'on est sous l'empire du juridique où l'on raisonne en termes de droits et d'obligations²⁸⁵. Ainsi, l'homme au sens naturel est écarté, et l'on entre en un milieu idéal, c'est-à-dire en un monde de droits et d'obligations où jouent les personnes, qu'il s'agisse du droit naturel ou du droit civil. C'est également la raison pour laquelle nous devons prêter notre attention à la formule « *homo persona moralis est* » pour ne pas se tromper en ordre syntaxique : un homme est une personne morale, mais non pas l'inverse.

D'où nous parvenons, enfin, au troisième point qui n'est pas moins important : les personnes sont elles-mêmes relatives et dépendent toujours de cas concrets où elles sont invoquées. Contrairement au terme « homme », « personne » sous-entend forcément des attributs qui non seulement, l'individualisent, mais la contextualisent également, tels que l'âge, le sexe, la nationalité et ainsi de suite. La conception de TOULLIER ne permet pas d'employer le mot « personne » en absolu, tandis que le terme « homme » s'évoque malgré toute abstraction. Un homme est telle ou telle personne lorsqu'il entre dans le commerce juridique. Or une personne ne peut s'en retirer. Elle ne se généralise pas, et n'a pas non plus de caractère général. C'est là où l'on doit se méfier d'un piège intellectuel que TOULLIER a

²⁸⁵ Dans ce sens, ni WOLFF ni TOULLIER, qui le suit, n'a ignoré la conception paradoxale de HOBBS selon laquelle chaque homme est, avant de sortir de l'état de nature, susceptible d'être soit une « personne naturelle » lorsque sa parole ne se rapporte qu'à lui-même, soit une « personne artificielle » si ce qu'il énonce est attribué à quelqu'un d'autre. A partir de ces deux personnes, HOBBS construit sa fameuse théorie de la création de Léviathan : chacun reconnaît la représentation du Léviathan, ce qui fait celui-ci une personne artificielle. Toutefois, HOBBS est moins clair que WOLFF au respect de ce qui est « moral » ou « artificiel », puisque le Britannique raisonne en terme de parole et de son attribution. Certes, l'on n'abordait pas encore à l'époque les réflexions qui portent, en gros, sur le langage. Voir Thomas HOBBS, Bernard GERT. *Man and citizen : Thomas Hobbes's De homine*. Garden City, N.Y. : Anchor Books, 1972, p. 83-85. HOBBS, OAKESHOTT. *Leviathan*. p. 105-117, 112.

déjà laissé entendre : il y a partout des personnes à l'intérieur du droit, mais il n'y en a aucune à l'extérieur. Il ne s'agit pas de purger le terme « personne » de tout élément humaniste au sens le plus large possible, puisque ce terme s'inscrit dans un langage de droits et d'obligations, et que le langage, les droits et les obligations sont, disons, tous propres, sinon exclusifs, aux hommes. L'on peut, dans ce sens, relire la fameuse formule de HERMOGENIEN, qui est citée à maintes reprises : « *hominum causa omne ius constitutum* ». Le jurisconsulte romain n'exprime qu'une vérité banale sans, nous semble-t-il, aucune implication téléologique : le droit au sens technique du terme n'existe que parmi les hommes, ou bien, pour éviter tout anthropocentrisme naïf, le droit n'existe qu'à la portée des hommes et ne s'étend pas au-delà de cette portée.

*
* *

Par rapport au premier paragraphe portant sur les travaux préparatoires, nous n'avons pas traité, dans le second, la question de la mort civile. Certes, l'on affirme aujourd'hui très souvent que la mort civile était l'un des deux cas de figure les plus importants qui concernent la privation ou bien l'inexistence de « la personne ». Néanmoins, force est de constater l'austérité de développement sur ce sujet dans les principaux ouvrages juridiques de l'époque étudiée. Les grands auteurs se contentent de reprendre ce qui est déjà dit dans l'Ancien Régime. Ils connaissent tous le traité de Richer et s'y réfèrent effectivement²⁸⁶, et surtout en ce qui concerne la question de savoir si la mort civile est une peine ou un état²⁸⁷. Pour le reste, ces auteurs se bornent à résumer les dispositions du Code et n'avancent que peu souvent des propositions doctrinales. Cette situation ne doit pourtant avoir rien d'étonnant, puisque aucun d'entre ces jurisconsultes n'envisage « la personne » au sens de l'art. 16 du Code civil actuel,

²⁸⁶ Voir ci-dessus p. 112, note 201.

²⁸⁷ DELVINCOURT. *Institutes* (1^e éd., t. 1). p. 21. PROUDHON. *Cours de droit français* (1^e éd. t. 1). p. 72-73. TOULLIER. *Droit civil français* (5^e éd. t. 2). p. 244-245, n° 272.

qui, bien entendu, n'existait pas au XIX^e siècle. Leur lieu commun, c'est que le mot « personne » s'emploie le plus souvent au pluriel, même si, lorsque LOCRE oppose « la personne » à la propriété, il ne dévie pas de l'acception partagée. Il entend par là la personne la personne de père, de mari, voire de journalier. L'on ne voit pas les rédacteurs du Code civil, leurs contemporains et les premiers commentateurs de ce Code opposer « les personnes » à la privation, suppression, diminution ou bien non-existence des personnes. L'on rechercherait donc en vain dans les textes de cette époque une trace quelconque qui fasse opposer l'état de mort civile à l'état d'« ayant- » ou d'« étant-personne ». D'autant moins que tous ces docteurs font remarquer que, seul à l'égard de droit civil au sens étroit, le mort civilement est retranché de la société. Le condamné est privé de tous les droits civils, mais il n'est pas entièrement effacé de la scène juridique. L'on retrouve chez ces commentateurs quelques considérations qui ont déjà été exprimées lors de la discussion au Conseil d'Etat, par exemple, la prise en compte du mort civilement en matières pénales. L'on sanctionne toujours tout ce qui porte atteinte au mort civilement, et celui-ci n'échappe pas non plus au châtement prévu par la loi s'il commet une infraction.

Au fond des choses, la mort civile s'appuie, non pas sur l'opposition établie en termes de jouissance ou de privation de personne, mais sur une autre dont nous venons de nous servir, notamment celle de l'état de nature et l'état civil, un autre lieu commun du milieu de juristes. Elle est si courante à l'époque que le va-et-vient entre ces deux dimensions s'opère chez tous ces auteurs au sujet de la mort civile. Mis à part TOULLIER, dont nous venons de souligner le cadre de pensée général, DELVINCOURT définit ainsi l'institution en question : « La mort civile, considérée dans ses effets, est la privation de tous les droits qui ne sont pas rigoureusement nécessaires au soutien de la vie naturelle de l'individu qui en est frappé »²⁸⁸.

²⁸⁸ DELVINCOURT. *Institutes (t. 1)*. p. 25.

Il accentue encore : « Quoique le condamné soit présumé mort à ses yeux, néanmoins, comme cette mort n'est que fictive, elle doit être distinguée, quant à ses effets, de la mort effective et naturelle ». PROUDHON, quant à lui, rejoint ses deux confrères en précisant que « le mort civilement, conservant encore la vie naturelle, conserve aussi les droits qu'il tient simplement de la nature ». Le professeur franc-comtois prend soin d'encadrer l'effet de la mort civile en « retranchement *des droits que l'homme tenait de l'organisation sociale* », ce qui lui permet d'aller jusqu'à proclamer, au sujet de l'art. 33 du Code civil, que même une partie restreinte du droit des gens s'applique au condamné, comme « il reste capable de toutes espèces de conventions qui n'ont point de formes particulières et qui n'appartiennent qu'au droit des gens primitif, telles que la vente, l'échange, etc »²⁸⁹.

Il est donc approximatif de considérer la mort civile comme un état de « sans personne », qui se rapprocherait de l'état de « sans papiers »²⁹⁰. La première génération de professeurs de droit montre bien que la portée des effets de la mort civile est limitée au domaine du droit civil. Elle ne s'applique pas dans l'empire de droit naturel, quelle qu'en soit la signification. L'on pourrait même dire qu'elle n'a pas non plus d'effet en matière de droit des gens. L'on n'emploie pas le terme « personne » dans ces deux derniers domaines. Il n'empêche qu'un homme peut y jouir de certains droits, et que ces droits, pour reprendre une expression classique, « reposent sur une tête ». C'est dans ce sens que PROUDHON propose cette solution qui, tirée de l'art. 25 du Code civil, a pour but de faire respecter les droits autres que civils du mort civilement : « S'il fallait recourir à l'autorité de la justice, ses droits

²⁸⁹ PROUDHON. *Cours de droit français* (1^e éd. t. 1). p. 73-74, 78. La mise en italique est de PROUDHON. L'art. 33 en question : « Les biens acquis par le condamné, depuis la mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à la nation par droit de déshérence ».

²⁹⁰ Nous pensons surtout au mot espagnol « papel » qui signifie, à la fois, papier à écrire, rôle de théâtre, et, au pluriel, papiers d'identité.

naturels ne pourraient être défendus que sous le nom et par le ministère d'un curateur à la mort civile, qui agirait comme fait un curateur à une hoirie jacente »²⁹¹.

Mais quelle est cette curieuse « hoirie jacente » ? Pourquoi PROUDHON la met-il en relation avec la curatelle spéciale au mort civilement ? Cette comparaison originale faite par le professeur à la faculté de Dijon nous amène à l'enquête suivante sur une histoire inédite, notamment une affaire de nature fiscale sur la succession vacante.

²⁹¹ PROUDHON. *Cours de droit français* (1^e éd. t. 1). p. 78. Il s'agit en effet de l'al. 6 de cet article, selon lequel le condamné « ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée ».

Titre II Le cas des successions vacantes

La curieuse interprétation de PROUDHON sur l'art. 25, al. 6 du Code civil compare la curatelle au mort civilement avec celle à la « hoirie jacente ». Elle suggère, pour une recherche sur le mot « personne » qui est la nôtre, un autre repère qui, malgré sa pertinence, n'est plus pris en compte dans les discussions contemporaines concernant la question de personne. Ce repère, notamment, c'est le domaine du droit de la succession.

Le terme « hoirie », qui vient de disparaître formellement du Code civil après une vingtaine d'années d'existence, est pris pour synonyme d'héritage ou de succession. Absent dans la première édition du Code, ce terme n'est pas effacé du vocabulaire juridique actuel²⁹². L'on nous renvoie normalement à Antoine LOISEL (ou bien LOYSEL, 1536-1617), l'auteur d'un ouvrage coutumier où se trouve la fameuse maxime : « Le mort saisit le vif par son hoir le plus proche ». Elle figure en effet dans le livre II, titre V des *Institutes coutumières* rédigé par le grand jurisconsulte. L'on lit ces mots dans ce titre, intitulé « De successions et hoiries », le numéro I : « Le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à luy succéder »²⁹³. L'*Encyclopédie* de DIDEROT contient également un article d'« hoirie », où est inscrite cette définition : « HOIRIE, s. f. (*Gram. et Jurisprud.*) succession, hérédité. C'est une « hoirie », ou

²⁹² L'art. 505 (inséré par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. *Journal officiel* du 4 janvier 1968, p. 114, art. 1) porte cette phrase : « Avec l'autorisation du conseil de famille, des donations peuvent être faites au nom du majeur en tutelle, mais seulement au profit de ses descendants et en avancement d'hoirie, ou en faveur de son conjoint ». Ce texte, modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités qui est entrée en vigueur le 1 janvier 2007, a remplacé l'expression « avancement d'hoirie » par « avancement de part successorale ». *Journal officiel* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513. Cette dernière loi a également supprimé ladite expression dans les art. 864, 1077 et 1078-2, tous les trois provenant de la loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants. *Journal officiel* du 4 juillet 1971, p. 6515.

²⁹³ Antoine LOISEL. *Institutes coutumières [...] avec les notes d'Eusèbes de Laurière*. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée. 2 tomes, t. 1. Paris : Durand, 1846, p. 315. C'est aussi ce que POTHIER nous rapporte : Robert-Joseph POTHIER. *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 10. Paris : Siffrein, 1821, p. 141.

succession jacente, abandonnée. Donner en avancement d'hoirie, c'est avancer à un enfant à condition que dans le partage après la mort il tiendra compte de l'avance à ses cohéritiers »²⁹⁴.

L'article suivant renvoie le substantif « hoir » au verbe latin « *oriri* » : « Sont ceux qui sont issus de quelqu'un, tels que les enfants et les petit-enfants, c'est pourquoi l'on dit quelquefois « les hoirs de sa chair ».²⁹⁵

La définition par l'*Encyclopédie* du terme « hoirie » est, à la fois, problématique et symptomatique du vocabulaire civiliste de la première moitié du XIX^e siècle, qui demeure, dans une très large mesure, tributaire de la terminologie juridique de la fin de l'Ancien Régime. Si la comparaison de l'hoirie jacente avec les biens délaissés par le mort civilement semble due à l'originalité de PROUDHON, il ne l'a pourtant pas inventée. En effet, cette comparaison fait allusion à la remarque de POTHIER sur la « succession vacante ». Ce terme est invoqué lorsque l'illustre jurisconsulte explique comment une obligation, qui ne saurait exister sans deux personnes, peut subsister quand le créancier ou le débiteur meurt et ne laisse aucun héritier. D'après lui, l'obligation est, dans ce cas-là, imputée à la « succession vacante » du créancier ou du débiteur, car « la succession vacante d'un défunt le représente » et « tient lieu de sa personne ». Là, POTHIER fait appel à une formule romaine qui ne manquera pas d'occasions de revenir : « *hereditas personae defuncti vicem sustinet* ». Qui plus est, afin d'exemplifier la capacité de la fameuse succession vacante de contracter certaines obligations, le professeur d'Orléans met en avant ce cas de figure : le curateur créé à une succession vacante, et qui administre les biens de celle-ci, « contracte envers la personne fictive de la succession vacante l'obligation de rendre compte de sa gestion ; et *vice versa*, cette personne

²⁹⁴ *Hoirie*. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12 septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedia/images/V8/ENC_8-244.jpeg

²⁹⁵ *Hoirs*. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12 septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedia/images/V8/ENC_8-244.jpeg

fictive de la succession vacante contracte envers ce curateur l'obligation de lui faire raison de ce qu'il lui en a coûté pour sa gestion »²⁹⁶.

Voici pourquoi c'est à la curatelle de la succession vacante que cette étude doit s'attacher. Mais il faut d'emblée préciser l'objet à étudier. Nous avons affaire à deux concepts, la « succession vacante » de POTHIER et l'« hoirie jacente » de PROUDHON, qui paraissent, au premier coup d'œil, semblables mais qu'il faut quand même distinguer. Néanmoins, elles nous renvoient, effectivement, à la même chose, c'est-à-dire la vieille notion romaine d'hérédité jacente, qui ne se confond pas avec la succession vacante proprement dite. L'hérédité jacente nous intéresse parce que, comme le dit POTHIER, « elle tient lieu de la personne de quelqu'un ». C'est, justement, dans cette expression « tenir lieu d'une personne », ou bien « *personae vicem sustinere* » que le mot « personne » est employé pour la majorité des cas. La notion d'hérédité jacente est dotée d'une richesse si particulière qu'elle n'a cessé d'intriguer les juristes génération après génération : c'est à partir d'elle que le prototype juridique de la personnalité morale se construit, comme elle constitue le cas de figure le plus important du sujet de droit non humain – au sens contemporain du terme. Les plus grands pandectistes allemands du XIX^e siècle dont SAVIGNY et JHERING ont tous consacré des efforts scientifiques à l'expression, et, bien entendu, à la notion d'hérédité jacente. Or cela ne semble pas pouvoir éteindre la polémique sur la personnalité morale. Au contraire, la polémique n'a jamais cessé de s'exacerber, et aucune solution doctrinale ne paraît capable de s'imposer définitivement. De sorte que, même dans ces premières années du XXI^e siècle, l'on voit publier plusieurs ouvrages, en particulier, espagnols, qui s'attaquent, de nouveau, à cette notion litigieuse.

²⁹⁶ Robert-Joseph POTHIER. *Traité des obligations*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 1. Paris : Siffrein, 1821, p. 162.

Ce qui est plus important, c'est que l'hérédité jacente ne produit pas seulement ses impacts dans le domaine de l'histoire du droit ou de l'histoire de l'Antiquité. A l'insu de la presque totalité du milieu des juristes, l'hérédité jacente demeure saine et sauve en droit positif, malgré cette appellation démodée. Elle a, tout au début du XIX^e siècle, été appelée par la Haute juridiction civile à résoudre une série de contentieux. La question principale en est strictement la même : le curateur à une succession vacante est-il tenu d'acquitter le droit d'enregistrement auquel donne lieu la mutation entraînée par le décès de l'ancien propriétaire ? D'un côté, l'on peut dire qu'il y a une mutation de propriété, puisque le propriétaire est mort. Mais, de l'autre, la mutation n'a pas lieu, puisque la succession vacante, c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations du défunt, ne connaît aucun maître nouveau avant que le fisc ne la récupère. L'enjeu fiscal de ces contentieux n'est point du tout négligeable. Or un bon demi-siècle plus tard, la même Cour de cassation a, en apparence, modifié la solution précédente dans un cas semblable. Cette modification, qui semble légère, a pourtant dissout le vieux rapport sémantique entre l'hérédité jacente et le mot « personne ».

Nous allons, tout d'abord, montrer comment la justice s'est confrontée dans la première décennie du XIX^e siècle à la question de l'exigibilité des droits d'enregistrement, et le parcours zig-zag de la jurisprudence en la matière. D'apparence technique, cette question s'inscrit, en effet, dans un contexte compliqué et intéressant (Sous-titre I). Dans un deuxième temps, nous nous attaquerons au revirement de la jurisprudence en cette matière, un événement qui fait entendre l'adieu de l'ancien usage de « personne » en droit français.

Pour les paragraphes qui suivent, nous présenterons dans un premier temps sept arrêts de la Cour de cassation rendus entre 1803 et 1806 qui concernent tous la question des droits de mutation prévus par la loi du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) sur l'enregistrement, laquelle est depuis plus de deux cents ans en vigueur, sans avoir subi trop de modifications

(Chapitre I). Nous verrons que la solution prétorienne rendue dans le Palais n'est pas unanimement acceptée par l'Ecole (Chapitre II). Dans un second temps, nous nous tournerons vers la notion d'hérédité jacente elle-même et vers les grandes études qui y ont été consacrées au milieu du XIX^e siècle. Ces études, qui ont, d'emblée, pour objet des analyses doctrinales, composent le long prélude du grand débat sur la personnalité juridique et, curieusement, se marginalisent, au fur et à mesure, du débat (Sous-titre II).

Sous-titre I Casus

Chapitre I La Jurisprudence de la Cour de cassation

Pour comprendre les arrêts sur la succession vacante, nous tâcherons tout d'abord d'esquisser ce qu'est la succession vacante, quelle est sa place dans le Code civil et comment elle est perçue par le milieu des juristes sous l'empire du Code civil (Section I). Nous étudierons, ensuite, sept arrêts de la Cour de cassation, qui, grâce à MERLIN de Douai, nous ont été transmis. Parmi ces décisions, une première a été rendue à la fin de l'Ancien Régime, une deuxième pendant la codification et trois autres après la confection du Code (Section II). De nature fiscale, ces arrêts intéressaient, cependant, aussi les civilistes en ce que le droit prétorien faisait surgir un « être moral » auquel incombait le droit d'enregistrement. Sur ce point, la doctrine était loin d'être unanime.

Section I L'arrière-plan

Paragraphe I Les dispositions du Code civil et leurs motifs

La succession vacante est une qualification de droit positif qui fait partie du vocabulaire du Code Napoléon. Selon l'art. 811 de la première édition du Code, « Lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante »²⁹⁷. A part des cas d'inexistence ou d'absence d'héritier, où, physiquement, aucun héritier n'est trouvable, l'on se demanderait pourquoi telle situation pourrait avoir lieu, étant donné que l'art. 724 de la même édition

²⁹⁷ A partir du 1^{er} janvier 2007, c'est le nouvel art. 809 du Code qui définit cette notion : « La succession est vacante :

1° Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu ;

2° Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ;

3° Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse » (inséré par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. *Journal officiel* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513).

prévoit que « les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt... »²⁹⁸. Par l'expression « saisis de plein droit », le texte du Code semblerait imposer la succession aux héritiers légitimes malgré eux. L'on attendrait ainsi qu'une succession soit normalement « occupée » par un héritier légitime quelconque, que ce soit un descendant, ascendant, frère, sœur, conjoint survivant, etc. Cependant, l'art. 775 du Code de 1804 disposait : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue »²⁹⁹. En d'autres termes, quoique l'héritier légitime soit saisi de plein droit, rien n'empêche qu'il refuse d'assumer les biens, les droits et les actions qui, par la force de la loi, tombent sur lui, aussitôt que le *de cuius* exhale son dernier soupir. Être héritier légitime, ce n'est donc pas être contraint de recevoir tout ce qui est délaissé par le mort. Au contraire, l'héritier légitime a le droit de renoncer à la succession qui lui est échue. Il sera, en particulier, tenté de l'exercer lorsqu'il est conscient du risque financier qu'entraînerait l'acceptation de cette succession, puisque tout le monde ne meurt pas riche. Plus nombreux sont ceux qui s'en vont endettés. Dans ce cas-là, la rationalité économique suggère qu'il est aussi improbable d'avoir un successeur audacieux qui ose assumer les charges que de trouver un héritier bien informé qui renonce à une intéressante fortune délaissée. *A fortiori*, lorsque la rentabilité d'une succession est mise en doute, l'on n'attend pas que son héritier prenne soin d'en payer les impôts et les taxes. La réticence des héritiers est donc une raison majeure pour laquelle le curateur à une succession qui est vacante à cause d'insolvabilité du défunt ne peut échapper aux demandes de paiement de la part des autorités fiscales.

L'on penserait, probablement, à retourner aux travaux préparatoires afin d'y relever des données utiles en ce qui concerne la succession et ses rapports avec le mot « personne ».

²⁹⁸ La phrase est, dans l'édition actuelle, le premier alinéa du même article, qui, d'ailleurs, n'est pas touché par la réforme de droit de la succession de 2006.

²⁹⁹ Cette formule n'existe plus. Actuellement, c'est la première phrase de l'art. 768, al. 1, qui, dans le cadre du chapitre visant « l'option de l'héritier », exprime le caractère facultatif de l'acceptation d'une succession : « L'héritier peut accepter la succession purement et simplement ou y renoncer ... ».

Cette démarche ne nous conduit, malheureusement, nulle part sauf à une déception presque totale. Par rapport aux discours ayant égard au droit des personnes, les interlocuteurs, notamment BONAPARTE, les rédacteurs du code et certains conseillers d'Etat, semblaient beaucoup moins loquaces dans les séances où les projets de lois portant sur la succession étaient mis en examen. Ils n'entamaient que les questions sur de grands principes, par exemple celle de savoir si le futur Code va choisir comme modèle le régime successoral de droit coutumier ou celui de droit écrit. Souvent, ils adoptent des articles proposés sans trop de discussions. Les critiques ne manquaient pas, mais, dans la plupart du temps, c'était seulement la forme ou le style qui était mis en cause. La vivacité des échanges entre BONAPARTE et ses jurisconsultes que nous avons constatée à propos du droit des personnes n'y était plus. Ainsi, l'on a souvent l'impression que cette partie des travaux préparatoires s'est réduite à un entassement de projets de lois décoré par des comptes rendus courts et frugaux.

MALEVILLE, qui assistait à ces réunions-là, a expliqué dans son célèbre commentaire pourquoi les jurisconsultes passaient quelquefois en silence. « Il y a », dit-il, « quatre objets principaux, dans tout code de lois, qui ne peuvent pas être réglés par les seuls principes de la justice ordinaire, et dont les bases doivent nécessairement être coordonnées à la forme du gouvernement de la nation pour laquelle le code se fait : ces objets sont la puissance paternelle, le contrat de mariage, les successions et les testaments »³⁰⁰. « Pour le règlement de toutes les autres transactions de la vie humaine », continue Maleville, « il n'y a qu'à suivre la droite et simple équité ; mais pour celles dont nous venons de parler, il faut

³⁰⁰ Jacques de MALEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 1^{er} éd. 4 tomes, t. 2. Paris : Garnery, an XIII-1805, p. 169. L'orthographe est de MALEVILLE. D'ailleurs, ce n'est pas inintéressant de noter que cette remarque est éditée pour la première fois à l'entrée de l'Empire. Elle survit d'ailleurs au régime napoléonien et réapparaît au milieu de la Restauration, notamment dans la troisième édition de l'ouvrage : Jacques de MALEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 3^e éd. 4 tomes, t. 2. Paris : Nève, 1822, p. 152.

tel-00738952, version 1 - 5 Oct 2012

s'élever au-dessus de la routine ordinaire, et fixer ses regards sur la forme et la situation de l'Etat auquel on veut donner des lois »³⁰¹. Selon MALEVILLE, le témoin oculaire, cette caractéristique délicate commune aux quatre objets fait appel à la prudence et donc à des réticences délibérées : « Le Conseil d'Etat est composé de gens trop éclairés pour que ces réflexions ne se soient pas présentées à l'esprit de ses membres, lors de la discussion des titres dont nous parlons ; et si le procès-verbal en présente à peine quelque indice, c'est parce que nous étions alors dans un état amphibie, qui laissait beaucoup d'incertitudes sur l'espèce de gouvernement qui serait définitivement adopté. Chacun opinait donc, sans dire trop ouvertement ses motifs ultérieurs, d'après la forme qu'il jugeait la meilleure. Il est probable que si le Code avait été fait plus tard, les lois auraient pris, sur ces grandes questions, une marche plus assurée »³⁰². Cette « marche assurée » consiste, en effet, en une sorte de neutralité de la part des rédacteurs du Code vis-à-vis des deux systèmes de règles de la succession, qui, l'on le sait bien, partageaient la France. Les efforts des rédacteurs sont, par conséquent, plutôt dirigés vers la conservation des usages existants, exception faite pour ceux abolis par des lois révolutionnaires, que vers l'intégration des deux grands corpus de lois, qui aurait pu faire surgir davantage de critiques et de réflexions. J.-L. HALPERIN a donc tout à fait raison d'estimer que « c'est sans doute dans le domaine du droit successoral que les codificateurs ont fait preuve du grand éclectisme dans le choix des solutions »³⁰³.

Cet éclectisme s'applique également à la grande question de saisine des héritiers. Les rédacteurs du Code se sont demandés qui devait être saisi par la succession au moment de son ouverture. Deux choix leur étaient disponibles : soit on privilégiait le droit écrit et fait en sorte que l'héritier institué soit héritier de plein droit ; soit on privilégiait le droit coutumier et

³⁰¹ MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 2). p. 170. MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (3^e éd., t. 2). p. 152.

³⁰² MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 2). p. 170. MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (3^e éd., t. 2). p. 152-153.

³⁰³ HALPERIN. *Histoire du droit*. p. 30.

accordait la saisine à l'héritier naturel. Or il ne s'agissait, en l'occurrence, pas de préférer l'un ou l'autre, et l'on ne saurait pas non plus accorder la succession aux deux catégories d'héritiers en même temps. Ce choix délicat a donc fait surgir une controverse parmi les peu nombreuses discussions concernant la succession. L'objet de la controverse était l'art. 8 du projet, qui, plus tard, devenait l'art. 724 que nous venons de voir³⁰⁴. Cet article donnait l'impression que seuls les héritiers naturels, et non pas les héritiers institués, sont saisis de l'hérédité de plein droit. Cela a suscité de vives interventions, quoique courtes, dans la séance de discussion du 25 frimaire an XI (16 décembre 1802) en Conseil d'Etat³⁰⁵. L'on trouve au sein de la commission quatuorvirale même un porte-parole du camp du droit coutumier, à savoir TRONCHET, et un défenseur du camp du droit écrit, notamment F.-J.-J. BIGOT-PREAMENEU (1747-1825). L'un a fait l'éloge du texte proposé par le projet qui élevait le principe coutumier de saisine au niveau national. L'autre, en revanche, a critiqué ce texte parce que celui-ci, aux dépens des héritiers institués, réservait aux héritiers naturels la prérogative d'être investis de l'hérédité avant tous les autres. J.-B. TREILHARD était de l'avis de TRONCHET. Le conseiller d'Etat a avancé l'argument selon lequel l'héritier naturel était toujours certain. Face à ses collègues pro-coutumistes, CAMBACERES a tiré les conséquences les plus graves du texte faisant l'objet du débat. En effet, le consul insistait sur le fait qu'il importait à l'héritier institué « de ne pas éprouver de retard dans sa jouissance, et de ne pas être forcé de s'engager dans une contestation pour l'obtenir ». « Ce serait d'ailleurs », disait-il, « dénaturer les idées sur l'institution d'héritier ». Il faisait remarquer que l'opposition entre les principes de droit écrit et ceux des pays coutumiers est telle que le texte en question ne pouvait s'écarter des uns sans retomber dans les autres. Pour cette raison, il

³⁰⁴ Le texte du projet est adopté sans modification : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ; mais les enfants naturels, l'époux survivant et la République doivent se faire envoyer en possession par justice, dans les formes qui seront déterminées ».

³⁰⁵ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 12. Paris, 1827, p. 5-10.

estimait que « ce texte préjuge le fond de la chose »³⁰⁶. L'observation de CAMBACERES confrontait les participants de la discussion au terrible dilemme d'opter l'une des deux alternatives, qui étaient non seulement complémentaires l'une à l'autre, mais si clairement délimitées qu'il n'y avait pas de lieu pour la moindre ambiguïté qui puisse abriter le principe de saisine du futur code civil. Néanmoins, c'était plutôt la prudence que l'audace qui l'a, enfin, emporté. En effet, comme le scénario que nous avons vu à propos du premier livre du Code, la discussion a fini par respecter la volonté de BONAPARTE. Cette fois-ci, il a joué la carte de la relativisation. Présent, comme d'habitude, à la séance, le Premier consul exercé son influence en circonscrivant la portée du principe de la saisine de plein droit au seul cas de la succession *ab intestat*. Ainsi, le comité a décidé que le futur article 724 était adopté et renvoyé à la section de législation du Conseil d'Etat pour en rendre les dispositions conformes à l'attente de BONAPARTE.

MALEVILLE, dont on ne nous a rapporté aucun discours sur la question, confirmait, après coup, que les principes de droit coutumier ont été favorisés par la section de législation, et que celle-ci « entendait assujettir dorénavant dans toute la France les héritiers institués à demander cette délivrance à l'héritier naturel »³⁰⁷. Ce qui attire le plus notre attention, c'est que les partisans du droit coutumier justifient leur préférence par cette formule : ***il faut que la succession repose sur une tête quelconque***, même si l'héritier légitime n'est pas encore présent. TREILHARD l'a évoquée lors de la discussion³⁰⁸. Or il ne paraît pas que la paternité de la formule doive être reconnue à ce conseiller d'Etat. Car MALEVILLE semble l'attribuer à l'ensemble de la section de législation. D'ailleurs, ce commentateur de ses propres œuvres précisait qu'il s'agissait de faire reposer la succession sur « la tête de l'héritier désigné par la

³⁰⁶ *Ibid.* p. 10.

³⁰⁷ MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 2). p. 190. Même : MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (3^e éd., t. 2). p. 170. L'orthographe est de MALEVILLE.

³⁰⁸ *Recueil complet* (t. 12) / s. dir. FENET, p. 10.

loi »³⁰⁹. Nous relevons, en outre, la reformulation par DELVINCOURT selon lequel « l'orateur du Conseil d'Etat » a dit que « la place du défunt ne peut rester vacante, ni le sort de ses propriétés incertain »³¹⁰. En ce qui concerne la saisine, l'avantage de la formule « faire reposer sur une tête » consiste en une identification immédiate d'héritier selon l'ordre préétabli par la loi. L'on prétend, à l'instar de MALEVILLE et DELVINCOURT, qu'il s'agit de l'application du vieux principe coutumier « le mort saisit le vif ». Cependant, MALEVILLE nous a signalé que la règle n'était pas moins observée en pays de droit écrit qu'en pays de coutumes. « Toute la différence qu'il y avait à cet égard », dit le jurisconsulte, « entre l'usage des pays de droit écrit, et celui des pays coutumiers, c'est que dans les premiers, la règle, le mort saisit le vif, s'appliquait aussi aux héritiers testamentaires ». Il ne manque donc pas, d'après MALEVILLE, de références pour l'héritier saisi de plein droit dans chacun des deux systèmes. D'où l'on peut dégager que la prééminence de l'héritier institué ne constitue pas une raison pour discriminer la tradition de droit écrit en ce qui concerne la saisine. De ce point de vue, nous croyons qu'il faut, compte tenu de l'orientation générale des projets de lois, donner raison à BONAPARTE lorsqu'il confine le champ d'application du futur article 724 à la succession *ab intestat* et laisse exister, ainsi, la possibilité d'accorder la saisine à l'héritier institué en cas de succession testamentaire³¹¹.

Vu la longueur de ce développement, il nous semble convenable de résumer cette histoire de la saisine et d'expliquer en quoi elle est relative à la succession vacante. En fait, à

³⁰⁹ MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (1^e éd., t. 2). p. 190. Même: MALEVILLE. *Analyse raisonnée* (3^e éd., t. 2). p. 170.

³¹⁰ DELVINCOURT. *Institutes* (1^e éd., t. 1). p. 23. Même: Claude-Etienne DELVINCOURT. *Cours de Code Napoléon*. 2 tomes, t. 1. Paris: Gueffier, 1813, p. 185, 590.

³¹¹ La demande de BONAPARTE ne semble pas avoir abouti. Un héritier testamentaire n'est, selon l'art. 1006 du Code civil, saisi de plein droit et donc libéré de l'obligation de demander la délivrance que dans le cas de legs universel et qu'à défaut d'héritiers auxquels une quotité des biens du défunt est réservée par la loi. S'il existe un bénéficiaire de la quotité légale, l'art. 1004 lui accorde toujours la saisine et exige le légataire universel de lui demander la délivrance des biens compris dans le testament. Lorsqu'il s'agit d'un legs à titre universel, ou bien d'un legs particulier, l'art. 1011 d'un côté, et l'art. 1014, al. 2 de l'autre, impose respectivement au légataire concerné la charge de demander la délivrance. Les trois textes cités ci-dessous demeurent intacts depuis la confection du Code.

moins que le droit n'impose par principe une succession, pour reprendre l'expression, « à une tête quelconque », cette succession risque de n'appartenir à personne et donc de subir toute atteinte possible, y compris celle d'un revendicateur du droit du premier occupant. Il ne s'agit pas d'accorder tout simplement le droit de la propriété à un héritier, naturel ou institué selon le cas. Qu'un seul héritier accepte purement et simplement ce que le défunt lui a délaissé, ce n'est que le degré zéro d'un grand éventail de cas de figures en matière de droit de la succession. Il en reste de très nombreux cas qui sont beaucoup plus complexes que l'acceptation pure et simple de l'héritier unique. Au contraire, l'expression « faire reposer la succession sur une tête » indique que l'ensemble des biens, droits et obligations doit avoir un nouveau maître aussitôt que l'ancien disparaît, et que la tête de ce nouveau maître doit, pour ainsi dire, recevoir « par-dessous » l'universalité successorale. Autrement dit, après l'ouverture d'une succession, il est inadmissible que celle-ci soit désormais laissée à elle-même comme si elle était sans maître et susceptible de toute occupation. Elle ne l'est, justement, pas. L'on peut même, d'une façon métaphorique, dire que la question de saisine des héritiers consiste à faire « remplir » une succession avant qu'elle ne soit vacante. Nous tenons à faire remarquer la double problématique de saisine et de vacance de succession, qui représente, au bout du compte, les deux faces d'une même médaille ; parce que c'est dans la même problématique que s'inscrit la notion romaine d'hérédité jacente, qui entrera plus tard dans cette enquête sur le mot « personne ». Nous verrons que l'hérédité jacente s'insère, du point de vue de l'ordre chronologique, entre l'ouverture d'une succession et la vacance de celle-ci, et que cette notion et les techniques juridiques qu'elle implique servent précisément à régler les questions soulevées pendant la période où une succession ne s'appuie sur aucune tête.

Une autre chose à noter, c'est que le terme « succession vacante » ne désigne, si nous

osons dire, que la pénultième étape dans le processus de recherche d'héritier. Après cette étape, une succession est soumise soit à la liquidation définitive, soit à la disposition du fisc quand bon lui semble. Même si, après que la succession est vacante, l'un des héritiers change d'avis et l'accepte ultérieurement, l'on ne revient pas en arrière en restituant l'intégralité de la succession³¹². Cet héritier temporisateur n'aura pas d'autre choix que de se contenter de ce qui en reste. De plus, la « vacance » ne signifie pas toute la période pendant laquelle une succession n'est pas acceptée. Autrement dit, une succession n'est pas vacante lorsque ses héritiers sont seulement en train de délibérer, ou bien lorsqu'ils sont, simplement, silencieux. Il n'existe, cependant, pas de terme spécifique qui désigne la succession en attente d'acceptation, bien que ce processus puisse durer longtemps. Certes, une attente infinie ne plaît ni aux intéressés éventuels ni aux tribunaux. L'on tend, par conséquent, à déclarer une succession vacante après que le temps utile s'est écoulé. C'est, par ailleurs, ce qui distingue les successions vacantes et celles en déshérence : les dernières désignant les hérédités définitivement abandonnées, et, selon l'ancien art. 33, al. 1 que nous avons vu plus haut, les biens laissés par un mort civilement, dont la succession a été ouverte lors de sa condamnation et n'aura pas lieu à nouveau. Il a fallu attendre jusqu'à la fin de l'année 1940, donc au début du régime de Vichy, pour que la catégorie de « succession non réclamée » soit créée³¹³. Elle n'a pourtant jamais réussi à s'installer au sein du vocabulaire juridique courant. Pis encore,

³¹² L'art. 790 de la première édition du Code civil : « Tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres héritiers ; sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante ».

³¹³ La loi du 20 novembre 1940 confiant à l'administration de l'enregistrement la gestion des successions non réclamées et la curatelle des successions vacantes. *Journal officiel* du 3 décembre 1940, p. 5942. Cette loi comporte quatre articles dont le contenu est partiellement législatif et partiellement réglementaire. Nous reproduisons ci-dessous l'art. 1^{er}, qui concerne l'étude actuelle. L'alinéa 1 de cet article ordonne que « La gestion des successions non réclamées et la curatelle des successions vacantes sont exclusivement confiées à l'administration de l'enregistrement, des domaines et du timbre, qui exerce, par l'intermédiaire de ses préposés, les fonctions d'administrateur provisoire et de curateur dans les conditions prévues par la législation en vigueur ». L'al. 2 : « Les produits provenant à titre quelconque desdites successions ne peuvent, en aucun cas, être consignés autrement que par l'intermédiaire de cette administration ». Elle a survécu au régime de Vichy grâce à la validation de l'ordonnance du 27 novembre 1944.

l'on a, lors de la réforme des successions et des libéralités de 2006, jugé « inutile » et « source de complications » de distinguer la succession vacante de la succession non réclamée, et celle-ci a été officiellement supprimée dès le 1^{er} janvier 2007³¹⁴. Dans le travail présent, nous n'avons pas à commenter sur la nouvelle loi ni de faire le bilan de la loi abrogée. Il suffit, à notre avis, de retenir qu'une succession n'est pas vacante depuis l'instant de son ouverture jusqu'à la fin de sa liquidation. La vacance n'y intervient que très tard.

Nous n'avons pas d'autres renseignements sur la succession vacante envisagée par les juristes éminents de la première génération du Code Napoléon. Le choix sur le principe de la saisine étant fait, la doctrine ne se heurte pas à cette décision législative et se borne à commenter les dispositions positives. Si d'autres thèmes, tels que le statut de l'enfant naturel ou du conjoint survivant, suscitent toujours certains débats, la succession vacante ne fait l'objet d'aucune polémique. Celle-ci, alors peu polémique, ne reçoit de la part des professeurs de droit que de brefs développements sur la curatelle que la justice peut lui désigner. Aucun commentateur n'a pris soin de s'attaquer à la notion par le biais de la capacité, sans parler d'un rapport quelconque entre la succession vacante et le mot « personne ». C'est dans ces circonstances que les arrêts que nous allons présenter ont été rendus.

Paragraphe II La loi du 22 frimaire an VII et son application

Le problème portant sur la succession vacante a eu lieu à cause d'une charge fiscale tout à fait banale. Il s'agissait, notamment, des droits de mutation exigés dans le cadre de la loi du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) sur l'enregistrement. Même si, de nos jours, l'assiette et les modalités de recouvrement de ces droits sont soumises à diverses dispositions

³¹⁴ L'art 25, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. *Journal officiel* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513.

réunies dans le Code général des impôts³¹⁵, cette loi directoriale demeure effectivement en vigueur. Ce qui nous concerne, c'est qu'elle énumère plusieurs cas de mutation de propriété qui donnent lieu à l'obligation d'enregistrement, accompagnée d'une taxe que l'on appelle droit de mutation. Parmi les cas prévus par la loi, la mort en est, sans doute, une cause majeure, puisque c'est elle qui entraîne les successions, les legs et les donations à cause de mort, qui modifient tous la propriété et ouvrent donc un droit d'enregistrement. Or l'on se demande si la propriété est modifiée en cas de succession vacante. Le cadre procédural complique encore la situation : une succession vacante est, pour sa gestion et sa liquidation, représentée par un curateur, auquel le fisc inflige des contraintes sous forme d'amendes et contre lequel il intente des actions en justice. Une succession vacante, son curateur nommé par la justice et l'administration fiscale, voici le schéma triangulaire avec lequel nous allons examiner des questions de la jurisprudence.

Sous-paragraphe I La loi du 22 frimaire an VII : succès financier et législatif

Avant d'analyser la jurisprudence, il est indispensable de connaître le texte de la loi à laquelle la Cour se réfère. L'on nous dit que cette loi de 1798 s'inscrit dans la ligne droite de la législation en matière d'enregistrement, d'insinuation et de timbres qui remonte jusqu'à l'édit de mars 1693, par lequel LOUIS XIV imposa l'obligation de contrôle aux actes judiciaires afin de diminuer le nombre des procès par le moyen de datation et d'authentification. En bref, le gouvernement révolutionnaire a repris le même principe par le décret des 5-19 décembre 1790, lequel, à cause de son inefficacité, a été remplacé par la loi de 1798. L'on a très vite constaté que le but proclamé n'était qu'un prétexte. L'authenticité des actes judiciaires ne faisant qu'augmenter le nombre de litiges, la législation complexe en la

³¹⁵ En ce qui concerne les droits d'enregistrement perçus au profit de l'Etat : les art. 635-885, les art. 292-301 F. de l'annexe II, art. 245-299 de l'annexe III et art. 60-60 A de l'annexe IV. Quant à ceux perçus au profit des collectivités territoriales : les art. 1584-1585 H, 1594 A-1594 J bis.

matière étant mal systématisée et trompeuse, le véritable souci du gouvernement était toujours le besoin de revenus, surtout en temps de guerre. D'autant plus que la France demeurait en état de mobilisation depuis la chute de Bastille. Il suffit de se référer à M. MARION pour avoir une idée sur la grave crise financière de l'époque³¹⁶. Les gouvernements successifs n'hésitaient donc point à faire appel aux contribuables. C'est dans ce scénario habituel que l'on a préparé la loi du 22 frimaire an VII. Elle a, en effet, été présentée au Conseil des Anciens à la suite de la déclaration d'urgence du 27 brumaire de la même année³¹⁷.

Mesure à caractère d'urgence, donc exceptionnelle, elle répondait cependant si bien à l'attente de tous les gouvernements du Directoire à la Troisième République que l'exception est devenue et demeure désormais la règle. Quelques chiffres nous aident à comprendre l'importance des droits d'enregistrement. En l'an VII, quand la loi en question fut en vigueur pendant un peu plus de neuf mois, la Régie de l'enregistrement a levé 212.750.000 francs, soit environ 40 % du montant global des revenus du Trésor, c'est-à-dire à peu près 530.227.908 francs. Le seul résultat net du produit des droits d'enregistrement, 61.868.679 francs, soit 29 % de la somme recouvrée par la Régie, représentait plus ou moins 11 % des recettes annuelles du fisc³¹⁸. Ce succès financier explique abondamment pourquoi aucun des régimes postérieurs, que ce soit consulaire, impérial, restaurateur ou républicain, n'a aboli la loi en question. Mieux encore, les gouvernements successifs y ajoutaient les amendements qui n'avaient pour but que d'élargir les champs d'application, d'en préciser les détails ou d'augmenter les tarifs. Vers la fin du règne de CHARLES X, un avocat parisien s'est plaint du maintien de cette loi

³¹⁶ A propos de notre loi, voir Marcel MARION. *Histoire financière de la France depuis 1715*. 6 tomes, t. 4. Paris : Rousseau, 1925, p. 118.

³¹⁷ *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat* 2^e éd. / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 11. Paris : Guyot et Scribe, 1835, p. 90. Nous renvoyons le lecteur une fois pour toutes à cette édition usuelle. L'on y trouve la loi de 1798 dans son intégralité, y compris les notes de jurisprudence indicative.

³¹⁸ Voir le bilan reproduit dans Jean-Paul MASSALOUX. *La régie de l'enregistrement et des domaines au XVIII^e et XIX^e siècles : étude historique*. Genève : Droz, 1989, p. 325-327.

d'origine exceptionnelle en citant Guy COQUILLE, qui avait, nous rapporte-t-il, constaté la règle selon laquelle « l'impôt une fois mis en France ne se retranche jamais » ; cette règle était, selon COQUILLE, témoignée par « les subventions de guerre que l'on paie après douze ans de paix »³¹⁹. L'on sait aussi que cet impôt de la France a même fait l'objet de l'envie de son puissant voisin : les Français auraient, selon R. SCHNERB, probablement le droit de s'enorgueillir en entendant dire le chancelier BISMARCK en février 1881, à la Chambre des communes du *Landtag* prusse : « Quand je pense que l'impôt des boissons en France rapporte 450 millions de francs, que le tabac rapporte presque autant, le timbre et l'enregistrement davantage, j'en éprouve une certaine humiliation et je me dis : est-ce que nous serions moins intelligents, est-ce que nous aurions moins le sens des affaires que les Français ? »³²⁰.

Si la loi de l'an VII n'était point populaire – quelle autre loi fiscale l'a-t-elle jamais été ? – elle a d'autres mérites que sa rentabilité. D'une part, cette loi a réussi à systématiser la réglementation jadis chaotique en abrogeant les innombrables dispositions juridiques de l'Ancien Régime. La systématisation a élevé sa valeur scientifique à un tel niveau que même les civilistes les plus renommés prenaient soin de l'étudier. De l'autre, cet aménagement législatif a simplifié les tâches de la Régie en la munissant de principes clairs, faciles et concrets. Cette vertu a été reconnue même par l'adversaire du maintien de la loi dite

³¹⁹ TARDIF. *Lois du timbre et de l'enregistrement, extraites du « Bulletin des lois »*. 2 tomes, t. 1. Paris : Guillaume, 1827, p. xiii-xiv. La phrase originelle de COQUILLE est : « ... Ces remontrances pour la décharge du tiers Etat ont été faite en Assemblée des Etats Généraux de France, mais l'on y a eu égard selon la règle générale et usage de France, que le subsidie une fois mis sus ne se retranche jamais, mais l'on vient toujours à nouvelles inventions de trouver deniers, dont la charge est sur le tiers Etat, par première apparence, qui a fait que les deux autres Etats ne s'en sont pas souciez ... ». Guy COQUILLE. *Les œuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay*. 2 tomes, t. 1. Bordeaux : Labottière, 1703, p. 341.

³²⁰ Robert SCHNERB. De la Constituante à Napoléon. Les vicissitudes de l'impôt indirect. *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 1947, 2, n° 1, p. 29. Pour le discours de BISMARCK : Otto von BISMARCK. *Rede des Minister-Präsidenten Fürsten Bismarck (im Hause der Abgeordneten, am 4. Februar 1881)*. Provinzial-Correspondenz [en ligne], Amtspresse Preußens. [réf. du 9 février 2010]. Disponible sur : <http://amtsprese.staatsbibliothek-berlin.de/ausgabe.php?file=9838247/1881/1881-02-09.xml&s=4&druck=1&sg=4>, p. 2. Celui-ci est consultable sur le site de la Bibliothèque nationale de Berlin : <http://amtsprese.staatsbibliothek-berlin.de/> [réf. du 10 novembre 2010]. L'article de SCHNERB a été réimprimé dans le recueil très utile suivant : *Deux siècles de fiscalité française XIX^e-XX^e siècle, histoire, économie, politique* / s. dir. Jean BOUVIER, Jacques WOLFF. Paris : Mouton, 1973.

exceptionnelle que nous venons de citer. Selon l'avocat TARDIF, dont le prénom nous est inconnu, l'importance des divers droits d'enregistrement était, même avant 1789, bien connue : « Ces droits devinrent », disait-il, « une des plus importantes branches du revenu public : les édits, les ordonnances, les déclarations, les lettres patentes se multiplièrent à l'infini. Il devint difficile au peuple imposé de reconnaître les droits auxquels il était assujéti ; et les receveurs eux-mêmes, incertains de ceux qu'ils devaient percevoir, profitant souvent de l'ignorance forcée des contribuables, rendaient l'impôt plus odieux encore, en exigeant un tribut supérieur à celui qui était réellement dû »³²¹. C'était l'Assemblée nationale qui, disait-il, réprima tous « les abus attachés à la perception de cet impôt » et « simplifia la législation par celui de l'enregistrement »³²². L'on nous rapporte également les éloges qu'a faits Raymond-Théodore TROPLONG (1795-1869), alors conseiller à la Cour de cassation, en 1839 : « La loi sur l'enregistrement est », écrivait le futur président de la Cour, « pour nous autres juristes, la plus noble, ou pour mieux dire, la seule noble de toutes les lois fiscales »³²³. Fort de ces hommages et du grand nombre de textes consacrés à la loi du 22 frimaire an VII, Jean-Paul MASSALOUX, historien et ancien haut fonctionnaire du Service de l'enregistrement, estime que, par cette loi, « furent fixés [...] les principes d'une législation appliquée pendant cent cinquante ans sans grands changements, l'an VII a été considéré comme l'époque de la naissance de l'administration de l'Enregistrement », et que « la législation gouvernant l'enregistrement franchit alors un seuil au-delà duquel elle prit l'aspect d'une œuvre heureusement achevée », ce qui, pour lui, explique pourquoi « la loi du 22 frimaire an VII fut d'ailleurs fréquemment présentée par les juristes qui l'étudièrent, comme un modèle de perfection. Nulle autre loi d'impôt n'a donné lieu, en France, à plus de savants

³²¹ Tardif. *Lois du timbre*. p. vi.

³²² *Ibid.* p. vii.

³²³ Raymond-Théodore TROPLONG. *Compte rendu du Traité de droits d'enregistrement*, par Championnière et Rigaud, 4 vol., Paris : Bureau de l'enregistrement, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 10, p. 147.

ouvrages, d'analyses profondes, de commentaires élogieux que ceux consacrés aux règles enfermées dans son texte »³²⁴.

La clarté pour la pratique administrative, et la noblesse pour la doctrine sont dues à la conception même de la loi³²⁵. Au lieu d'inventer de nouvelles notions, elle emprunte au droit civil de nombreuses catégories que connaissent et l'effectif de la Régie, et les magistrats et les contribuables un peu avisés. Ces catégories usuelles servent à décrire les faits imposables, répartis en deux branches selon la dichotomie introduite par l'art. 2 de la loi précitée : « Les droits d'enregistrement sont fixes ou proportionnels, suivant la nature des actes et mutations qui y sont assujettis ». Cette division est immédiatement précisée. L'art. 3, al. 1 prévoit que « le droit fixe s'applique aux actes, soit civils, soit judiciaires ou extrajudiciaires, qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni condamnation, collocation ou liquidation de sommes et valeurs, ni transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles ou immeubles », l'al. 2 nous renvoyant à l'art. 68 de la même loi pour les taux applicables. L'art. 4, que nous reverrons à maintes reprises, dispose, par son premier alinéa, que « le droit proportionnel est établi pour les obligations, libérations, condamnations, collocations ou liquidations de sommes et valeurs, et pour toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès », l'al. 2 renvoyant à l'art. 69 qui fixe les quotités des droits proportionnels, l'al. 3, quant à lui, précisant encore que le droit proportionnel « est assis sur les valeurs ». D'une manière approximative, nous pouvons ainsi résumer les grands principes de la susdite loi : droits fixes pour les actes constatifs, droits proportionnels pour les actes translatifs. Cette opposition est nettement

³²⁴ MASSALOUX. *La régie de l'enregistrement*. p. 317.

³²⁵ Une analyse doctrinale globale du droit de l'enregistrement des XVIII^e et XIX^e siècle nous est disponible grâce à Caroline SPINOSI. Une institution fiscale d'avenir : du centième denier au droit d'enregistrement. *Revue historique de droit français et étranger*, 1959, 4^e série, 37^e année, 1959, p. 541-599. Caroline SPINOSI. Une institution fiscale d'avenir : du centième denier au droit d'enregistrement (deuxième partie). *Revue historique de droit français et étranger*, 1960, 4^e série, 38^e année, p. 58-82.

exemplifiée par les notions telles que « obligation », « libération », « condamnation », « collocation », « liquidation », « transmission », etc., sans parler de « propriété », « usufruit », « meubles » et « immeubles ». Evidemment, les trois articles ci-dessus ont pour objet de construire une claire dichotomie englobant à titre exhaustif tous les actes juridiques, une tâche qui n'est possible qu'en faisant recours aux catégories de droit civil, pour ainsi dire, prêtes à porter. Il en serait autrement, ou, tout au moins, une simple négation n'aurait pas suffi si le législateur avait été obligé d'encourir le risque de créer de nouvelles catégories. N'oublions pas la critique de TARDIF, citée ci-dessus, selon laquelle la levée des droits d'enregistrement dans l'Ancien Régime était tout sauf systématisée. Toutes les catégories inspirées par l'ancienne pratique fiscale ne nous laisseraient donc pas trop à espérer.

Si l'on juge que la loi fiscale est une œuvre législative bien achevée grâce aux catégories de droit commun dont elle se sert, cet accrochage au droit civil la fait néanmoins dépendre du système conceptuel de la civilistique. L'exécution de la loi de l'an VII risque, en conséquence, d'être compromise, même indirectement, par les débats doctrinaux et, en particulier, par la jurisprudence civile. En d'autres termes, il est facile de comprendre que la loi de l'enregistrement aura du mal à revendiquer sa particularité par rapport à la généralité du droit civil, auquel cette loi-là se veut intimement attachée. Rappelons-nous des contextes historiques : l'on était environ un an avant le coup d'Etat du 19 brumaire (10 novembre 1799), le Code civil n'existait pas encore malgré quelques projets précédents, la tradition civiliste de l'Ancien Régime ininterrompue. Par ailleurs, l'on ne connaissait pas encore ce que les juristes plus récents appellent « l'autonomie du droit fiscal », qui permettrait d'interpréter, à la lumière des principes généraux propres à ce domaine-là, le texte en question. En d'autres termes, les questions relevant de la loi de 1798 ne pouvaient être examinées que dans la perspective de l'ancien droit civil, c'est-à-dire celle d'un mélange des autorités

romano-canoniques, coutumières et féodales. Néanmoins, il s'agissait d'une loi, qui, dotée de buts précis, était vitale pour le bon fonctionnement de l'Etat, ce qui est déjà attesté par les chiffres précédemment cités. La nécessité financière, d'un côté, la cohérence conceptuelle du droit civil, de l'autre, tels sont les deux intérêts parfois inconciliables entre lesquels la Cour de cassation devait trancher tant avant qu'après l'entrée en vigueur du Code Napoléon.

Sous-paragraphe II La valeur scientifique de ces affaires de droits de mutation ?

L'on pourrait nous interroger pourquoi prendre ce détour des droits d'enregistrement et dans quelle mesure une telle loi positive et, malgré sa continuité, circonstancielle serait utile pour une histoire juridique du mot « personne ». L'on objecterait que, même si la Cour de cassation a, en matière d'enregistrement, invoqué quelque chose concernant notre mot-clé, il ne faudrait pas en dégager des conclusions à portée générale. D'autant moins que le caractère administratif de ces contentieux, dans lesquels le fisc est partie, laisse toujours soupçonner que la Haute juridiction n'accorde jamais aucune prérogative à la Régie³²⁶.

Un seul constat suffit, à notre avis, pour répondre à ces questions éventuelles. Les controverses portant sur les successions vacantes ne sont guère propres à la loi d'enregistrement révolutionnaire. Elles existaient depuis longtemps, et aucune solution n'en arrivait à s'imposer. Déjà, dans l'Ancien Régime, l'exigibilité des successions vacantes constituait un grand sujet de débat quand l'administration, représentée alors par l'Adjudicataire général des fermes, contraignait les curateurs aux telles successions à payer les droits du centième denier pour le compte de celles-ci. Ce « droit du centième denier » était, d'après MERLIN de Douai, ce que « le droit d'enregistrement remplace aujourd'hui, et qui ne

³²⁶ Notez d'ailleurs que le droit contemporain divise en deux la compétence en matière de contentieux fiscaux, notamment par l'art. L199 du Livre des procédures fiscales. Tandis que la résolution des désaccords en matière d'impôts directs et d'autres taxes assimilées est confiée à la juridiction administrative, les droits d'enregistrement et les autres droits semblables demeurent le principal type des litiges sur lesquels la juridiction civile est compétente pour statuer.

différerait de celui-ci, pour les mutations par décès, qu'en ce qu'il n'était point dû en succession directe, mais seulement en succession collatérale »³²⁷. Nous relevons, dans ce débat ancien, le même cadre triangulaire que nous avons évoqué plus haut : le fisc, une succession vacante et son curateur. La question centrale est exactement la même que la nôtre : y a-t-il une mutation ou non en cas de succession vacante ? Cette question a divisé tant la doctrine que la jurisprudence³²⁸. Si, traditionnellement, l'édit de 1693 est considéré comme l'origine des droits d'enregistrement modernes, nous devons rappeler que cela ne vaut qu'en ce qui concerne les droits fixes. En fait, DUMOULIN, jurisconsulte, nous a rapporté deux arrêts rendus bien avant cet édit : l'un en 1554, l'autre, plus précisément, le 24 juillet 1600. Les auteurs anciens citaient un troisième et le dernier arrêt qui fut, quant à lui, prononcé le 5 juin 1736. Les deux premiers décident en faveur du curateur à succession vacante ; le plus récent tranchait inversement. L'étonnante longévité de la problématique montre clairement que l'importance de celle-ci dépasse largement la soi-disant portée technique de la loi du 22 frimaire an VII. Chaque fois que l'on impose une taxe indirecte sur les successions ou les transmissions de biens, des controverses semblables s'élèvent. Qui plus est, nous verrons, dans les paragraphes sur l'hérédité jacente romaine, que la problématique est profondément inscrite dans la longue durée. Qu'il s'agisse de l'hérédité jacente ou bien de la succession vacante, c'est toujours le statut de cette hérédité qui est mis en question. Cette question touche immédiatement la distinction fondamentale entre les personnes et les choses, en se promenant sur les frontières de la *summa divisio* du droit civil. D'une part, tout le monde affirme que la succession n'est que l'ensemble de biens, de droits et d'obligations laissés par le défunt, et qu'elle est donc d'ordre des choses. Il faut, reprenons la formule des rédacteurs du Code,

³²⁷ Philippe-Antoine MERLIN. *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*. 2^e éd. 7 tomes, t. 5. Paris : Garnery, 1810, p. 134.

³²⁸ L'on en trouve une liste de protagonistes de ce long débat en : Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE, E. RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique...* 3 tomes, t. 3. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1838, p. 624, n° 2568.

qu'elle repose sur « la tête de celui que la loi désigne », et nul ne la confond avec la tête qui la supporte. De l'autre, faute de telle tête, l'on ressent inévitablement le fort besoin de déplacer la succession vacante du côté des personnes en lui imputant certains droits et certaines obligations à travers le curateur qui la représente. L'imputabilité est établie de manière explicite ou implicite. Soit l'on évoque que la succession vacante est un « être moral », soit, faute de cet attribut-ci, l'on refuse, en l'occurrence, de qualifier les droits d'enregistrement de charges grevées sur les biens. Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que le dossier des successions vacantes soumises aux droits d'enregistrement est de portée générale. Ce dossier sert à mieux éclaircir le fait que la question juridique sur et autour du mot « personne » relève d'une tradition, à la fois, longue et ignorée par les civilistes contemporains, alors que ceux-ci disposent de moyens suffisants pour la connaître.

Cela dit, il faut, d'emblée, comprendre comment, sur le plan technique, la question se pose. La loi du 22 frimaire an VII comporte deux sortes de droits d'enregistrement, l'une de droits fixes et l'autre de droits proportionnels. Ceux-ci s'appellent également, en raison de son objectif, droits de mutations. A ces droits de mutation s'ajoutent nécessairement certaines sanctions, qui ont pour but de faire respecter l'obligation de procéder à l'enregistrement. En l'occurrence, l'art. 39 de la loi de l'an VII précitée punit par un demi-droit en sus celui qui n'a pas payé le droit de mutation dû dans le délai précisé par l'art. 24 de la même loi. Autrement dit, le mauvais payeur sera dans ce cas-là condamné à payer 150 % du tarif normal. Bien entendu, il faut que la sanction s'applique à quelqu'un. Il faut qu'il y ait un nouvel ayant droit de la propriété concernée, que la loi de 1798 puisse saisir. Si, dans les autres cas, l'on discerne plus facilement un nouveau propriétaire, un légataire, un donataire ou bien un bénéficiaire, ce n'est, de toute évidence, pour une hérédité vacante. Car personne n'est venu recueillir une succession qui est, éventuellement, « dans le rouge ». Il est vrai que l'art. 812 de la première

édition du Code prévoit, pour ce cas-là, la possibilité de faire nommer un curateur à la succession vacante, comme ce que nous venons de voir, soit « sur la demande des personnes intéressées », soit « sur la réquisition du commissaire du Gouvernement »³²⁹. La fonction de ce curateur consiste, selon l'art. 813 de la même édition, en l'établissement d'un inventaire de la succession à laquelle il est nommé, l'exercice et la poursuite des droits, en réponse aux demandes formées contre ladite succession et, généralement, l'administration de celle-ci. Le même article l'oblige également à faire verser dans la caisse du receveur de la Regie nationale non seulement les espèces existantes, mais aussi les sommes d'argent obtenues contre la vente des biens successoraux³³⁰. Aucune de ces charges n'est étonnante. La curatelle à succession vacante ne semble, à première vue, pas trop différente des autres cas de curatelle, tels que celle des biens d'un absent ou celle des incapables majeurs. Néanmoins, nous devons signaler une particularité de ce type de curatelle, à savoir, non pas la simple absence, mais l'inexistence certaine d'un ayant droit, ou bien, pour ainsi dire, l'inexistence de la tête sur laquelle repose l'hérédité. En d'autres termes, l'on doit constater une difficulté évidente lorsque le curateur à succession vacante est impliqué dans les deux questions suivantes posées par l'application de la loi du 12 décembre 1798. La première, c'est de savoir si telle succession est considérée comme mutation et donc soumise au régime des droits de mutation ; la seconde, c'est de savoir qui est, dans l'affirmative, obligé de payer le montant dû sous peine d'un demi-droit en sus.

³²⁹ Actuellement l'art. 809-1 dans la version en vigueur depuis le 1 janvier 2007, qui comporte deux alinéas : « Le juge, saisi sur requête de tout créancier, de toute personne qui assurait, pour le compte de la personne décédée, l'administration de tout ou partie de son patrimoine, de toute autre personne intéressée ou du ministère public, confie la curatelle de la succession vacante, dont le régime est défini à la présente section, à l'autorité administrative chargée du domaine. »

« L'ordonnance de curatelle fait l'objet d'une publicité. »

³³⁰ Cet article a été remplacé par quinze articles insérés par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. *Journal officiel* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513. Notamment les art. 809-2, 809-3, et ceux qui vont de l'art. 810 à l'art. 810-12.

Section II Les arrêts et une première analyse

Paragraphe I Les arrêts en ordre chronologique

C'est MERLIN de Douai qui nous les a rapportés dans deux de ses œuvres encyclopédiques. En fait, MERLIN y a évoqué sept arrêts dont celui du 18 nivôse an XII (9 janvier 1804), qui ne porte pas d'autre mention que cette date. Celui-ci nous est, à son tour, parvenu par le Journal des audiences de la Cour. D'après des données limitées, les espèces, c'est-à-dire les décès des *de cujus*, semblent avoir eu lieu entre mars 1798 et 1803. Les jugements de première instance, mieux datés, sont rendus entre 1801 et 1803. Ayant reçu les pourvois respectifs de ces affaires, la Cour s'y est, à plusieurs reprises, prononcée en exerçant son pouvoir de cassation entre 1803 et 1806. Ces arrêts, reproduits dans l'un de nos appendices avec comptes rendus des faits concernés, sont rangés par ordre chronologique dans la table suivante :

Table 1 : Arrêts sur la succession vacante³³¹ :

N°.	Arrêt rendu le	Jugement prononcé le	Par le Tribunal de
1	19 thermidor an XI * (7 août 1803)	14 pluviôse an XI ** (3 février 1803)	Dunkerque
2	18 nivôse an XII * (9 janvier 1804)	19 ventôse an X ** (10 mars 1802)	Montpellier
3	9 prairial an XII (29 mai 1804)	10 germinal an X ** (31 mars 1802)	Genève
4	3 nivôse an XIII (24 décembre 1804)	12 prairial an XI * (1 ^{er} juin 1803)	Charleroy
5	17 pluviôse an XIII (6 février 1805)	30 vendémiaire an XI ** (22 octobre 1802)	Bruges
6	4 floréal an XIII (24 avril 1805)	13 fructidor an XI * (31 août 1803)	Bruxelles
7	15 juillet 1806	25 messidor an IX ** (14 juillet 1801)	Tarbes

* : Avant la promulgation du Code

** : Avant la promulgation du titre *Des Successions*

Le titre *Des successions* est décrété le 29 germinal an XI (19 avril 1803) et promulgué le 9 floréal suivant (29 avril 1803) ; le Code est promulgué le 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

Sous-paragraphe I Vue globale des affaires

³³¹ Voir appendice II ci-dessous pour les références bibliographiques.

Ces cas se ressemblent à deux égards. D'un côté, il s'agit souvent d'une succession déficitaire, comme dans les arrêts n° 1, n° 3, n° 4, et n° 6, autant que nous puissions en juger. De l'autre, tous les jugements de première instance sont cassés. Tous les jugements sont d'avis qu'il n'y a pas de mutation du défunt à sa succession vacante, tous les arrêts soutenant le contraire. En outre, la vacance de succession ne résulte pas toujours du même rapport de fait. Tandis que les espèces des arrêts n° 3 et n° 4 portent sur deux successions auxquelles les héritiers présents ont renoncé, c'est la non réclamation, faute d'héritier connu et présent, qui conduit à la nomination de curateur dans les trois derniers. A part de l'arrêt n° 2, les autres affaires se déroulent d'une manière presque identique : une succession est vacante ; la justice y a nommé un curateur ; celui-ci, ne faisant pas la déclaration ni ne procédant au paiement des droits proportionnels, est frappé d'une amende, d'une contrainte ou d'un avertissement de la Regie des droits d'enregistrement ; opposition faite à un tribunal, la Regie est déboutée par le motif qu'il n'y a pas de mutation en cas de succession vacante ; enfin la Cour de cassation casse et annule le jugement. Quant au n° 2, qui est, d'ailleurs, un peu particulier par rapport au reste, il nous semble que, le curateur à la succession vacante de l'espèce ne jouant qu'un rôle secondaire, ce fut aux malheureux créanciers du défunt qui s'étaient emparés de l'hérédité vacante que la Regie demanda les droits de mutation dus. Nous l'avons intégré dans la liste parce qu'il fait également partie des arrêts fondés sur la reconnaissance de la mutation en cas de succession vacante.

Les motifs des jugements diffèrent les uns des autres. Au sujet de la transmission, parmi ceux sur lesquels nous possédons davantage de détails : soit l'on prétend que « le décès ne forme pas une transmission de biens, lorsque, comme dans l'espèce, la succession est absorbée par les dettes et n'est appréhendée par aucun » (n° 1), soit les biens sont « censés avoir [*sic*] directement passé [*sic*] aux créanciers [du défunt], qui par-là n'ont rien acquis » (n°

6), ou bien la « transmission réelle » de la succession vacante est considérée comme « encore en suspens » puisque celle-ci « n'est passée dans la main d'aucun héritier, donataire ou légataire » (n° 7). En ce qui concerne le rôle que joue le curateur à la succession vacante, il n'y a pas non plus d'unanimité. Tantôt, le curateur a l'air d'un simple commissaire désigné par la justice à la gestion des affaires de la succession. Le curateur « ne tient sa mission ni des héritiers ni des créanciers, mais de la justice qui l'a constitué simple administrateur » (n° 1) et « n'a d'autre qualité que celle de séquestre nommé par la justice, pour régir et administrer les biens vacants » (n° 7). Tantôt il représente le mort : « le curateur à une succession vacante ne représente que la personne du défunt ; ... l'on ne peut dire qu'il représente les habiles à succéder qui ont renoncé, ni les créanciers qui ne sont, sous aucun rapport, saisis de l'hérédité » (n° 5). Dans tous les cas, les juges de fond rejettent tous catégoriquement la thèse mutationniste selon laquelle les biens du défunt sont dévolus à sa propre hérédité, et insistent sur une lecture limitative et exclusive des art. 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an VII. D'où ces juges de premier ressort déduisent, à titre d'exemple, que « la loi concernant l'Enregistrement n'a point parlé des curateurs aux successions vacantes, mais seulement des tuteurs ou curateurs des personnes succédant à la propriété à titre d'héritiers, donataires ou légataires » (n° 1), que l'art. 32 « ne soumet en cas de décès, au droit proportionnel d'enregistrement, que les héritiers, légataires ou donataires, et nullement les hoiries vacantes » (n° 3). Autrement dit, il n'y a pas de mutation sans qu'un héritier, légataire ou donataire, touche la moindre partie d'une succession, *a contrario*, pas de mutation dans une succession vacante.

Paragraphe II Comparaison et analyse

Les sept arrêts cités sont cohérents sur certains points et incompatibles, sinon contradictoires, sur d'autres. La cohérence ne consiste qu'en deux choses, à savoir l'instant

d'ouverture du droit de mutation d'un côté et l'exigibilité du droit de l'autre. En revanche, ils sont incompatibles sur trois questions cruciales en droit civil qui seront successivement examinées, à savoir : 1) quel est le statut de la succession vacante ? 2) que représente le curateur à une succession vacante ? 3) le droit de mutation est-il personnel ou réel ?

La cohérence résulte de la lecture partagée des arts. 27 et 32 de la loi de 1798. Contrairement aux tribunaux auteurs des jugements attaqués, la Cour préfère la lecture non limitative et inclusive des deux articles. Elle insiste et réitère : « Par le fait du décès, la transmission s'opère de droit, soit que les successibles acceptent ou répudient la succession » (n° 1), « Le droit d'enregistrement est ouvert par le décès » (n° 3, n° 4), « L'instant du décès d'un propriétaire fixe celui de l'ouverture tant de sa succession que du droit d'Enregistrement auquel donne lieu la mutation qui s'opère » (n° 5, n° 6), enfin, l'art. 4 de la même loi « classe le décès au nombre des cas de mutation ; et ... par suite, toutes successions indistinctement, soit acceptées, soit répudiées, sont assujetties au droit de mutation » (n° 7). En d'autres termes, la Haute juridiction précise trois éléments de la notion de succession telle que l'entend la loi de l'enregistrement : il faut, dans un premier temps, un événement de mort ; deuxièmement, la situation juridique est considérée comme modifiée dès l'instant même de la mort ; en troisième lieu, cette mutation s'effectue de droit et est indépendante du sort de l'hérédité, qui est d'ordre de fait. Cette interprétation du mot « succession » nous semble bien acquise dans la jurisprudence de l'enregistrement.

La définition de la notion « succession » étant commune, une première divergence entre ces arrêts en découle pourtant. Nous pouvons y repérer une variété de représentations de la succession vacante. Dans un premier temps, celle-ci ne semble pas avoir une existence propre. C'est surtout le cas quand la vacance de succession résulte de la répudiation du successible. La succession répudiée est mise en équivalence avec la succession abandonnée.

C'est ce qu'évoque l'arrêt n° 1 : « Le curateur à une succession abandonnée tient la place de l'héritier, et représente l'hérédité ». Le curateur est donc, en l'espèce, tenu d'acquitter les droits de mutation que le successible devrait payer si celui-ci avait accepté la succession, soit de façon pure et simple, soit sous bénéfice d'inventaire.

Néanmoins, toutes les successions ne sont pas vacantes à cause de la renonciation des héritiers présents. La Cour de cassation se trouve confrontée, nous venons de le voir, à des cas de non présence de tous les habiles à succéder. Dans ces cas-là, la cour suprême doit trouver une « tête » à la place de l'héritier. Ainsi, nous lisons dans l'arrêt n° 3 la phrase suivante : « le curateur à une succession vacante, représente l'hérédité qui est un être moral, et au nom de laquelle hérédité il exerce toutes les actions actives et passives dont le défunt a été nécessairement dépouillé par l'événement de son décès ». La transmission a, conséquemment, lieu entre le défunt et sa succession vacante. Ce terme « être moral », en effet, met en évidence l'idée que la succession vacante a sa propre existence. Nous, les contemporains, l'appellerons volontiers « personne morale ». Pour l'instant, mettons de côté le passage de l'« être » à la « personne », et reportons-nous au n° 4 qui, rendu environ sept mois après l'arrêt n° 3, va dans exactement le même sens que le précédent, dans un cas de succession renoncée. La section civile présidée par MALEVILLE, un des rédacteurs du Code, ainsi que son grand commentateurs, reprend, sinon reproduit, presque mot à mot les motifs du dernier arrêt³³².

L'histoire n'est pas encore finie. Outre les deux solutions ci-dessus, l'une mettant la succession vacante à la place de l'héritier renonçant, l'autre la reconnaissant comme un être moral distinct du défunt, la Cour de cassation se tourne vers une troisième que nous appelons

³³² La ressemblance surprenante des n° 3 et n° 4 nous a reconduit à vérifier s'il ne s'agit pas d'une erreur de reproduction de notre part. Ayant consulté les textes du répertoire de DALLOZ et de l'encyclopédie de MERLIN, dont la référence est enregistrée dans l'appendice II, nous sommes incliné à croire l'authenticité textuelle du n° 4. Les différences entre les deux arrêts sont légères mais toujours repérables.

volontiers « solution de dette réelle ». Cette approche s'installe dans la jurisprudence en trois temps. D'abord, moins de deux mois après le n° 4, la Haute instance semble essayer de détourner la délicate question du statut de la succession vacante. Face au jugement de première instance, fondé sur la représentation du défunt par l'hérédité vacante, l'arrêt n° 5 décide que ni la qualité des héritiers, ni l'état de la succession ne peuvent suspendre la perception de droits de mutation. La décision n'envisage pas la succession vacante telle quelle ni ne la qualifie d'être moral, mais s'attaque, en revanche, à la nature du droit d'enregistrement, en le définissant comme « une dette des biens et qu'il doit être acquitté par eux ». Ensuite, l'arrêt n° 6 cherche, d'un côté, à reconnaître à la succession vacante un statut adéquat, et, de l'autre, à maintenir la qualification du droit d'enregistrement annoncée par le n° 5. Ainsi, nous lisons, dans un premier temps, que le droit d'enregistrement « est une dette des biens, et doit être acquitté par eux », et, dans un second, que « le curateur à une succession vacante représente l'hérédité au nom de laquelle il exerce toutes les actions du défunt, qui en a été dépouillé par l'événement de son décès ». Cette tentative de synthèse est, *in fine*, déjouée par le dernier arrêt de cette série, qui ne retient que la solution de charge réelle en omettant sciemment la question du statut de l'hérédité vacante. Qui plus est, la solution retenue est renforcée : « toutes successions indistinctement, soit acceptées, soit répudiées, sont assujetties au droit de mutation, qui est une dette inhérente aux biens ». La Régie peut par conséquent exercer une action, ou, plus précisément, un droit de suite contre le « détenteur de la succession », qu'il soit curateur ou non.

La variété des solutions à la question du statut de la succession vacante nous permet de constater le deuxième point de divergence de cette série de décisions, notamment ce qui est représenté par le curateur. Du point de vue logique, cette question n'aurait aucune raison d'être, puisque la réponse paraît tout à fait élémentaire : le curateur est censé représenter ce

dont la justice lui demande de s'occuper. Le curateur nommé à un majeur interdit représente, bien entendu, son protégé et ne représente que celui-ci. Certes, la plupart des arrêts cités souscrivent explicitement à ce principe, notamment les arrêts n° 1, n° 3, n° 4, et n° 6. Quant aux n° 5 et n° 7, qui adoptent la solution de dette réelle, ils préfèrent, en mettant en avant le caractère réel du droit d'enregistrement, ne pas se prononcer. En effet, cette solution laisse entendre que le curateur à la succession vacante est, au moins, assimilable à l'héritier, au légataire, ou au donataire, car un droit réel s'exerce contre tout ce qui détient la chose sur laquelle le droit repose. Il suit la chose partout elle se trouve, et c'est pour cela qu'il est aussi nommé droit de suite. A part de ces deux cas, les quatre arrêts cités plus haut s'écartent les uns des autres. Le plus ancien, notamment le n° 1, confond toujours l'hérédité et l'héritier en faisant du curateur le lieutenant de l'héritier et, en même temps, représentant de l'hérédité. En revanche, d'après les n° 3, n° 4, et n° 6, la succession vacante étant un être moral, la représentation du curateur ne porte sur rien d'autre que cet être moral lui-même. L'on ne fait appel ni au défunt, qui, précisent les trois arrêts, est nécessairement dépouillé par l'événement de son décès, ni à l'héritier, qui est soit absent, soit présent mais sans volonté d'accepter la succession. En ce qui concerne le n° 2, il nous semble que sa position est plus proche de la solution de dette réelle, puisqu'il s'agit dans ce cas-là des créanciers possesseurs des biens successoraux : c'est ce qui résulte de la disposition expresse de l'art. 32, al. 3 de la loi de l'enregistrement, selon laquelle la Régie a le droit de poursuivre quiconque possède des biens délaissés ou les revenus qui en ressortent. En tout état de cause, nous pouvons dégager de ces arrêts deux versions de représentation : ou bien le curateur représente la succession elle-même, ou bien il représente, à la fois, la succession vacante et l'héritier.

Reste à savoir, en dernier lieu, si la solution de dette réelle réussit à s'imposer au bout de ces revirements ou, tout au moins, « tatillonnements ». La réponse est négative : la loi du

22 frimaire an VII semble autoriser deux solutions contradictoires. D'un côté, ceux qui soutiennent la solution de dette réelle citent l'art. 32, al. 3 : « La nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement ». De l'autre, ceux qui considèrent le droit d'enregistrement comme un droit personnel s'appuient sur l'art. 69. Celui-ci distingue les taux applicables aux transmissions *mortis causa* en fonction de la nature de biens, *i. e.* meubles ou immeubles, et de l'ordre de succéder qui est à peu près conforme aux degrés de parenté, sans préciser pourtant la quotité relative aux successions vacantes. C'est la raison pour laquelle les droits de toutes les successions vacantes ne sont pas perçus au même taux. Lorsqu'il y a des successibles présents, c'est le taux du dernier renonçant qui l'emporte, donc plus bas en cas de descendants et plus élevé en cas de collatéraux, de légataires ou de donataires non parents. En revanche, quand aucun successible n'est présent, dans le silence de la loi, la Régie applique, d'usage, le taux le plus désavantageux aux contribuables, c'est-à-dire, sous le Premier Empire, 1,25 % pour les meubles et 5 % pour les immeubles, soit cinq fois les taux appliqués aux successions en ligne directe, respectivement 0,25 % et 1 %. D'ailleurs, cette variabilité de taux exemplifie et met en relief la sévérité de la loi de 1798 voulue par le législateur, qui était hostile au laxisme du décret des 5-19 décembre 1790³³³.

Les deux solutions contradictoires ont des inconvénients et font surgir, chacune à son tour, des répercussions importantes. La jurisprudence civile demeure incohérente, faute de nouvelle décision sur ce sujet. La juridiction administrative, jusqu'ici hors du jeu, est, en revanche, intervenue par un avis. Tantôt personnelle, tantôt réelle, la nature du droit d'enregistrement reste obscure, de sorte que l'on ne peut en tirer aucun argument utile à

³³³ MASSALOUX. *La régie de l'enregistrement*. p. 320-321. Sachez que ce décret de 1790 n'a énoncé aucun principe général relatif aux mutations par décès. Au contraire, le législateur a choisi de détailler dans une liste de tarifs la quotité applicable à chaque type de succession, donation ou legs, sans que les successions vacantes ne soient prises en compte.

propos du statut de la succession vacante. Il faut, d'emblée, prendre connaissance du parti pris de l'administration que la lettre du ministre des Finances du 18 thermidor an IX (6 août 1801) a explicité. Cette lettre indique, en effet, que la loi de l'enregistrement a créé une « hypothèque légale pour les droits, à compter du jour du décès, et qu'il ne s'agit que d'en assurer l'effet par l'inscription, avant la vente des biens ou avant la transcription du contrat ». En d'autres termes, non seulement le droit d'enregistrement est de nature réelle, mais la loi lui accorde, quoiqu'implicitement, un privilège vis-à-vis de tous les autres droits réels. Il en serait autrement s'il s'agissait des créances ordinaires, qui sont, par définition, égales les unes aux autres. Néanmoins, l'opinion ministérielle n'est pas retenue par l'autorité judiciaire dans la mesure où l'hypothèque légale ne se présume pas dans le silence de la loi. Au Palais royal, l'on fait poser la question de savoir si les droits de mutation par décès, ainsi que le droit et demi-droit en sus, dont la peine est prononcée par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an VII, peuvent être exigés des tiers acquéreurs. Le Conseil y répond par la négative dans son avis du 21 septembre 1810 (appendice III). Cette interprétation porte, en effet, non seulement sur l'art. 39, mais également sur l'art. 32. Les contribuables visés sont, selon les conseillers d'Etat, identiques dans les deux articles, à savoir les héritiers, légataires ou donataires. Autrement dit, les dispositions des susdits articles sont, pour le Conseil d'Etat, de caractère énumératif, donc limitatif. Toute assimilation d'une tierce personne aux trois catégories précitées est ainsi empêchée. Il en résulte que le droit d'enregistrement ne peut plus suivre aucun tiers possesseur, ce qui est funeste pour un droit dit réel. Quant au Palais de justice, il faut, dans un premier temps, citer l'arrêt du 15 avril 1807, rendu avant l'avis précité, qui maintient un jugement rendu par le tribunal de Marvejols le 26 messidor an XIII (15 juillet 1805), rejetant le pourvoi de la Régie ayant pour but de se faire assurer le privilège devant les autres créanciers inscrits bien avant le décès. En deuxième lieu, après la publication de l'avis ci-dessus, l'arrêt du 9 juin 1813 (n° 9, appendice II) effectue un véritable revirement par

rapport aux n° 5 et n° 7. Statuant sur l'affaire entre une mère mariée en secondes noces et ses enfants du premier lit, la Cour de cassation proclame haut et fort :

... que le droit dû pour mutation de propriété par décès n'est pas une dette de succession, puisqu'il ne pouvait être dû par le défunt ; qu'il n'est pas une charge imposée sur la propriété, même dans le sens de l'art. 609 code civ. (*sic*) ; que c'est une contribution indirecte à laquelle les héritiers sont assujettis personnellement par la loi du 22 frim. an 7 (*sic*), à raison de la mutation de propriété qui s'opère en leur faveur par le décès de la personne à laquelle ils succèdent ; que c'est donc une dette purement personnelle aux héritiers, qui ne doit être supportée que par eux, puisqu'elle n'a pour cause que la transmission faite en leur faveur de la propriété des biens du défunt ...

A cela s'ajoute, enfin, l'arrêt du 6 mai 1816, qui refuse, au nom des droits acquis, d'accorder un privilège à la Régie :

... quelle que soit la nature de l'action que l'art. 32 de la loi de frimaire accorde à la Régie sur les revenus des biens dépendants de la succession, pour le recouvrement des droits de mutation, elle ne peut exercer cette action sur le prix des immeubles de la succession, au préjudice des droits acquis au créancier inscrit antérieurement au décès ...³³⁴

En somme, le droit d'enregistrement ne jouit pas de privilège par rapport aux autres créances du défunt, et n'est pas non plus exigible pour tiers acquéreurs des biens successoraux, sans parler même de la peine de demi-droit en sus. Ce qui lui reste, c'est l'action récursoire que l'arrêt du 29 germinal an XI (19 avril 1803) reconnaît à son profit :

... Les héritiers sont passibles de contraintes, encore que les biens de la succession se trouvent dans les mains d'un tiers contre lequel la Régie peut intenter une action récursoire, pour le paiement des droits ...³³⁵

³³⁴ *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative* / s. dir. Désiré DALLOZ. 12 tomes, t. 7. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1827, p. 358.

³³⁵ *Collection complète* (2^e éd., t. 11) / s. dir DUVERGIER. p. 105, note 3.

De toute façon, il est de moins en moins facile de trouver sur le droit d'enregistrement des qualités dont un droit réel est doté. Or il ne faut pas le ranger du côté des droits personnels, car, même à défaut d'hypothèque légale souhaitée par le ministère des Finances, la Cour de cassation prend l'art. 4, al. 3 au pied de la lettre en rappelant à plusieurs reprises que le droit de mutation est assis sur la valeur brute des biens, sans distraction des charges (*e. g.* l'arrêt n° 3). De ce point de vue-là, l'administration n'est pas obligée d'attendre jusqu'à la liquidation définitive de l'hérédité. Au contraire, elle dispose de la contrainte de demi-droit en sus pour se faire payer avant les autres créanciers, même en cas des successions endettées, ce qui est plus avantageux qu'un simple droit personnel. D'autant que la solution du droit personnel risque d'exempter les successions vacantes des droits d'enregistrement.

Le premier constat à tirer de cette hésitation de droit prétorien est que la succession vacante a énormément dérangé les magistrats chargés des dossiers présentés. Les tribunaux et les cours d'appel ne cessaient, en cette matière, de résister à une jurisprudence de cassation, elle-même paradoxale. La justice n'était pourtant pas la seule à être divisée. Les controverses sur ce problème n'ont pas épargné non plus la doctrine. Ce que nous cherchons à montrer, c'est, au cœur de ces controverses, l'« être moral », en termes contemporains un « sujet de droit » sans référence au mot « personne ». Nous tâcherons donc de commenter ces arrêts ainsi que les répliques doctrinales, avec le soin particulier de mettre en rapport le développement récent et le droit de l'Ancien Régime.

Chapitre II Commentaires et répliques

L'incohérence de la jurisprudence de l'enregistrement n'a échappé aux yeux de personne. Elle est plus tolérable du point de vue pratique que théorique. Certes, le personnel chargé de recouvrer les droits d'enregistrement n'attendait de la Cour de cassation qu'une affirmation de l'exigibilité en cas de succession vacante. Pour l'exécution de sa mission, il n'a besoin que d'une sorte de légalité, pour ainsi dire, brute. Qu'il s'agisse d'un être moral ou non, ou bien qu'il s'agisse d'un droit réel ou personnel, la Régie des domaines ne cherche qu'à, disons-nous, recevoir de l'argent. En revanche, cette mentalité n'est pas partagée par la doctrine. Aux yeux de ceux qui poursuivent la systématisation, la série d'arrêts en matière de droit d'enregistrement constitue un véritable cauchemar. Certains auteurs se bornent à signaler des références de jugements et de textes administratifs. D'autres n'hésitent pas à émettre des critiques. Il est possible que ces critiques dissimulent des différends politiques ou même tout simplement des méprises antifiscales, et la qualité de chaque auteur joue certainement un rôle non négligeable dans le dosage des substances critiques. Quelques avocats osent s'en prendre à la solution du Palais de justice. Il en est moins chez les universitaires. Quant aux anciens dirigeants de la Régie qui publient des ouvrages en cette matière, ils énoncent beaucoup plus de solutions pratiques que de critiques. Quoi qu'il en soit, comme dans l'Ancien Régime, la problématique de la succession vacante soumise aux droits de mutation continue à diviser les juristes comme auparavant. Ce qui a changé, c'est que la France dispose d'ores et déjà d'un Code civil, qui a mis fin au dualisme du droit successoral. L'un des grands principes du Code en cette matière, notamment la saisine de plein droit, semble peu compatible avec l'argument fondé sur la substantialisation de la succession vacante, ce qui crée une tension permanente entre le droit civil et le régime juridique de l'enregistrement.

Si la plupart des auteurs attaquent le curieux « être moral » utilisé par la jurisprudence de l'enregistrement, ce terme même et l'argumentation qu'il entraîne survivent, grâce à l'autorité fiscale, à ces critiques. Tout au long du XIX^e siècle, l'on peut relever dans la littérature juridique toutes sortes de tentatives théoriques qui n'ont pour but que de détourner la gênante succession vacante hypostasiée. L'embarras que ces essais doctrinaux envisagent n'est point difficile à comprendre : ceux-ci ne visent, en apparence, que la notion de succession vacante prononcée par la Cour de cassation, tandis que la notion relève, au fond, d'une tradition beaucoup plus longue et profonde. Cette tradition est, en effet, relayée par un dossier judiciaire portant sur l'hérédité jacente : un procès des années 1770 rapporté par MERLIN de Douai a parfaitement exemplifié cette problématique juridique de longue durée qui prend forme, en amont, dans les droits coutumier, féodal et romain, et en aval, dans le droit civil codifié.

Section I L'impopularité de l'administration de l'enregistrement

Avant d'examiner les écrits doctrinaux qui nous intéressent, il convient de préciser un facteur de circonstance des discussions sur la succession vacante : l'animosité contre l'administration de l'enregistrement est très présente chez les auteurs consultés, et son ampleur est telle que le phénomène ne saurait être saisi seulement en termes de caricature. Autrement dit, de nombreuses remarques de nos auteurs suggèrent non pas simplement l'esprit critique que les juristes expriment dans leurs notes et observations de jurisprudence, mais de manière très explicite la mise en accusation de toutes sortes d'illégalités que les collecteurs auraient commises.

Un tout premier détail banal : les anciens membres de l'administration, sans aucune surprise, apparaissent tempérés, voire conservateurs, face aux inconvénients de la Régie. En

revanche, l'on ressent facilement leur fierté à l'égard de la loi du 22 frimaire an VII, qui, nous le savons déjà, est dite la plus noble de toutes les lois fiscales. De toute façon, il est normal que les ouvrages consacrés aux besoins pratiques réservent beaucoup plus d'espace pour les techniques que pour les critiques. C'est déjà le cas pour un ouvrage collectif de 1810, *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, qui, comme les premiers commentaires du Code civil, se contente de citer et de paraphraser les textes de loi, et ne va donc pas au fond des choses.

Concentrons-nous sur la problématique de la succession vacante. Certes, l'on pourrait disculper le dictionnaire de 1810 en concédant qu'il a vu le jour lorsque la jurisprudence d'exigibilité était en train de se développer, comme si les arrêts principaux n'avaient pas été rendus avant – le n° 7 ci-dessus a été, rappelons-nous, prononcé le 15 juillet 1806. Mais cette excuse ne vaut pas pour les ouvrages postérieurs. Malgré tout anachronisme de notre part, au cours des deux bonnes décennies suivantes, il n'y a pas plus de critiques sur l'imperfection des solutions de la Cour, ni aucune mention de soupçon sur des lacunes éventuelles de la soi-disant noble loi de 1798. L'auteur d'un compte rendu des deux premiers volumes du *Traité* de CHAMPIONNIERE (1798-1851)³³⁶ et de RIGAUD (1797-1886)³³⁷ a déjà regretté ce manque de littérature critique : « Sans doute », dit l'avocat H. BADIN, « il existe quelques autres ouvrages sur la législation fiscale ; mais tous, faits par ordre de l'administration ou sortis de la plume de ses préposés, sont plutôt des plaidoyers en faveur du

³³⁶ Le nom usuel est CHAMPIONNIERE (Paul-Lucas), qui doit pourtant être LUCAS-CHAMPIONNIERE. Nous employons la forme correcte pour la bibliographie, tout en gardant l'emploi courant de l'époque dans le texte. Sur sa vie : Faustin HELIE. Lucas-Championnière (Paul). *Biographie universelle (Michaud) ancienne et moderne*. T. 25, p. 411-413. Christophe-Pélage LAËNNEC. Paul, Lucas-Championnière. *Biographie bretonne*. p. 363-366.

³³⁷ Simon-Esprit-Louis RIGAUD, ou plus couramment « E. RIGAUD », était avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Il était également le rédacteur principal du Journal des communes et du Contrôleur de l'enregistrement. Voir [nécrologie de M. Rigaud]. *Le Livre. Revue mensuelle Bibliographie moderne*, 1886, t. 8, p. 43.

fisc, qu'un commentaire ou une interprétation saine et juste de la loi »³³⁸. Seules deux exceptions ont été reconnues par l'auteur au milieu des années 1830, l'une pour l'ouvrage de TARDIF et l'autre pour le recueil de DALLOZ, que nous avons tous cités. L'observation de BADIN demeure, nous semble-t-il, dans une très grande mesure, valable : il suffit, pour confirmer son avis, de se consulter l'ouvrage de H. FESSARD, sous-chef à l'administration de l'enregistrement et des domaines, en 1844, et de M.-D. GARNIER à partir des années 1850, dont le *Répertoire général* qui était un grand succès jusqu'en 1927³³⁹.

Il nous semble que les notaires ne mettaient pas non plus en cause la législation, la jurisprudence et les pratiques de recouvrement relatives aux successions vacantes. Chargés personnellement de rédiger les actes réglés par la loi de l'an VII, quelques-uns d'entre eux ont publié des traités pour faciliter leur tâche. Le meilleur exemple en est l'entreprise d'A. DEFRENOIS dans les années 1860. Auquel s'ajoute l'ouvrage d'un autre notaire, A. ANDRE, en 1901 dont la page de titre désigne celui-ci comme « auteur d'une dizaine d'ouvrages destinés aux praticiens »³⁴⁰. Cette indication a bien caractérisé l'ouvrage.

En dehors des corps de notaires et de fonctionnaires, le mécontentement, ou bien, sans exagération, la haine contre l'administration de l'enregistrement parmi les contribuables n'a, en effet, jamais cessé d'être palpable. Sur le plan législatif, nous avons déjà vu TARDIF et DALLOZ aîné, tous les deux avocats, réciter le propos de Guy COQUILLE contre une contribution de nature d'urgence qui persistait, toutefois, en temps de paix. En outre, l'on pourrait ajouter une critique d'ordre politique : le droit de l'enregistrement est, en fait, issu de l'institution fiscale de l'Ancien Régime. Ce reproche éventuel ne se justifie pourtant que par

³³⁸ H. BADIN. *Compte rendu de Traité de droits d'enregistrement*, Championnière et Rigaud, 4 vol., vol. 1-2, Paris : Bureau de l'enregistrement, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1836, 5, p. 67.

³³⁹ Voir H. FESSARD. *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines*. Paris : Chez l'auteur, 1844. Maurice-Désiré GARNIER (1814-1896), ancien vérificateur de l'administration de l'enregistrement et des domaines, député au Corps législatif entre 1863 et 1869, et conseiller à la Cour des comptes.

³⁴⁰ Voir Albert ANDRE. *Traité pratique des droits d'enregistrement*. Paris : Marchal et Billard, 1901.

la tendance révolutionnaire de tout abolir, qui ne peut se perpétuer, et qui n'avait, en effet, que peu de suites. C'est, au contraire, plutôt du registre exécutif que la plupart des problèmes relèvent. En 1819, une revue mensuelle intitulée *Le Contrôleur de l'enregistrement* fut fondée à Paris³⁴¹. Deux avocats, CHAMPIONNIERE et RIGAUD, dont le traité sera à maintes reprises servi, faisaient, avant de commencer à rédiger leur grande œuvre, déjà partie du comité de rédaction du périodique. Un message publicitaire non numéroté qui précède le premier tome dudit traité explique bien la vocation du *Contrôleur*. La revue se proclame « le premier ouvrage indépendant » dédié à la mise à jour des doctrines du fisc, aux suivis et examens de celles-ci dans la pratique, et à l'espoir de « ramener l'exécution de la loi fiscale à la saine application des principes du droit civil », soit le motif servi par BADIN que nous avons cité. Elle réclame, de plus, le mérite d'avoir fait arrêter la perception des droits proportionnels « sur les quittances ou délivrances de legs en argent, sur les comptes de tutelle non encore débattus, sur les décharges données à des tuteurs ou à des mandataires, sur des partages contenant énonciation de dettes passives, sur les collocations amiables, etc. ». L'auteur anonyme de cette publicité semble partager la méfiance encore plus explicite signée par les deux auteurs du *Traité*. Dédiant leur livre à DUPIN aîné, ceux-ci, en 1835, se renvoyant à un oncle de celui-ci, Pierre DUPIN, auteur d'une monographie intitulée *Instruction sur diverses questions relatives aux droits de contrôle* (1787), qui dénonçait les abus commis lors de la perception des droits de contrôle, d'insinuation et de centième denier, en Languedoc dans le XVIII^e siècle. Le but de ce renvoi, c'est justement d'obtenir l'intervention ou, plutôt, la conversion de DUPIN, alors procureur-général à la Cour de cassation et, en même temps, président de la Chambre des députés. Conversion, car celui-ci

³⁴¹ Sa publication se poursuivait jusqu'au 1892, avant qu'elle ne fût absorbée par la *Revue du notariat et de l'enregistrement*. Elle n'a pourtant pas été fondée par LUCAS-CHAMPIONNIERE et RIGAUD en 1828. Contraire : Alfons BÜRGE. *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: zwischen Tradition und Pandektwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1991, p. 531.

défendait alors toutes les causes de la Régie et, afin que la Cour assure l'intérêt fiscal du prince, soutenait que la justice devait se conformer aux volontés du souverain³⁴².

Il faut également faire justice à certains fonctionnaires. Tous les préposés de l'administration n'ignoraient pas le fait que celle-ci était souvent qualifiée d'« odieuse ». D'autant plus que le mauvais souvenir de l'Ancien Régime en cette matière pesait encore sur la mentalité du peuple. C'est, autant que nous puissions en juger, le cas de FESSARD. Sous l'apparence d'un langage doux, sa préface laisse entendre son objectif d'embellir l'image de l'autorité qu'il servait. Il cherchait, à notre avis, à inciter ses collègues et ses subordonnés à exécuter la loi de la manière la plus exacte possible. Cela fait supposer que, du moins jusqu'à 1844, la loi de l'enregistrement fut souvent appliquée de façon déloyale et excessive, au détriment des contribuables. Un autre exemple est l'avocat J. TESTE-LEBEAU, représentant de l'administration de l'enregistrement devant la Cour et auteur d'un dictionnaire analytique spécialisé en jurisprudence de l'enregistrement. Celui-ci a également bien remarqué des contradictions fréquentes et de vastes lacunes auprès de la Haute juridiction³⁴³.

Deux textes juridiques sont, du point de vue institutionnel, responsables de l'antagonisme relatif au recouvrement des droits d'enregistrement, qui, rappelons-nous, représentaient constamment 11 % ou 12 % de la recette annuelle du Trésor tout au long du XIX^e siècle³⁴⁴. Les deux textes sont respectivement assimilables à la carotte et au bâton. L'un, la carotte, c'est l'art. 26 de la loi du 27 mai 1791, qui fixe la rémunération de l'effectif de la Régie soit sur les recettes particulières à leurs bureaux, soit sur la totalité de tous les droits perçus. Ce régime de traitement, légué par l'Ancien Régime tout comme l'impôt lui-même,

³⁴² Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE, E. RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique...* 3 tomes, t. 1. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1835, n° 11.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ MASSALOUX. *La régie de l'enregistrement*. p. 326-327, 376.

s'appliquait à tous les employés de l'administration avant 1817, et subsistait, pour le reste du XIX^e siècle, au profit, non pas des cadres, mais des receveurs de niveaux moins élevés. Ceux-ci touchaient ce que l'on appelle des remises, c'est-à-dire une somme d'argent calculée en fonction des performances. Ainsi, ces agents de l'administration intéressés seraient toujours tentés d'exiger des sommes plus élevées que les tarifs prévus par la loi³⁴⁵. Les chiffres rapportés par MASSALOUX peuvent nous en donner une idée plus concrète : les remises de l'an IX dont les produits annuels étaient jugés ordinaires atteignaient environ 1.900 francs³⁴⁶. Cet auteur décrit, ainsi, la situation économique du personnel de l'administration : « A l'évidence », dit-il, « des moyens d'existence modestes pour les receveurs des bureaux peu productifs, une honnête aisance pour les employés supérieurs, une situation enviable pour les directeurs »³⁴⁷. A titre comparatif, d'après l'ancien directeur régional de la Régie, un juge au tribunal d'appel gagnait à l'époque 4.500 francs par an, un capitaine était rémunéré 2.400 francs environ, un lieutenant, 1.250 francs, tandis que seuls les ouvriers les plus favorisés touchaient 800 francs, les autres moins de 2 francs par jour. L'autre, le bâton cette fois-ci, c'est l'art. 59 de la loi du 22 frimaire an VII, selon lequel : « Aucune autorité publique, ni la Régie, ni ses préposés, ne peuvent accorder de remise ou modération des droits établis par la présente et des peines encourues, ni en suspendre ou faire suspendre le recouvrement, sans en devenir personnellement responsables »³⁴⁸. Il en résulte que même le fonctionnaire de la Régie le moins avare serait, par prudence, conduit à la perception excessive de droits. Séduits par la carotte et menacés par le bâton, les agents de

³⁴⁵ LUCAS-CHAMPIONNIERE, RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement (t. 1)*. n° 8, note 1. BADIN. p. 64. Celui-ci s'est d'ailleurs trompé de la date de la loi en mettant 26 au lieu de 27.

³⁴⁶ MASSALOUX. *La régie de l'enregistrement*. p. 331.

³⁴⁷ *Ibid.* p. 333.

³⁴⁸ L'interdiction aux fonctionnaires de reporter les paiements, ainsi que le principe de non-sursis existent déjà dans les art. 16 et 17 du décret des 5-19 décembre 1790 que la loi de l'an VII a remplacé. Or le premier ne précise pas si les agents de la régie seront personnellement en cas de contravention.

l'administration ne nous semblent pas enclins, dans la pratique de recouvrement, à agir de bonne foi.

Sans cette carotte de traitement par remises et ce bâton de responsabilité personnelle, il serait difficile de comprendre pourquoi, dans notre dossier, la Régie persistait malgré l'insolvabilité apparente à réclamer les droits d'enregistrement des successions vacantes. La rigueur fiscale était telle que même les hérédités les plus endettées ont été visées, et leurs curateurs personnellement poursuivis, avant que la Cour de cassation n'acquitte ceux-ci à condition qu'ils prouvent qu'il ne reste plus aucun denier³⁴⁹. Ainsi, l'intransigeance de l'administration continuait à susciter de vives réactions, et a suggéré aux antifiscaux d'examiner plus profondément l'institution de l'impôt en question et donc de remonter à son origine sous l'Ancien Régime.

Section II Critiques semblables : CHAMPIONNIERE et RIGAUD (1835), G. DEMANTE (1855)

Même si les critiques en matière d'enregistrement étaient qualifiées de « doctrinales », ce ne fut, curieusement, pas l'auteur le plus éminent de la doctrine, à savoir le professorat, le premier à lever l'étendard antifiscal. Les titulaires de chaires de l'époque étaient bien sensibles aux impacts de la loi de 22 frimaire an VII dans le domaine du droit civil. Cependant, ils ne se prononçaient que très prudemment. L'artillerie théorique était, en revanche, fournie principalement par le barreau. La magistrature, quant à elle, n'était pas étrangère non plus à ces discussions.

³⁴⁹ Ainsi, « un curateur », décide la Cour de cassation dans son arrêt du 29 avril 1807, « à succession vacante n'est tenu de payer à la Régie aucun droit de mutation, lorsqu'il est établi et non contesté, qu'il n'est nanti d'aucun fonds dépendant de cette succession ». L'arrêt est suivi par les instances inférieures dont nous ne citons pas davantage d'exemple. *Répertoire Dalloz* (t. 7, 1827) / s. dir. DALLOZ, p. 333.

Rappelons-nous, d'abord, brièvement les questions controversées. Tout a commencé par l'exigibilité du droit de mutation en cas de succession vacante. De cette question générale, l'on a tiré trois questions plus particulières qui sont corrélatives, à savoir : 1) à qui la succession est transférée en cas de vacance ? 2) Pour qui le curateur est-il nommé ? 3) Le droit de mutation est-il personnel ou réel, et pourquoi ? Si la Haute juridiction a pris et, ensuite, maintenu sa conclusion pour l'exigibilité, ses arrêts se contredisent en revanche les uns les autres. Aucun argument de ces décisions ne peut s'imposer sans équivoque. En ce qui concerne la législation, seulement quelques lois postérieures créent de nouvelles catégories d'actes imposables et modifient légèrement certains taux de perception, mais aucun changement significatif n'a eu lieu.

Un de ces arguments juxtaposés se met particulièrement sous le feu des critiques, notamment celui qui substantialise la succession vacante par le terme « être moral ». D'après cet argument, une succession vacante est soumise au droit proportionnel défini par l'art. 4, al. 1, de la loi du 22 frimaire an VII, en raison de la mutation qui s'opère entre le défunt et la succession elle-même. Le Code civil autorise la justice à lui désigner un curateur, qui est tenu personnellement responsable pour une peine de demi-droit en sus au cas où la succession vacante ne s'acquitterait pas des droits de mutation dus. Nous savons déjà qu'il s'agit de la vocation de la loi de couvrir de manière exhaustive tous les actes juridiques concernant les mutations de biens. Néanmoins, il est également connu qu'aucun article de la loi ne prévoit la moindre disposition pour les successions vacantes.

Les arrêts cités ayant été rendus entre 1803 et 1806, les professeurs de droit civil n'invoquaient pas tous la jurisprudence de l'enregistrement dans leurs chapitres sur le droit des successions. DELVIN COURT, pour commencer avec lui, ne mentionnait que des principes en matière de succession vacante. PROUDHON, quant à lui, n'a laissé aucun traité

tel-00738952, version 1 - 5 Oct 2012

dans ce domaine. Si TOULLIER était, parmi les professeurs de la première génération vivant sous les grands codes, le seul qui a fait remarquer l'aspect fiscal de la succession vacante, il se bornait à répéter la position prise par la Régie des domaines. Le doyen apprenait notamment que « le curateur aux biens vacants est obligé, sous peine de demeurer personnellement responsable du demi-droit en sus, de fournir dans les six mois du jour de l'ouverture de la succession, aux bureaux de la situation des biens, la déclaration prescrite par l'art. 27 de la loi du 22 frimaire an VII, pour le droit de mutation », en s'appuyant sur les instructions du 24 germinal an II (13 avril 1794) et du 3 fructidor an XIII (21 août 1800) de l'administration³⁵⁰. Cet avis demeurerait identique chez TOULLIER depuis la première édition de 1812 jusqu'à la cinquième de 1830, soit la dernière rédigée par lui-même.

Outre ce traité à vocation générale, un des ouvrages les plus consultés en matière de droit des successions, le commentaire de Georges Antoine CHABOT (1758-1819), n'a fait aucune mention non plus d'exigibilité en ce qui concerne la succession vacante. Ce commentaire est rédigé conformément à l'ordre des articles, et son auteur n'a même pas fait allusion à notre problématique.

En bref, les premiers grands ouvrages de droit civil codifié n'ont pas abordé les questions qui avaient tant bouleversé la Cour de cassation et de nombreuses cours d'appel.

Paragraphe I Les grognements des années 1820 et 1830 : CHAMPIONNIERE et RIGAUD

Parallèlement aux professeurs des universités dont les ouvrages circulaient entre les années 1810 et 1840, des avocats plus jeunes osaient jouer le rôle de provocateurs. Le défi à la pratique fiscale a pris forme à travers trois publications que nous avons déjà mentionnées :

³⁵⁰ Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER. *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*. 1^{er} éd, t. 4. Rennes : Vatar, 1812, p. 385, n° 386. TOULLIER. *Droit civil*. p. 403, n° 403.

l'édition du *Contrôleur* en 1819 d'emblée, ensuite, le recueil de lois par TARDIF en 1826 ou 1827 et le dictionnaire renommé de DALLOZ en 1827. Un autre répertoire de jurisprudence a été achevé par un J. TESTE-LEBEAU en 1833. A partir de 1835, CHAMPIONNIERE et RIGAUD ont successivement publié les quatre volumes de leur traité, qui, tout en s'appuyant sur les données rassemblées auparavant, a proposé un cadre d'analyse plus scientifique.

En ce qui concerne la succession vacante, les deux auteurs estiment que la Cour de cassation n'a pas vu la contradiction dans laquelle sa propre jurisprudence se jetait. Ils attirent notre attention sur les tentatives contradictoires de la Cour sur la question de savoir qui représente le curateur à une succession vacante. Nous savons qu'il y a deux possibilités : soit il représente l'héritier, soit il représente l'hérédité elle-même, qui est un être moral. Nos deux avocats les réfutent ardemment toutes. Leur objection est fondée sur une définition fondamentale qui s'applique dans tout leur traité, notamment celle de « mutation » donnée par Ch. DUMOULIN (1500-1566). « On entendait », disent-ils, « par mutation, dans le droit féodal, la transmission de la propriété d'une main dans une autre : *manus mutatio*, dit DUMOULIN, [...] *importat transitum rei de dominio unius, ad dominium alterius* »³⁵¹. A cela s'ajoutent beaucoup d'autres formules, telles que « *translatio de manu ad manum* », ou bien, d'après l'expression de Ch. LOYSEAU (1564-1627), « mutation effectuée par deux parties », « *mutatio ex utraque parte* »³⁵². C'est ce que nos domanistes appellent mutation parfaite. En conséquence, il n'y a qu'une mutation imparfaite dans une succession vacante, puisque seul le *de cujus*, non pas l'héritier, entre en jeu.

Forts de ce raisonnement, nos auteurs mettent en cause l'argument d'hérédité être moral. Citant notre arrêt n° 4, celui du 3 nivôse an XIII (24 décembre 1804), les habiles

³⁵¹ Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE, E. RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique...* 3 tomes, t. 2. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1835, p. 582, n° 1654.

³⁵² LUCAS-CHAMPIONNIERE, RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement* (t. 3). p. 628, n° 2570.

juristes réagissent : « Les expressions de l'arrêt », disent-ils, « « transmission de propriété du défunt à l'hérédité être moral », n'ont aucun sens légal ; ce n'est pas la transmission à un être moral que la loi a tarifée, mais la transmission à un héritier, donataire ou légataire »³⁵³. A ce propos, ils mettent en avant ce qu'a énoncé l'arrêt du 5 juillet 1820 de la Cour de cassation en matière d'annulation de donation : « Une mutation de propriété ne peut s'entendre que du passage de la propriété d'une tête sur une autre »³⁵⁴.

Cela dit, le curateur à l'hérédité être moral ne représente point, à plus forte raison, l'héritier absent ou renonçant. Les deux rédacteurs du *Contrôleur* soutiennent en effet que la loi de l'an VII ne vise que les héritiers, donataires et légataires et les tuteurs ou curateurs de ceux-ci. Ils lisent donc l'art. 39 à la lumière de l'art. 29, qui, relatif à l'enregistrement du testament, évoque notamment « *leurs* tuteurs ou curateurs »³⁵⁵.

En d'autres termes, il n'y a, selon les deux auteurs, pas de mutation en cas de succession vacante, et le curateur à telle hérédité n'est pas assimilable non plus au curateur de l'héritier qui accepte la succession qui lui est échue. Pour eux, cela revient à dire que « dans cette succession (NDLR : vacante) il n'y a pas de propriétaire des biens qui la composent, il n'y a pas de mutation, le curateur est chargé d'administrer pour les créanciers et de vendre »³⁵⁶.

Tandis que le droit prétorien que nous avons analysé favorise unanimement le Fermier, CHAMPIONNIERE et RIGAUD citent un contre-exemple, l'arrêt du 9 prairial an VI (28 mai 1798) prononcé sous l'empire du décret des 5-19 décembre 1790³⁵⁷ :

³⁵³ *Ibid.* p. 627, n° 2570.

³⁵⁴ *Ibid.* p. 635, n° 2583.

³⁵⁵ *Ibid.* p. 625, n° 2568.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.* p. 628, n° 2570. Le texte en question est la loi du 9 vendémiaire an VI (30 septembre 1797) relative aux fonds nécessaires pour les dépenses générales, ordinaires et extraordinaires de l'an VI, dont l'art. 16 : « Le droit

Aux termes de l'art. 16 de la loi du 9 vendémiaire an VI, le droit d'enregistrement n'étant dû que pour mutation entre vifs ou par décès, et cette dernière mutation n'étant point opérée tant qu'une succession est vacante, il n'y a pas lieu de percevoir le droit.

A leurs yeux, cette décision incarne bel et bien le principe d'exigibilité à l'égard des mutations par décès que le décret des 5-19 décembre 1790 est le premier depuis la Révolution à déclarer. Ils estiment que « les magistrats de cette époque connaissaient l'esprit dans lesquels cette disposition (NDLR : en matière de mutations *mortis causa*) avait été faite ». La loi de l'an VII leur paraît avoir reproduit la disposition dans les termes identiques. Ils en parviennent ainsi à souscrire la position de l'arrêt du 15 avril 1807, qui juge que le droit de mutation dû par décès n'est pas une dette inhérente aux biens, mais une dette « purement personnelle » dont les quotités varient en fonction de degré de parenté. D'où ils déduisent l'impossibilité de calculer le tarif applicable aux curateurs et sous-entendent donc l'inexigibilité³⁵⁸.

CHAMPIONNIERE et RIGAUD ne sont ni les premiers, ni les derniers à s'opposer à la jurisprudence affirmative au sujet de l'exigibilité des successions vacantes. L'on leur doit pourtant le mérite d'avoir constitué une plaidoirie très pertinente contre les prétentions de la Regie. Pertinente, car ces deux auteurs savaient puiser aux sources de droit féodal d'où, selon TROPLONG, le recenseur du susdit traité, proviennent les droits de mutation, en particulier, celui de mutation par décès³⁵⁹. Il faut, d'après lui, se référer aux mots anciens de relief et de rachat, dont l'étymologie respective indique la prééminence du seigneur par rapport à

d'enregistrement des donations et autres actes entre-vifs, à titre gratuit, et des mutations par décès, d'immeubles réels, sera perçu suivant les quotités ci-après, quelle que soit l'époque de la mutation, sans préjudice néanmoins de la prescription, savoir : (les quotités)... ».

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ TROPLONG. Compte rendu du *Traité* de Championnière et Rigaud. p. 152.

l'héritier du vassal décédé ³⁶⁰. Le dossier de succession vacante présenté par CHAMPIONNIERE et RIGAUD est d'une telle qualité et d'une telle profondeur que les ouvrages postérieurs consacrés au même sujet n'arrivent à renouveler, ni même dépasser leur prédécesseurs qu'à grand-peine. D'autant plus que le cadre institutionnel ne connaît aucune modification essentielle concernant notre problématique : la même loi du 22 frimaire an VII s'imposait toujours, et était interprétée par la même jurisprudence dont ni les motifs contradictoires, ni la conclusion constante n'avaient été changés.

Paragraphe II Premier professeur de droit civil spécialisé en droit d'enregistrement : Gabriel DEMANTE

La réputation du traité de CHAMPIONNIERE et de RIGAUD se maintenait pendant une vingtaine d'années. Entretemps, peu de choses ont été changées, sauf quelques amendements de la fameuse loi de l'enregistrement. Silence dans les grands ouvrages de droit civil, anciens et nouveaux, face à la problématique de l'enregistrement, défaut de nouvelle décision significative en cette matière, et les amendements n'ayant pour but que la hausse de tarif et la création de nouvelles catégories imposables.

Malgré les autres événements intéressants des années 1830 et 1840, sur lesquels nous reviendrons, dans le domaine de l'enregistrement, il faut attendre jusqu'au début du Second Empire pour relever quelques nouveautés. C'est à partir de cette époque que le droit de l'enregistrement entre dans la littérature du droit civil. D'une part, l'on voit quelques ouvrages « exégètes » faire référence à la jurisprudence de l'enregistrement quand il s'agit de certaines questions particulières (e. g. Paul PONT). De l'autre, l'on voit également publier le

³⁶⁰ *Ibid.* p. 153, note 154. Il cite Guy COQUILLE à propos de l'art. 1 du t. 4 de la Coutume de Nivernais et le chapitre *Des fiefs* dans l'Institution au droit français de celui-ci. TROPLONG nous rapporte que rachat est employé « comme si l'héritier achetait du seigneur le fief à lui acquis », tandis que relief se dit « comme si le fief était versé à terre faute d'héritier, qui dut être recueilli par le seigneur et relevé pour le remettre sus en son ancienne nature de fief ».

premier ouvrage consacré à ce domaine fiscal fait par un professeur de droit civil, Gabriel DEMANTE, à la faculté de Toulouse.

Fils d'Antoine Marie (1789-1856), ancien professeur de droit civil à la faculté de Paris et collaborateur de la revue *Thémis*, Gabriel DEMANTE est devenu professeur suppléant à la faculté de Toulouse en 1852, où il a donné un cours consacré au droit de l'enregistrement³⁶¹. En 1857, il a publié son *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*³⁶². Cet ouvrage a connu trois rééditions, avec un léger changement de titre et demeura une référence classique jusqu'au début du XX^e siècle³⁶³.

En 1855, le jeune professeur suppléant publia une note d'arrêt qui mérite notre attention³⁶⁴. En général, DEMANTE avait, dans une large mesure, suivi le grand traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD, en raison de l'immobilisme qui s'imposait dans le domaine de l'enregistrement et que nous venons de signaler. Cependant, DEMANTE dut faire face à une nouvelle tendance de jurisprudence que nous allons étudier de plus près. Pour l'instant, il suffit de savoir que DEMANTE commenta quelques arrêts rendus par la Cour de Paris qui mirent en avant l'idée selon laquelle le droit de mutation que l'Etat se permet de toucher est un « droit de prélèvement ». Dans cette note qu'il intégra, deux ans plus tard, dans son *Exposition raisonnée*, l'auteur souligna de nouveau comment les deux actions que l'art. 32 de la loi de 1798 accordait au trésor se heurtaient l'une à l'autre. D'un côté, il y a l'action personnelle contre tout héritier, donataire et légataire, qui est même solidaire contre les cohéritiers. De l'autre, l'action indéniablement réelle sur les revenus des biens à déclarer est

³⁶¹ Gabriel DEMANTE. *Cours complémentaire sur les principes de l'enregistrement, leçon d'ouverture*. Paris : Cotillon, 1855.

³⁶² Gabriel DEMANTE. *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII*. Paris : Durand, 1857.

³⁶³ Voir Gabriel DEMANTE. *Principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 Frimaire an VII*. 4^e éd. Paris : Pichon, 1903.

³⁶⁴ Gabriel DEMANTE. Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, 6, p. 295-308.

caractérisée par ces mots de la loi : « en quelques mains qu'ils se trouvent ». L'avis du Conseil d'Etat cité dans notre appendice III a, nous le savons déjà, restreint l'exercice de cette action : un avis qui est, d'après DEMANTE, non seulement une « décision ayant force de loi interprétative », mais « une interprétation législative »³⁶⁵. Reconnaissant le besoin financier et l'insuffisance d'un tarif unique applicable tant aux biens héréditaires meubles qu'aux immeubles, le civiliste fait face à la question posée par les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* : « Si on refusait à l'administration le *droit de prélèvement* sur les biens héréditaires, que deviendrait l'impôt sur les successions vacantes qui n'a pas d'autre base ? ». Voici sa réplique : « La réponse est simple », dit-il, « cet impôt disparaîtrait, car la perception en est abusive et n'est pas moins contraire aux règles du droit positif qu'aux principes de l'équité naturelle »³⁶⁶. Il a, comme CHAMPIONNIERE et RIGAUD avant lui, récusé la moindre mutation dans la succession vacante, puisque « l'hérédité vacante soutient la personne du défunt », et qu'une mutation du défunt à l'hérédité, sa représentante, est absurde³⁶⁷. Il a également distingué le curateur à une succession vacante de tous les autres types de curateurs, qui sont communs tant au Code civil qu'à la loi de frimaire, à savoir les curateurs pour les majeurs interdits ou les condamnés³⁶⁸. En somme, DEMANTE est du même avis que ses prédécesseurs. Reprenons ainsi donc nos trois questions : 1) aucun transfert de biens n'a lieu en cas de succession vacante, et l'hérédité représente, non pas l'héritier, mais le défunt. 2) le curateur à une succession vacante ne représente pas non plus l'héritier. 3) le droit de mutation est personnel.

DEMANTE conclut sa note d'arrêt en soulevant une question d'histoire du droit qui, à notre avis, est un accès idéal vers l'amont et l'aval. En citant BACQUET, de la seconde

³⁶⁵ *Ibid.* p. 301.

³⁶⁶ *Ibid.* p. 302-303.

³⁶⁷ *Ibid.* p. 303.

³⁶⁸ *Ibid.* p. 304.

moitié du XVI^e siècle, et de FERRIERE, du XVII^e, notre civiliste parisien attribue l'origine de la jurisprudence en question à une discussion sur la portée de la saisie féodale. La question consiste à savoir « s'il était dû relief au seigneur par le curateur d'une hérédité jacente »³⁶⁹. La difficulté à surmonter, c'est le conflit entre les droits des créanciers du vassal défunt et le privilège du seigneur qui revendique son droit soi-disant plus ancien et plus fort que ceux-ci. BACQUET proposa de créer un curateur par justice pour les situations originaires de ce conflit, telles que confiscation, vacance de biens, ou, souligne DEMANTE, hérédité jacente. Ce curateur devrait payer les droits et devoirs dus par le défunt, et surtout, de son chef, la charge que l'on appelait « relief », puisqu'il rendait, dans ce cas spécifique, foi et hommage au seigneur en tant qu'« homme vivant et mourant », comme dans le rapport entre le seigneur et les gens de mainmorte. La création du curateur empêchait donc le seigneur de faire les fruits siens au nom de la saisie féodale et évitait les éventuels dommages et pertes des tiers-créanciers³⁷⁰. Cette « opinion commune au Palais » attestée par de FERRIERE permet à DEMANTE de flétrir le droit de mutation imposé sur les successions vacantes, et d'élever la question à un plus haut niveau :

Les lois d'impôt, qui limitent la propriété privée, sont-elles autre chose qu'une émanation de la souveraineté de l'Etat ? Doivent-elles être interprétées rationnellement, et coordonnées avec l'ensemble de notre droit public et privé ?

Ou, au contraire, ces lois protestent-elles encore aujourd'hui du domaine éminent du prince ? La suzeraineté féodale, que l'on croyait abolie, n'a-t-elle fait que changer de mains ? Ne l'avons-nous enlevée aux seigneurs que pour l'attribuer à l'Etat ?

³⁶⁹ *Ibid.* p. 305.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 305-306. Les références de DEMANTE sont, d'un côté, le *Traité des droits de justice* par BACQUET et, de l'autre, le commentaire sur la coutume de Paris (art. 28 et 34) par de FERRIERE. Celui-ci est accessible sur le système Gallica.

Voilà la question³⁷¹.

La question que DEMANTE a soulevée, à l'accent tocquevilliste, oppose, à première vue, l'ensemble raisonné, systématique et scientifique du droit à la réminiscence de la féodalité qui lui est, pour ainsi dire, politiquement incorrecte. Une interprétation possible de cette opposition est que la propriété privée et une sorte de libéralisme sont à l'honneur. Elle n'est pas fausse, mais pas non plus fructueuse. Il nous semble, en revanche, beaucoup plus productif de lire l'article de DEMANTE avec deux autorités que nous avons mentionnées, notamment MERLIN de Douai et TROPLONG. Dans le dossier de jurisprudence dont nous nous sommes servi, MERLIN a également reproduit les plaidoiries d'une affaire des années 1770 remplies d'innombrables références à des ouvrages d'Ancien Régime. Le temps y est significatif : en 1810, l'année où le recueil cité a vu le jour, son auteur était alors procureur général à la Cour de cassation et a invoqué justement cette affaire-là dans sa conclusion à l'affaire d'Ami BOUVIER, c'est-à-dire l'arrêt n° 3 précité. Quant à TROPLONG, il a, en 1839, rédigé un long compte rendu des quatre volumes du traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD où le conseiller à la Cour de cassation a éloquemment montré son goût intellectuel à l'égard de l'histoire du droit français. L'un et l'autre nous aideront à comprendre comment la jurisprudence de l'enregistrement a, d'une part, condensé les discussions sur une notion de droit civil très litigieuse, l'« hérédité jacente » soulignée par DEMANTE, et, de l'autre, assisté, si nous osons dire, à un changement de paradigme où TROPLONG a joué deux rôles opposés à la fois. L'hérédité jacente est la notion porteuse d'une série de formules contenant *persona*, notre mot-clé. A l'égard du changement de paradigme, il s'agit notamment du germanisme en droit français qui, précisément, avait lieu au niveau de l'histoire du droit ou à celui de l'histoire tout court.

³⁷¹ *Ibid.* p. 308.

Sous-titre II « *Persona* » des Anciens, « personne » des Modernes

Dans ce sous-titre, nous allons nous attaquer au dossier de l'enregistrement, sous deux optiques différentes : celle synchronique dans un premier temps (Chapitre I), et celle diachronique dans un second (Chapitre II). Par le biais synchronique, nous allons étudier les conclusions faites par MERLIN de Douai, alors procureur général, pour l'un des arrêts présentés. Dans ses conclusions, MERLIN a non seulement analysé la jurisprudence de l'Ancien Régime en la matière débattue, en particulier un cas de 1770, mais également inventé le fondement des arrêts « être moral » qui régissent, dès lors, la pratique administrative concernant les successions vacantes. Est condensé par cette invention le parti pris sur une des plus grandes problématiques juridico-politiques occidentales du XIX^e siècle, notamment celle de la féodalité. L'appui de ce fondement inventé, c'est notamment l'hérédité jacente (*hereditas iacens*), la mine la plus riche d'occurrences de *persona*. Quant à l'analyse diachronique, nous devons nous concentrer sur le revirement de la jurisprudence « être moral » en 1857 qui consiste, non pas en la substitution du terme « être moral », mais en la modification subtile de la frontière entre les catégories fondamentales des personnes et des choses. Ainsi, la notion de « personne » inconnue des rédacteurs du Code civil est indirectement reconnue par la Cour de cassation, sous l'influence probable de son Premier président de l'époque, TROPLONG. Ce revirement n'est pourtant pas de pure nature juridique. Grâce à l'intérêt de TROPLONG sur l'histoire du droit, le revirement s'est, en revanche, inscrit, au milieu des années 1830, dans la droite ligne de débats historiques et historiographiques sur le passé, le national, et le féodal.

Chapitre I Aspect synchronique de la jurisprudence

Dans le dernier chapitre, nous avons vu que le droit moderne de l'enregistrement est historiquement issu de l'ancienne législation en matière d'enregistrement, d'insinuation, de timbres et de centième denier. Les dispositions décrétées, que ce soit celles de 1790 ou bien celles de 1798, ont pour but la rationalisation et la systématisation de règles fiscales, plus que la suppression pure et simple de ce revenu important. Il va donc de soi que les magistrats chargés de traiter les susdites affaires cherchent à motiver leurs décisions par des arguments prérévolutionnaires. C'est dans cet esprit que MERLIN de Douai a présenté ses conclusions qui contribuent à l'arrêt du 9 prairial an XII (ci-dessus n° 3).

L'importance de ces conclusions est multidimensionnelle. Le premier aspect en est chronologique. C'est le premier texte que nous avons pu trouver qui, sous l'empire de la loi de l'an VII, développe amplement le sujet concret de l'exigibilité des droit d'enregistrements à l'égard des successions vacantes. Ensuite, son effectivité ne saurait être ignorée. Ces conclusions, dont l'auteur était alors procureur général près la Cour de cassation, ont non seulement été prononcées dans l'audience de la section civile le 9 prairial an XII (29 mai 1804), mais également été suivies par l'arrêt rendu le jour même. Un riche dossier auquel MERLIN se réfère a été joint à cette affaire de 1804 : il s'agit de l'arrêt du 14 août 1770 rendu par le Conseil du roi, lequel serait, d'après MERLIN, considéré « comme une sorte de règlement général donné en interprétation des lois qu'il rappelle »³⁷². L'on trouve dans ce dossier à la fois la décision et les moyens des parties en détail. Enfin, les références faites aux auteurs de l'Ancien Régime sont presque exhaustives. Les auteurs postérieurs dans ce domaine, dont nous

³⁷² MERLIN. *Questions de droit* (2e éd., t. 5). p. 136. Son orthographe. Les plaidoiries que nous allons traiter précèdent cette remarque. Nous renvoyons le lecteur une fois pour toutes à ce recueil. Il en existe plusieurs éditions, mais § II de l'article « succession vacante », ce dont nous nous sommes servi, reste identique.

connaissions déjà quelques-uns, sont encadrés par la bibliographie de MERLIN, et ne font que proposer de nouvelles interprétations et solutions.

Nous allons, dans un premier temps, nous occuper du relais des arguments anciens réalisés par le susdit dossier de MERLIN et voir comment l'Histoire se cristallise dans un cas concret (Section I). Dans un second temps, nous allons esquisser comment MERLIN a raisonné en purgeant l'argumentation feudiste de son vice politique (Section II). Le raisonnement de MERLIN nous est un repère idéal de l'usage de « personne » auquel se réfèrent les théories postérieures de personnalité morale (au sens contemporain) (Section III).

Section I Représentation de l'arrêt du 14 août 1770

Rappelons-nous brièvement l'arrêt du 9 prairial an XII. Il s'agit de la succession vacante d'un certain Ami Bouvier, huissier à Genève. Le Tribunal civil de l'arrondissement de Genève a débouté la Regie de l'enregistrement le 10 germinal an X (31 mars 1802) en annulant la contrainte imposée au curateur à ladite succession le 28 pluviôse de la même année (17 février 1802). C'est la première décision concernant la loi du 22 frimaire an VII qui évoque le terme « être moral », auquel, selon l'arrêt, la propriété du défunt est transmise. La composition exacte de la section civile qui a tranché l'affaire nous étant inconnue, le rédacteur du Code civil, Jacques de MALEVILLE en était alors président, et le Provençal Honoré MURRAIRE, le Premier président de la Cour³⁷³.

³⁷³ Auparavant appelée « Tribunal de cassation », dont Murraire était depuis 1801 le chef, et la section civile chargée par MALEVILLE peu après le coup du 18 brumaire, institution obtint sa nouvelle dénomination du sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804).

Une liste des membres de la cour se trouve dans : *Le Couronnement de Napoléon premier, Empereur des Français*. Paris : Guérin, 1806, p. 342-343. Il faut pourtant faire attentions à quelques erreurs, par exemple, René VIELART (1754-1809) au lieu de « VIELLARD », successeur de MALEVILLE à la section civile lorsqu'il rendit l'arrêt n° 8, Pierre HENRION [DE] PANSEY (1742-1829), futur Premier président, et Yves GANDON au lieu de « GANDOU », rapporteur de l'espèce.

Notre précédent relève de l'ancienne législation régissant le droit du centième denier. En matières des mutations par décès, cet ancien impôt se distingue du droit d'enregistrement en ce qu'il n'a pas lieu en succession en ligne directe, mais seulement en succession collatérale. Autrement dit, cette différence peut être ignorée en cas de succession vacante, où effectivement aucun héritier, que ce soit en ligne directe ou collatérale, n'est présent. Il s'agit en l'espèce de la succession vacante d'un certain Pierre ESCOURRE, décédé sans enfant en 1767. L'adjudicataire général des fermes demanda au curateur de la succession vacante d'acquitter le centième denier des biens immeubles dépendant de cette hérédité. Insatisfait, le fermier saisit l'intendant de Bordeaux et fut débouté le 6 janvier 1770. Cette décision fut motivée par l'impossibilité de translation de propriété en cas de succession vacante. La Regie appela de cette décision au Conseil du roi. MERLIN nous rapporte les moyens de l'administration contenus dans le jugement du Conseil.

Le désaccord consiste essentiellement en l'appréciation d'un arrêt du Parlement de Paris, à savoir celui du 5 juin 1736, auquel le grief de l'appelant s'appuyait et l'intimé, bien entendu, s'opposait. En raisonnant de manière associative, l'une et l'autre partie invoquèrent pour une affaire portant sur le centième denier de nombreuses analogies dues à la multiplicité d'impôts et de rapports fonciers. Tournant sur et autour de la notion de « mutation par décès », ces analogies concernaient, d'un côté, des modifications de la propriété, c'est-à-dire la succession et le déguerpissement, et, de l'autre, certaines dénominations d'impôt, en l'occurrence, « rachat » et « relief », références historiques du centième denier³⁷⁴.

³⁷⁴ Le répertoire Dalloz emprunte quelques lignes d'explications au feudiste C. POCQUET DE LIVONIERE. Celui-ci observe, dans son *Traité des fiefs* (liv. 4, ch. 1) : « Les fiefs, dans leur première institution, est réversibles en divers cas. Quand on a voulu les rendre patrimoniaux et héréditaires, ce qui ne s'est fait que par degrés et par succession de temps, les seigneurs, pour se dédommager, se sont réservé divers droits, mais entre autres... le droit de *rachat* ou *relief*. Il est appelé rachat en quelques lieux, parce que, moyennant certaine composition, réglée ordinairement au revenu d'un an, le successeur rachète le fief qui était dévolu au seigneur... En d'autres endroits, ce droit s'appelle relief, parce qu'il semble qu'on relève le fief qui est tombé en caducité

Sans suivre l'ordre de présentation originel, nous commencerons par les moyens de l'intimé, en l'espèce le curateur à la succession vacante de Pierre ESCOURRE et les syndics des créanciers unis (Paragraphe I). Les revendications du fermier appelant seront ensuite présentées (Paragraphe II). Avant d'entrer dans les analyses de MERLIN, nous donnerons quelques aperçus brefs de l'affaire (Paragraphe III).

Paragraphe I Moyens du curateur intimé

La défense se répartit en deux branches. Premièrement, le curateur évoquait l'argument de la translation parfaite selon laquelle une « mutation » de propriété devait être effectuée entre deux parties existantes, ou, en d'autres termes, « d'une main à une autre ».

C'est plutôt l'autre qui nous intéresse ici :

Le curateur à une succession vacante ne représente point le défunt, il n'est que le tuteur de l'hérédité. Les Romains avaient des esclaves qu'ils nommaient *servi hereditarii* ; et le § 2, aux Institutes, *de heredibus instituendis*³⁷⁵, définit parfaitement le rôle des curateurs aux successions vacantes. L'hérédité vacante représente la personne du défunt et non celle de l'héritier, suivant la loi 1^{er}, § 2, *D. de curatore bonis dando*³⁷⁶; et comme une hérédité ne peut jamais se

par la réversion qui s'en faisait au profit du seigneur... ». Les deux redevances s'appliquaient parmi d'autres à la succession, à la donation et au mariage. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public* nouvelle éd. / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ, t. 22. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1850, p. 288, n° 3962. Quant au centième denier, il fut créé par un édit du mois de décembre 1703. Ce nom provient de son tarif : un grand éventail de contrats et de titres translatifs de propriété de biens immeubles était dès lors soumis aux formalités d'insinuation et d'enregistrement moyennant le centième denier du prix des biens ou de leur valeur. Voir *Répertoire Dalloz* (nouv. éd., t. 22, 1850) / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 288-289, n° 3963-3964. Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE, E. RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement* (t. 2). p. 1545-1550, n° 1641-1644. Pour l'édit dans son intégralité, voir Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE, Esprit RIGAUD. *Nouveau dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèques et des contraventions aux lois du notariat*. 6 tomes, t. 5. Paris : Hingray, 1841, p. 16-22.

³⁷⁵ *Inst.* 2, 14, 3. Il nous semble que l'intimé se réfère précisément à cette phrase-ci : « *Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum et eius qui in utero est servus recte heres instituitur* ». Elle entrera dans notre discussion plus tard.

³⁷⁶ *D.* 42, 7, 1, 2. Paulus 57 ad ed. : « *Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet* ».

discuter ni s'administrer elle-même, on lui donne un curateur, comme on le donne au ventre et au pupille qui n'a point de tuteur. Si donc l'hérédité vacante ne représente que le défunt et non pas l'héritier, il n'y a point, dans la personne du curateur aux biens vacants, de mutation qui puisse produire des droits.

L'insistance sur la translation parfaite de propriété est, pour l'intimé de l'espèce, un argument de deuxième rang :

Ce n'est pas assez d'ailleurs que représenter le défunt ; il faut, pour opérer une mutation translatrice *de manu in manum*, le représenter comme héritier ; il faut figurer l'héritier, parce que l'héritier seul, ou le légataire, qui, en ce cas, est l'héritier testamentaire, prend la chose, la prend pour lui et représente de son chef. Il est incontestable que le curateur est absolument étranger au défunt [...] Si l'art. 151 de la Coutume de Paris ouvre l'action de retrait sur les curateurs aux successions vacantes, c'est décider que l'héritage ne leur a pas appartenu, et le considérer comme s'il sortait des mains du défunt en qui il était propre.

Evoquant, parmi d'autres, LOYSEAU et DUMOULIN, l'intimé en procède à circonscrire la fonction du curateur créé à une succession vacante et à distinguer l'ouverture de fief et la mutation :

Si l'on donne le curateur aux biens vacans pour homme vivant et mourant, c'est en considération de l'intérêt des seigneurs, qui, par la discussion des biens d'une succession vacante, perdent souvent l'espérance de les voir adjuger ; et il n'y a cependant de mutation que de la personne du défunt à l'acquéreur sur le curateur ; c'est comme si le défunt avait vendu lui-même. LOYSEAU, *Traité du déguerpissement*, liv. 6, chap. 5, n. 18, tient qu'il n'est pas dû de relief par le curateur au fief déguerpi, *parce que bien qu'il y ait ouverture du fief par le délaissement de l'ancien vassal, si est-ce qu'il n'y a encore aucune mutation actuelle du fief, dont aucun n'est fait seigneur ; et de ce que le curateur en fait la foi, ce n'est pas qu'il en soit seigneur ni qu'il demeure vassal, mais seulement il est vicaire et substitué, en attendant que, par la vente, il y ait un vassal.* [...] DUMOULIN, sur le §. 22 di tit. 1^{er} de l'ancienne coutume de Paris, gl. 1, n. 5, distingue aussi l'ouverture de la mutation ; et il dit que l'ouverture donne le droit de saisir, mais que la mutation acquiert le droit, s'il en est dû par

la qualité de la mutation.

En outre, l'intimé différencie l'espèce avec deux arrêts du Conseil du roi, l'un de 1723 et l'autre de 1745, et avec une décision de 1740.

En somme, l'intimé veut souligner que le curateur à la succession vacante de Pierre ESCOURRE n'est en l'espèce qu'un administrateur pur et simple, et qu'il ne saurait être confondu ni avec le défunt, ni avec l'héritier, ni avec le vassal éventuel.

Paragraphe II Revendications de l'adjudicataire général des fermes

Quant au fermier, il résume ainsi ses moyens d'appel :

Le curateur à une succession vacante représente l'héritier ; quoiqu'il soit considéré comme administrateur, c'est en lui que résident les actions actives et passives. *Le mort saisit le vif* à l'instant même ; et la propriété ayant cessé d'appartenir au défunt dès le même moment, il s'ensuit qu'il y a mutation de propriété dans la personne de celui qui représente l'héritier.

Autrement dit, le service fiscal veut justifier qu'il y a mutation tant qu'il y a un événement de décès. Le sort de l'hérédité qui en échoit n'empêche en aucun cas la perception du droit de centième denier. Le mort, ou, pour mieux dire, la charge fiscale saisit non seulement le hoir qui est le plus proche du défunt, mais tout ce qui possède la succession.

L'appelant précise immédiatement le registre dont relève son argument, et met en avant les autorités qu'il croit favorables à sa demande :

La mutation est si constante, qu'il est de principe indubitable, en matière féodale, que le curateur à une succession vacante ne peut être reçu en qualité d'homme vivant et mourant, sans avoir payé le droit de relief de son chef ; et que faute d'y avoir satisfait, le seigneur est en droit d'exercer la saisie féodale. Ce principe, attesté par FERRIERE sur BACQUET, ch. 14, a été confirmé par un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736, rendu en faveur du marquis de

ROYE, seigneur de la Ferté-au-Col, contre les créanciers et le curateur à la succession vacante du duc de la VIEUVILLE, mort sans enfants. – Le conseil a également jugé, toutes les fois que la question s’est présentée, que le droit de centième denier était dû en pareil cas, et qu’il devait être acquitté par préférence à tous créanciers, singulièrement par un arrêt du 28 juin 1723, qui a condamné les créanciers de la succession vacante du marquis de CHAMLAY, mort sans enfants, au paiement du centième denier des meubles qui en dépendaient, ainsi qu’à la peine du triple droit encourue. – Le roi, par sa réponse à l’art. 10 du cahier des Etats de Bourgogne, du 16 juin 1740, a confirmé encore la perception du centième denier des biens des successions vacantes [...] et par arrêt du 9 mars 1745, le conseil a réformé une ordonnance de l’intendance de Bourges qui était contraire à ces principes.

Sachant que la jurisprudence est plus nuancée que sa prétention en ce qui concerne les conséquences de curatelle, le fermier, afin d’isoler le curateur à une succession vacante des autres types de curateurs, introduit une autre distinction que, selon lui, l’on aurait ignorée avant l’arrêt de 1736 :

Si, avant l’arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736, il a paru qu’il y eût quelque diversité dans les opinions des auteurs, sur les effets que devait produire la nomination d’un curateur à une succession vacante, ce n’a été qu’aux yeux de ceux qui ont confondu ce curateur avec celui créé, soit aux biens d’un absent, soit à des biens déguerpis, soit à un fief saisi de la part des créanciers du vassal. Ils ont appliqué à ces différens curateurs les mêmes règles, d’où ils ont tiré les mêmes conséquences. Il y a cependant une distinction essentielle entre le curateur à une succession vacante et les autres. Cette distinction a été remarquée par les auteurs qui ont approfondi la matière : ils ont, en conséquence, reconnu que, quand le vassal est vivant, comme dans le cas de déguerpissement, d’abandon, de saisie et même d’absence, le curateur l’est seulement à la chose, c’est-à-dire aux biens ; mais que, lorsque le fief est ouvert par la mort du vassal, le seigneur peut, après quarante jours, saisir faute d’homme, si les héritiers, ou si les créanciers, en cas de renonciation de la part des héritiers, ne font faire la foi et hommage et payer le relief ou rachat par le curateur à la succession, qui devient l’homme du seigneur et vassal provisionnel.

La distinction que fait le fermier oppose donc les curateurs aux biens au curateur à une succession vacante qui, si nous osons dire, n'est pas moins chargé de la personne du vassal. Celui-ci serait personnellement engagé en matière de relief ou de rachat. Il ne faut donc pas y appliquer les règles communes de curatelle. A ce propos, l'adjudicataire fait recours à AUZANET, FERRIERE et CHOPIN. C'est surtout FERRIERE dont les remarques lui paraissent pertinentes :

[FERRIERE, NDLR] s'explique encore disertement dans son *Dictionnaire de droit*, où, après avoir distingué les divers curateurs, il dit que celui aux biens vacans n'est pas réputé propriétaire, le débiteur vivant l'étant jusqu'à l'adjudication par décret ; mais que, quoique le curateur à une succession vacante ne soit pas réellement propriétaire, néanmoins comme il est de l'intérêt du seigneur d'avoir un vassal ou un homme qui le représente, celui qui lui est donné pour et au lieu du vassal, doit faire la foi et hommage, parce qu'il tient lieu d'homme vivant et mourant ; et il doit payer le droit de relief à cause de la mutation.

Par ailleurs, l'appelant cherche à borner la portée des énoncés de LOYSEAU et de GUYOT aux cas de déguerpissement, y compris celui de l'arrêt du 24 juillet 1600, rapporté par LALANDE sur l'art. 4 de la coutume d'Orléans.

L'un des points de litige entre les parties, c'est certainement la question de savoir qui la succession vacante et son curateur représentent respectivement. Si l'intimé clame que la succession vacante représente, sous la tutelle du curateur qui lui est nommé, le défunt, l'appelant pense très différemment :

Il est hors de doute que celui aux biens déguerpis représente le dernier possesseur qui a déguerpi ; et il est également certain que le curateur à la succession vacante ne pouvant représenter un homme mort, représente effectivement l'héritier qui a renoncé, et auquel il est subrogé comme vassal provisionnel.

Autrement dit, le défunt étant définitivement hors de considération, ce qu'il faut prendre en compte, ce n'est que l'héritier et éventuellement le curateur à l'hérédité qui aurait été acceptée. Voici la relation entre ceux-ci :

Si l'on dit que le curateur représente le défunt, ce n'est pas que l'on puisse prétendre qu'il passe pour la personne même du défunt ; il ne le représente que comme l'héritier le représenterait ; ce n'est que la renonciation de cet héritier qui a occasionné sa création, non pour disposer des biens à son gré, mais pour représenter l'héritier à tous autres égards.

En tirant des conséquences de l'arrêt du 5 juin 1736, l'autorité fiscale parvient à éclaircir encore sa position dans sa conclusion, d'après laquelle la mort seule suffit à faire acquérir le droit de centième denier :

Il n'est pas même nécessaire, pour opérer le droit de centième denier, qu'il soit nommé un curateur à la succession ouverte en ligne collatérale et devenue vacante, parce que, dès le moment de cette ouverture, le droit est acquis ; c'est une charge de la succession qui n'intéresse point personnellement le curateur ; il n'est tenu d'y satisfaire que comme administrateur et sur la chose même ; en sorte que, si l'on se dispensait de nommer un curateur, les régisseurs ou autres administrateurs des biens ne seraient pas moins tenus de satisfaire au paiement du droit.

Pour conclure les moyens pro-fiscaux, nous pouvons dire qu'ils sont essentiellement fondés sur le caractère réel du droit de centième denier. Aucune exception de nature personnelle ne serait admise à ce droit réel. Que le curateur ne soit qu'un simple administrateur des biens vacants, ou bien qu'il n'ait pas telle ou telle qualité, ce genre de répliques ne pourrait en aucun cas compromettre la perception du droit de centième denier, car elles sont toutes fondées sur des distinctions de personnes.

Paragraphe III Aperçus brefs

Les questions présentées devant le Conseil du roi paraissent, à première vue, celles de savoir, d'emblée, qui le curateur à la succession vacante représente, ensuite, ce que « représenter » doit en l'espèce entendre, enfin, comment apprécier la jurisprudence antérieure à l'instar de l'arrêt de 1736 du Parlement de Paris, etc. Il est vrai que la notion de représentation était, dans cette affaire, hautement contentieuse. Le fermier clama que le curateur tenait lieu de l'héritier répudiant, et entendit par là non pas une relation dans laquelle tout acte réalisé par le représentant est directement imputé au représenté, mais, effectivement, une sorte de substitution, c'est-à-dire le remplacement de l'héritier ou de l'acquéreur potentiel par le curateur. A son encontre, le curateur et les créanciers mirent en exergue la distinction entre le curateur et les biens qu'il est chargé de gérer. Afin de dépasser cette distinction, le trésorier n'accentua que sur l'ouverture au droit par le simple fait du décès.

Toutefois, nous devons signaler un autre aspect dans que les parties auraient pu envisager, notamment la confrontation entre le droit féodal et le droit romain. La demande de centième denier dépendait, nous le voyons bien, entièrement de quelques édits royaux et d'un certain texte interprétatif associé. Elle se situa sur le plan du droit féodal et n'emprunta de secours à aucun auteur romaniste, bien que l'affaire eût lieu au sein du ressort de l'intendance de Bordeaux, où le droit écrit jouait un rôle non négligeable. En revanche, la défense du curateur fut corroborée de certains éléments romains qui furent mis en avant, et plus ou moins correctement compris.

Ayant reproduit les moyens des parties, le Conseil du roi rendit le 14 août 1770 son arrêt, en infirmant la décision de l'intendant de Bordeaux et ordonnant le paiement du droit de centième denier dû par la succession vacante de Pierre ESCOURRE. Cet arrêt, succinctement motivé mais abondamment documenté, n'évoqua que l'édit du mois d'août 1706, l'art. 18 de la

déclaration du 19 juillet 1704, sa jurisprudence, et une réponse du roi.

Ce qu'il faut également noter, c'est que ce dossier d'Ancien Régime ne développa pas, par rapport à la jurisprudence relative à l'enregistrement, la question sur le statut de la succession de l'espèce jusqu'au point de la qualifier d'être moral.

Comme toutes les résolutions de cas concrets, l'arrêt précédent laisse quelques questions ouvertes, dont certaines seront exploitées par MERLIN dans son propre discours.

Section II Romanisation d'une institution féodale

MERLIN doit répondre à deux questions. La première consiste à savoir pourquoi l'arrêt de 1770 jouit encore de quelque autorité. Qu'un arrêt en matière féodale doive toujours être respecté après la Révolution, cela ne va pas de soi (Paragraphe I). La seconde, encore plus compliquée, c'est comment maintenir la même jurisprudence sans ressusciter le droit féodal censé guillotiné (Paragraphe II).

Paragraphe I Autorité de la jurisprudence ancienne

Le tout premier, et probablement le plus grand obstacle que notre Procureur général MERLIN devait surmonter était de justifier comment un cas d'Ancien Régime, ou plus précisément un cas de droit féodal, résolu dans le profit du suzerain, pouvait servir de référence sous l'empire du Code civil. La suite chronologique est, en l'espèce, très importante. Rappelons-nous que l'affaire d'Ami BOUVIER, que la Cour de cassation était en train d'examiner, s'est produite en an IX et a été jugée à Genève le 10 germinal an X (31 mars 1802), que le titre *Des successions* du futur Code civil a été décrété le 29 germinal an XI (19 avril 1803) et promulgué le 9 floréal suivant (29 avril 1803), le Code, dans son état définitif, étant promulgué le 30 ventôse an XII (21 mars 1804), et que nous étions le 9 prairial an XII (29 mai

1804). L'hostilité envers les institutions féodales était, à l'époque, certainement incomparable avec les premières années de la Révolution, mais il est imaginable que l'on s'abstienne d'en faire éloge. L'état de chose est encore plus délicat si l'on tient compte du parcours de MERLIN.

L'auteur des conclusions que nous étudions n'était pas un technicien positiviste du droit et avait, outre sa carrière dans la magistrature, d'autres expériences. En effet, il s'était engagé en politique depuis la Révolution, en tant que député de Douai et membre du comité des droits féodaux. Il avait rapporté plusieurs fois devant l'Assemblée nationale au nom dudit comité. L'on aurait donc tort de supposer que nos questions sur le centième denier lui étaient inconnues. En effet, l'ancien parlementaire avait, nous semble-t-il, une attitude plus ou moins modérée à l'égard du régime féodal que l'on voulait abolir par le décret du 4 août 1789³⁷⁷. Il en est de même en notre matière ce qui concerne la tradition prétorienne que d'autres contemporains de MERLIN voulaient, en revanche, condamner. Le jurisconsulte flamand défendait en effet devant ses collègues la jurisprudence du Conseil du roi, justement en harmonisant les arguments feudistes avec, d'un côté, le Code civil et, de l'autre, le droit romain.

Ayant présenté la jurisprudence à ses collègues et, MERLIN a immédiatement abordé la

³⁷⁷ Ses observations concernant les banalités autrefois imposées aux moulins, fours et pressoirs, etc., sont exemplaires de son orientation. Alors que l'Assemblée constituante examinait la question de droits féodaux, le principe adopté étant la suppression totale de ces droits-là, l'on discutait ensuite sur les exceptions éventuelles de ce principe. Ce principe consacré par l'art. 23 de la loi des 15-28 mars 1790. La suggestion de MERLIN, reproduite aussi dans l'article *Banalité* de son Répertoire, ce fut de maintenir toutes les banalités originaires d'une concession de fonds ou d'une convention. Auquel l'on répondit que leur effet ne pouvait s'étendre aux banalités consenties entre des communautés d'habitants et leur seigneur. Avant d'exprimer l'avis contraire de l'éditeur, le Répertoire Dalloz rappela toujours en 1857 les remarques personnelles de MERLIN : « Est-il possible, est-il juste, en matière de conventions surtout, d'argumenter du particulier au général ? Parce que tel seigneur a été un tyran, faut-il que tous les contrats faits entre les seigneurs généralement quelconques, et leurs communautés d'habitants, soient frappés d'anathème ? Jusqu'à présent on n'a pas regardé les communautés d'habitants comme incapables de contracter avec leurs seigneurs ; et cependant il faudrait bien les considérer comme ayant toujours été liées par une sorte d'incapacité de celte nature, si aujourd'hui les conventions qu'elles ont souscrites étaient présumées l'ouvrage de la tyrannie, de la violence et de l'oppression ». *Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* nouvelle éd. / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ, t. 38. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1857, p. 420-421, n° 407.

Le rapport que le député de Douai fit à l'Assemblée nationale au nom du comité de la féodalité le 8 février 1790 est consultable sur Gallica dans une édition électronique réunissant d'autres 32 textes par la cote NUMM-56647.

question de l'applicabilité. Il a cité en détails les textes régissant la question de centième denier de notre espèce, notamment l'art. 25 de l'édit de décembre 1703, les art. 18 et 21 de la déclaration du 19 juillet 1704 et l'édit du mois d'août 1706 : il les a comparés avec la législation moderne en matière d'enregistrement, c'est-à-dire les art. 2 (§ 4) et 12 de la loi des 5-19 décembre 1790, et les art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an VII. Il a, à partir de cette comparaison, observé que les anciennes et les nouvelles lois partageaient le même principe d'exigibilité. Selon lui, ce serait toujours l'ouverture au droit qui devait compter. Il ne conviendrait donc pas de discuter le fait qu'une mutation soit parfaite ou non.

Ainsi, comme le fermier dans l'affaire de 1770, l'on serait tenté de dire qu'et le centième denier, et le droit d'enregistrement sont de caractère réel. Cette proposition se heurte, toutefois, à une difficulté qui allait déranger la Cour de cassation quelques années plus tard. C'est, précisément, la gradation de taux qui permet à l'arrêt n° 9 de qualifier le droit d'enregistrement de charge personnelle. Déjà, l'art. 25 de l'édit de décembre 1703, que MERLIN lui-même a reproduit, avait mis en évidence que les héritiers en ligne directe sont également obligés de payer la moitié du centième denier dû pour les collatéraux, si les coutumes locales prévoient au droit du seigneur d'autres droits nés de succession en ligne directe. Les lois de 1790 et de 1798 n'ont fait que raffiner la distinction d'héritiers qui était autrefois une simple opposition entre les héritiers en ligne directe et les parents collatéraux. Le degré de parenté a, désormais, été pris en compte. Or la gradation n'était faite, aux yeux de MERLIN, qu'à titre démonstratif. Elle ne servirait qu'à concrétiser le principe abstrait selon lequel toute mutation prévue donne ouverture au droit. En d'autres termes, il ne s'agirait pas d'énumération, donc pas de lecture limitative non plus. La succession vacante, que ni l'une ni l'autre loi n'a évoquée, devrait, par la suite, être soumise au droit d'enregistrement.

Paragraphe II Justification de droit romain sans DUMOULIN

Bien que MERLIN ait, jusque là, l'air de pencher en faveur de l'ancienne jurisprudence, il n'a pas, à notre avis, voulu raisonner avec un accent féodal. En effet, il n'a pas adhéré à la prétention radicale selon laquelle le fait du décès seul suffit à faire acquérir le droit de centième denier. En revanche, le magistrat connu pour son érudition s'est efforcé d'expliquer pourquoi il y a mutation même en cas de succession vacante. Son explication a pour but de réfuter deux prétentions, l'une avancée par l'intimé de l'arrêt de 1770 et l'autre éventuellement soulevée au vu des dispositions du Code civil alors en vigueur.

La seconde, qui nous concerne moins que l'autre, ne sera que brièvement exposée. Il s'agit du rôle que joue le fisc dans une succession. L'on se demande si l'Etat est héritier ou non quand une succession est vacante. MERLIN y a donné une réponse négative en dégageant des art. 769, 770 et 790 la conclusion selon laquelle que l'Etat ne devient pas de plein droit héritier en acquérant les biens vacants. Il a, par ailleurs, cité le commentaire de son collègue HENRION DE PANSEY sur DUMOULIN, qui met en évidence que, dans le droit féodal, le fisc n'arrive qu'après la saisie féodale effectuée par le seigneur.

La première prétention mérite davantage d'attention. C'est notamment la doctrine qu'a professée le curateur de l'affaire d'ESCOURRE :

Consuetudo loquitur in mutatione plena ex parte utriusque extremi videlicet quando feudum ab uno recedit et transit seu transfertur in alium.

Cette thèse signée DUMOULIN indique que la coutume entend par « mutation parfaite » une opération effectuée nécessairement entre deux « bouts » ou deux extrêmes quand un fief se retire de l'un et passe ou bien se fait transférer à l'autre. Nous savons également qu'elle a été condamnée par l'arrêt de 1736, ainsi que par beaucoup d'autres auteurs. Ce qui manque toujours, c'est une critique de fond que MERLIN voulait entreprendre là.

Sa critique se concentre sur le sort de la propriété après la mort de son maître. En écartant les cas d'acceptation pure et simple et de délibération, qui ne posent, d'ailleurs, aucune difficulté, MERLIN met en relief le cas de vacance, c'est-à-dire là où l'héritier a renoncé ou n'a pas accepté après que le délai légal s'est achevé. Il rappelle l'impossibilité de laisser la propriété en suspens – souvenons-nous de la phrase prononcée pendant la préparation du Code civil : « Il faut que la succession repose sur une tête quelconque »³⁷⁸. Cela nous amène à la question délicate de savoir qui est propriétaire des biens délaissés en cas de succession.

Ici, l'éloquent Douaisien a énoncé notre mot-clé en s'appuyant sur le *Traité des substitutions fidéicommissaires* de C.-F. THEVENOT D'ESSAULES DE SAVIGNY³⁷⁹ :

Les biens qui sont sortis par mort de la main de leur précédent possesseur, ont donc un propriétaire, même après que l'héritier présomptif a renoncé, puisque, s'ils n'en avaient point, leur propriété resterait en suspens, ce qui est légalement impossible.

Mais ce propriétaire, quel est-il ? C'est un être moral que la loi appelle HEREDITE. « Les jurisconsultes romains (note de MERLIN : THEVENOT, page 188) étaient si éloignés d'admettre la suspension de propriété, que, pour éviter cet inconvénient, ils avaient imaginé de PERSONNIFIER L'HEREDITE, en la rendant PROPRIETAIRE DES BIENS, jusqu'à ce que l'héritier le devînt par l'addition ».

Fort de cette doctrine attribuée au droit romain, MERLIN a procédé à son observation principale en citant plusieurs fragments du Digeste dont nous allons bientôt discuter :

L'héritier est donc, avant l'acceptation de l'héritier, dans le même rapport avec le défunt, que le défunt l'est avec l'héritier après l'acceptation de celui-ci. De même donc que l'héritier, après son acceptation, représente le défunt, de même aussi le défunt, avant l'acceptation, est représenté par l'hérédité ; de même

³⁷⁸ Voir ci-dessus p. 167.

³⁷⁹ Claude-François THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY, avocat au parlement, avocat général au conseil supérieur de Blois en 1771, et auteur d'un dictionnaire du Digeste et d'un traité de substitution fidéicommissaire.

donc que l'héritier, par son acceptation, est censé, par l'effet de cette représentation, avoir reçu des mains du défunt les biens que ce dernier a laissés ; de même aussi avant l'acceptation, le défunt est censé avoir transmis à l'être moral qu'on appelle *hérédité*, les biens dont il a été dépouillé par sa mort. De même donc enfin, que l'héritier devient, par son acceptation, propriétaire à la place du défunt que l'hérédité est propriétaire avant l'acceptation. Donc, avant l'acceptation comme après, il y a mutation par décès ; donc, avant l'acceptation comme après, il y a transmission de propriété par mort ; donc, avant l'acceptation comme après, le droit d'enregistrement est dû, le droit d'enregistrement est exigible, lorsqu'une fois il s'est écoulé plus de six mois depuis l'ouverture de la succession.

Voici l'argument dont la section civile a entendu parler avant de rendre l'arrêt n° 3. Cet argument s'est également imposé dans l'arrêt n° 4, toujours rendu par la section civile de MALEVILLE. Ce rédacteur du Code, d'origine périgordienne, qui était nourri de culture de droit écrit et qui connaissait fort bien le principe de non-suspens, qu'il a rappelé dans son fameux commentaire, a également présidé l'audience de l'arrêt n° 2, que les conclusions précitées ont incorporé. Nous pouvons saisir l'influence que le discours de MERLIN a exercée sur MALEVILLE en comparant les deux arrêts qui ont successivement été rendus en moins de trois mois par la même section. Dans le n° 2, l'arrêt de 1736 du Parlement de Paris a également été évoqué, toutes ses conséquences en étant tirées. Le commissaire du gouvernement n'était pas MERLIN, mais l'Auvergnat Gilbert-Amable JOURDE (1757-1837), et ses conclusions ne nous sont pas disponibles. La décision n'a été motivée que sur une série de négations, et s'est rapprochée plutôt de la thèse fiscale, selon laquelle le fait de mort seul donne ouverture au droit. En revanche, l'arrêt n° 3 ne se contente pas de prôner le principe général qui ne mentionne nulle part succession vacante. Certains auteurs ont à cet effet, nous le savons déjà, cherché à faire valoir une interprétation stricte, littérale et limitative. Le fondement de l'arrêt du 9 prairial an XII a été une réponse à ce littéralisme que les contribuables auraient préféré. Sans recours au langage feudiste, cet arrêt a ouvertement reconnu la thèse de mutation parfaite, tout en

remplissant la place que le défendeur estimait vacante par un être moral. A vrai dire, cette solution est plutôt une concession qu'une réfutation de la proposition de translation parfaite attribuée à DUMOULIN, car l'on ne s'arrête pas à l'ouverture au droit en ignorant tout ce qui s'ensuit, mais l'on neutralise, au contraire, la proposition défensive en suppléant au défaut d'acquéreur ou de destinataire des biens successoraux qu'a dénoncé le curateur intimé.

En bref, la contribution de MERLIN à ce changement de jurisprudence se manifeste en cette réponse de fond affirmative qui ne dérive pas de la littérature feudiste. Le Procureur général a de cette manière réussi à construire une synthèse de droit romain et de droit féodal. Si l'on ne peut plus soutenir la prétention radicale selon laquelle l'événement de décès seul donne ouverture au droit d'enregistrement, il n'empêche que le curateur à une succession vacante est obligé sous peine de demi-droit en sus de s'acquitter des droits qu'a dus l'hérédité. Cette synthèse permet, en outre, de ne pas entamer la question de savoir si le droit d'enregistrement est de caractère réel ou personnel. L'arrêt du Conseil du roi de 1770 n'a pas explicitement abordé ce problème. Littéralement, l'on ne trouve dans les moyens de l'appelant adoptés par le Conseil que les propositions négatives telles que « [le centième denier est] une charge de la succession qui n'intéresse point personnellement le curateur » et que « [le curateur] n'est tenu d'y satisfaire que [...] sur la chose même ». Ces idées peuvent s'expliquer simplement en termes de pragmatisme fiscal s'il y en a un, ou bien par affirmation d'une prérogative suzeraine qu'un vassal doit subir sans s'en plaindre. Il n'est pas nécessaire que le fermier range le droit de centième denier dans la catégorie de droit réel. Grâce à la solution de MERLIN approuvée par le collège de MALEVILLE, l'hérédité se personnifiant, il n'y a pas lieu de débattre s'il s'agit d'un droit personnel ou d'un droit réel.

Section III Leçon de grammaire : personnification et *personam sustinere*

Paragraphe I Comment traduire « *personam sustinere...* » ?

En ce qui concerne l'usage du mot « personne », il faut admettre que l'on est tenté d'interpréter la phrase de THEVENOT de la façon suivante : si « personnifier l'hérédité » veut dire « rendre l'hérédité propriétaire des biens », l'on pourra aussi dire l'hérédité *est*, dans ce cas-là, *une personne*, et justifier, par là, tout ce que la doctrine moderne prétend en cette matière. Cela nous paraît pourtant hâtif. Il est clair que l'hérédité personnifiée s'appelle « être moral » chez THEVENOT, MERLIN, et aussi dans l'arrêt n° 3. Les fragments qu'a cités MERLIN et les traductions qu'il en a données sont très révélateurs de ce que l'on entendait à l'époque. Sont entrés dans son discours :

... la loi 80, *D. de legatis* : si, dit-elle, le légataire accepte le legs qui lui a été laissé purement et simplement, c'est sur sa tête que passe directement la propriété qui a d'abord résidé dans l'hérédité, et qui n'a jamais été transmise à l'héritier : *si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, QUOD HEREDITATIS FUT, ad legatarium transit, nunquam factum heredis*. La loi 34, *D. de acquirendo rerum dominio* est encore plus expresse : *hereditas*, ce sont ses termes, *defuncti personam sustinet*. Enfin, la loi 31, §. 1, *D. de heredibus instituendis*, décide également qu'avant l'acceptation de l'héritier, *ante aditam hereditatem*, l'hérédité est considérée comme propriétaire des biens qui la composent, *hereditatem dominam esse*, et qu'elle tient la place du défunt, *defuncti locum obtinere*³⁸⁰.

MERLIN les a correctement compris, mais ne les a pas tous traduits. Ce qu'il n'a pas

³⁸⁰ Les fragments cités sont les suivants :

PAPINIEN, 1 def., *D. 31, 80* : « *Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat nunquam factum heredis* ».

ULPIEN, 4 de cens., *D. 41, 1, 34* : « *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatur est* ».

GAIUS 17 ad ed. provinc., *D. 28, 5, 31, 1* : « *Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere* ».

La référence à l'ouvrage de THEVENOT s'arrête, en fait, au bout du deuxième fragment. C'est MERLIN qui a évoqué le troisième. Voir Claude-François THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY. *Traité des substitutions fidéicommissaires, contenant toutes les connoissances essentielles selon le Droit Romain et le Droit Français : avec des notes surs l'Ordonnance de 1747*. Paris : Moutard, 1778, p. 188..

mis en avant, c'est la construction syntaxique qui nous intéresse : dans le deuxième fragment, nous trouvons les locutions « *personam defuncti sustinere* » et « *personam heredis sustinere* ». Dans le troisième, il y a « *defuncti locum optinere* », en dépit de l'obscur « *dominam esse* »³⁸¹. Ces trois occurrences exemplifient bien l'ancien usage du mot latin « *persona* ». Les trois partagent cette structure commune : un nom à l'accusatif suivi par un autre nom au génitif se dit avec un verbe de la famille de « tenir ». L'on peut se demander comment interpréter ce génitif, car il y a plusieurs possibilités. Une toute première est de lire ces occurrences mot à mot et de supposer qu'il y ait un rapport d'appartenance entre *persona* et le nom qui le suit. Les traductions des deux premières hypothèses seraient dans ce cas-là « tenir la personne *du défunt* » ou « tenir la personne *de l'héritier* ». L'un et l'autre posséderaient, chacun, une personne, ou bien ils seraient tous les deux des personnes. Une autre hypothèse qui n'est pas moins littérale est de traduire les deux occurrences par « tenir la personne *de défunt* » et « tenir la personne *d'héritier* ». *Défunt* et *héritier* seraient en conséquence deux espèces de personnes. Ainsi disant, l'on aurait pour but de parler au niveau abstrait et de ne pas confondre les catégories « défunt » et « héritier » avec les hommes concrets qui sont morts et ou bien qui succèdent à un autre.

Il peut y avoir encore une troisième interprétation selon laquelle « *personam sustinere* » est une locution figée et signifie « jouer le rôle de » ou bien « représenter » tout court. Elle se justifie par le fait que le génitif peut être seulement une solution syntaxique par laquelle deux noms se relient sans produire un effet sémantique entre eux. Les occurrences ci-dessus devraient être traduites par « représenter le défunt » et « représenter l'héritier ». Cette interprétation nous semble la plus convenable, non seulement parce que l'on voit des auteurs

³⁸¹ Le terme « *domina* » a été beaucoup discuté du point de vue philologique. Il suffit, pour l'instant, de savoir que l'on relève dans une édition de 1783 du commentaire de POTHIER « *dominum* » au neutre, au lieu de « *domina* » au féminin. *Pandectae Justinianae*, t. II, 1783 Lugdunum : Bernuset, 28, 5, XXI, p. 198.

classiques employer fréquemment *personam* avec *sustinere*, *tenere*, *gerere*, etc., mais également parce qu'elle rend en même temps le contexte intelligible. L'expression « *defuncti locum optinere* » jusqu'ici pas encore discutée veut dire au fond la même chose que *personam defuncti sustinere*. MERLIN croyait aussi que ces fragments s'inscrivaient tous dans la droite ligne de la doctrine qui reconnaissait à l'hérédité sa propre existence. De ce point de vue, « *personam defuncti sustinere* » doit également être traduit par « tenir le lieu du défunt ».

Paragraphe II Impossibilité grammaticale d'une « notion » de personne

De plus, la troisième interprétation éclaircit la préférence du terme « être moral ». Tandis que les Modernes sont tentés de dire « personne morale », les Anciens ont constamment choisi ce terme aujourd'hui désuet. Nous verrons plus tard que les deux arrêts que nous avons déjà présentés ne sont pas exceptionnels, et que cette terminologie a perduré dans la jurisprudence pendant un bon demi-siècle. La raison pour laquelle les Anciens n'ont pas désigné l'hérédité par « personne morale » n'est pas parce qu'ils n'avaient pas cette notion, mais, c'était, à notre avis, une impossibilité au niveau grammatical. L'on n'arrachait, à l'époque de MERLIN et de MALEVILLE, ni *persona*, ni *locus* aux locutions figées dont les deux mots font partie, et l'on attendait toujours un complément au génitif qui déterminait ce à quoi les deux locutions se rapportent. En d'autres termes, si *persona* et *locus* portaient chacun un sens particulier et pouvaient donc s'employer sans le complément au génitif, l'on serait autorisé à dire « *personam sustinere* » et « *locum optinere* » tout court. Si cela avait été le cas dans les textes précités, ni MERLIN ni ULPIEN dans le deuxième fragment n'auraient eu besoin d'invoquer l'opposition entre un défunt et son héritier. Puisque le Procureur général n'avait pour but que de justifier la transmission de propriété entre un mort et sa succession jacente, il aurait pu tout simplement dire comme nos juristes contemporains que l'hérédité « tenait lieu de personne », et ainsi éviter le paradoxe éventuel selon lequel l'hérédité représente le défunt et

obtient, à la fois, la propriété de celui-ci. Il manquerait une contrepartie au profit de laquelle le transfert de la propriété s'opère, car l'on ne représente quelqu'un qu'à l'égard des tiers. Pourtant, force est de constater que nulle part dans ce développement sur le statut de l'hérédité il n'a été énoncé le verbe « représenter ». Il nous semble que MERLIN l'a fait consciemment. Lorsqu'il a lui-même mis en parallèle, d'un côté, *dominam esse*, et, de l'autre, *defuncti locum optinere*, il a voulu contourner le rapport de représentation sur lequel l'on pourrait se méprendre. Il voulait dire que l'hérédité est entrée à la place que le défunt n'occupait plus et qu'elle est donc devenue elle-même titulaire des biens de celui-ci. C'est dans ce sens qu'il fait équivaloir la relation entre le *de cuius* et l'hérédité avant l'acceptation et celle entre le défunt et l'héritier après l'adition de celui-ci. Cela revient à dire que les énoncés de MERLIN n'ont rien de redondant, et que ni *persona* ni *locus* ne saurait être employé tel quel.

Il ne faut pas, par ailleurs, prétendre que les trois hypothèses s'excluent les uns les autres. Cela s'explique si l'on tient compte de l'ancienne acception de *persona*, c'est-à-dire masque utilisé dans une pièce de théâtre. Quand l'hérédité est réputée porter un masque de défunt, elle joue ce rôle de mort, ou bien représente le personnage du décédé. Néanmoins, c'est en l'occurrence le sens figuré de « jouer un rôle » qui vaut, non pas le sens propre. De même, puisque « personnifier » peut remonter à la même origine de vocabulaire théâtral, ce verbe signifie, en l'espèce, « faire jouer un rôle », « faire représenter un personnage ». Lorsque MERLIN a dit, en reprenant le mot de THEVENOT, que les jurisconsultes romains personnifient les biens délaissés par un défunt, il a, tout simplement, résumé les trois fragments du Digeste qu'il a tout de suite cités. Il n'entendait pas argumenter par métaphore ni réactiver l'étymologie de *persona* qui n'aurait servi à rien pour la délibération de ses collègues.

Certes, il est possible que le verbe *personnifier* combine le sens figuré de faire porter un masque et le sens juridique de « personne » qui s'oppose aux choses. L'opposition entre

personae et *res* est si fondamentale en droit civil que la génération des juristes dont MERLIN faisait partie ne l'aurait pas pu ignorer. Nous avons également lu chez LOCRE, contemporain de MERLIN, l'opposition entre « la personne » et « la propriété » selon laquelle la personne est la première de toutes les propriétés dont on peut disposer. Cela dit, il semble que l'on puisse rapprocher le système de MERLIN de la conception contemporaine de « personne ». « Personnifier les biens délaissés » pourrait signifier faire d'une masse de choses une personne, un sujet de droit. MERLIN aurait donc déjà connu l'emploi absolu du mot *personne*, c'est-à-dire l'emploi courant de nos jours. Cependant, cette thèse a, encore une fois, un inconvénient grammatical : il ne suffit pas de dire « jouer un rôle » ou « faire jouer un rôle ». Un rôle est toujours à préciser, par exemple, un rôle « d'Œdipe » ou « d'Odyssée ». Dans les locutions *personam sustinere* et *locum optinere*, il doit toujours y avoir un complément au génitif qui sert justement à spécifier ce à quoi l'action de représentation se rapporte. *Hereditas personam sustinet* tout court, cela ne peut pas se traduire en français par « une hérédité porte une personne », mais par « une hérédité représente » ou « une hérédité tient lieu ». Ce sont deux phrases inachevées, puisqu'il y manque un complément d'objet, en particulier dans le cas de *représenter*, un verbe transitif. C'est aussi la raison pour laquelle THEVENOT n'a retenu du fragment d'ULPIEN que « *hereditas personam defuncti sustinet* » lorsqu'il parlait de l'hérédité personnifiée que les jurisconsultes romains ont rendue propriétaire des biens³⁸². Il ne suffit pas de dire *personam sustinet* sans *defuncti* pour que l'hérédité soit propriétaire. Faute de ce complément au génitif, l'énoncé risquerait d'être incomplet sur le plan de la grammaire, et, par conséquent, de tomber dans le domaine du non-sens.

En somme, la synthèse qu'a proposée MERLIN est destinée à faire reposer l'exigence en matière féodale sur un fondement verbalisé à la romaine. Bien que le corpus de droit romain

³⁸² THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY. *Traité des substitutions*. p. 188. C'est lui qui a mis les deux mots en italique.

ne contienne aucun texte régissant le rachat, relief, centième denier, droit d'enregistrement ou autre impôt similaire, le Procureur général y a trouvé le soutien nécessaire à la jurisprudence du Conseil du roi qui porte directement sur la matière en question. Grâce à cette solution contresignée par le Douaisien et ensuite les magistrats qu'il a convaincus, une institution féodale qui a inspiré les auteurs de l'édit de mars 1693, de la loi de 1790 et de celle de 1798 a été purgée de tous les maux idéologiques liés à son origine historique. Il nous semble que cela, mise à part l'importance de ce revenu pour l'Etat, a, dans une certaine mesure, contribué au maintien centenaire de la jurisprudence pro-fiscale.

En ce qui concerne notre recherche, la signification de la jurisprudence étudiée ne réside pas abstraitement dans l'esprit romaniste qu'elle a manifesté, mais, plus concrètement, en ce qu'elle a mis en relation la problématique de la succession vacante de droit positif codifié et celle d'hérédité jacente de droit romain, dont nous allons bientôt discuter. Ce que le droit civil français de la première moitié du XIX^e siècle a repris, ce sont, non pas seulement des arguments provenant de celle-ci, mais, eu égard à notre matière, également tout un vocabulaire particulier, ainsi que son mode d'emploi. Nous venons d'en tirer quelques conséquences : les locutions latines « *personam* + complément au génitif + *sustinere* » et « *locum* + complément au génitif + *optinere* » sont passées dans le français de juristes, et ont permis de dire que « l'hérédité tient la place du défunt » ; *persona* et *locus* s'emploient tous les deux dans une locution figée, et sont tous les deux liés à un complément qui précise le véritable objet auquel l'action désignée par telle locution se rapporte ; l'on ne tire, et ne peut tirer de cet emploi de *persona* aucune conséquence relative à la théorie générale de « personne », ou bien à celle de « personnes morales ».

*
* *

Ayant examiné le raisonnement de MERLIN qui a, durant un bon demi-siècle, gouverné la jurisprudence et la pratique de l'enregistrement, nous devons encore étudier le revirement de cette jurisprudence qui, pour notre objet de recherche, officialise un concept de « personne » dont le nôtre est largement tributaire.

Chapitre II Revirement de la jurisprudence « être moral »

Nous savons que la jurisprudence portant sur l'exigibilité des droits d'enregistrement en cas de succession vacante était demeurée constante dans sa conclusion tout au long du XIX^e siècle. Il peut donc sembler contradictoire de parler d'un revirement, du moins sur les plans positif et administratif. Or si nous lisons ces arrêts de plus près, nous pouvons relever un cas qui a, par quelques mots supplémentaires, renversé la tradition MALEVILLE-MERLIN. Cette décision qui a fait date non seulement dans le domaine fiscal, mais aussi dans l'Histoire de notre mot-clé, *personne*. Il s'agit de l'arrêt du 23 juin 1857 qu'a prononcé la Chambre civile de la Cour de cassation.

Outre ses impacts en matière de privilèges et hypothèques dont relevait le contentieux, ce dossier de 1857 mérite notre attention pour beaucoup d'autres raisons. Du point de vue purement formel, d'emblée, l'affaire était comparable au cas de BOUVIER présenté par MERLIN dans la mesure où toutes les deux étaient documentées de façon extravagante. Nous disposons, ensuite, des rapports des deux cas qui ont tous les deux été rédigés avec d'abondantes références bibliographiques. Qui plus est, nous trouvons, dans les deux collègues de juges chargés des espèces, des juristes parmi les plus éminents de l'époque, notamment MALEVILLE en 1804 et TROPLONG en 1857. Mais ce qui nous paraît essentiel, c'est que chaque arrêt a inscrit une formule relative au statut de succession vacante qui se perpétuait dans la littérature juridique pour les décennies qui suivirent. La première formule, consacrée par les arrêts nos 3 et n° 4, est que « le curateur à une succession vacante représente l'hérédité qui est un être moral ». La seconde, que nous allons examiner de près, consiste à dire qu'« en cas de succession vacante, le curateur représente l'hérédité, être moral non encore personnifié dans un héritier connu ». C'est cette précision ajoutée à propos de la personnification qui atteste, à notre avis, l'avènement d'une conception du mot « personne » autre que celle de la génération de

MERLIN, de MALEVILLE et de TOULLIER.

En d'autres termes, dans la mesure où ces affaires en matière d'enregistrement nous concernent, l'opposition entre l'ancienne et la nouvelle jurisprudence est flagrante : l'hérédité personnifiée était jadis dénommée « être moral » ; un demi-siècle après, bien que l'hérédité soit toujours un être moral, elle n'était plus censée être personnifiée. Là, nous constatons, au moins, deux changements, notamment le sens du terme « être moral », d'une part, et de celui de « personne », de l'autre, lesquels attestent également la mise en avant d'un nouvel usage de « personne ».

Sans en tirer toutes les conséquences, nous nous bornerons, pour l'instant, à situer le dossier de MALEVILLE-MERLIN au milieu d'une ligne d'évolution d'idées. Certes, il ne s'agit pas de l'écriture d'une histoire de la perspective évolutionniste ou téléologique. C'est seulement une comparaison modeste destinée à détecter s'il s'agit en l'espèce d'une rupture ou d'une continuité. A partir de ce milieu chronologique, nous pouvons dans un premier temps remonter aux XVII^e et XVIII^e siècle, et puis descendre aux années cinquante du XIX^e siècle. En amont, il faut rendre compte de quelques auteurs jusnaturalistes, que nous avons précédemment étudiés. En aval, nous devons, au moins, résumer les interactions complexes entre la jurisprudence, la doctrine, l'administration des domaines et les contribuables. A des jusnaturalistes, le milieu des juristes du début du XIX^e siècle doit la notion d'« être moral » et ses usages, ce qui a été exemplifié dans nos paragraphes qui portent sur C. WOLFF et TOULLIER³⁸³. Quant aux décennies postérieures aux arrêts n° 3 et n° 4, nous verrons que l'incongruité entre le droit féodal et le droit romain, qui a incité MERLIN à former une synthèse, s'est exacerbée au cours du débat sur plusieurs questions techniques de l'enregistrement. L'on en a déjà beaucoup parlé en analysant un autre grand mot-clé de ce siècle-là, notamment la

³⁸³ Voir Sur WOLFF, p. 78 et s., et sur TOULLIER, p. 140 et s.

propriété. Notre tâche consiste à montrer comment la succession vacante, notion assise sur la frontière entre les personnes et les choses, est, à cette occasion, entrée dans la même problématique.

Nous allons dans ce chapitre présenter nos matières et nos analyses dans l'ordre régressif : nous nous attaquerons, d'emblée, au cas d'espèce de 1857 et à la problématique sous-jacente de la féodalité (Section I). Nous analysons, ensuite, un débat historiographique qui avait lieu dans les années 1830, mais a anticipé l'essentiel de l'arrêt de 1857 (Section II). TROPLONG, Premier président de la Cour de cassation en 1857 et protagoniste dans le débat, sera le fil conducteur de ce chapitre.

Section I Controverse judiciaire sur la féodalité

Paragraphe I Arrêt du 23 juin 1857

Nous disposons davantage d'information sur les participants à cette affaire que sur ceux des années napoléoniennes. D'abord, la délibération s'est déroulée longuement en chambre du conseil devant le Premier président TROPLONG. Ensuite, Léon LABORIE, conseiller près le Palais, a été chargé de rédiger un rapport de l'affaire pour la chambre civile. De surcroît, le Premier avocat général Louis Chabanay de MARNAS a signé les conclusions conformes. Quant aux deux parties, Jean LABORDERE a représenté l'appelant, à savoir les héritiers CLAUSSE, tandis que l'intimé, la Regie de l'enregistrement bien entendu, était défendu par Charles MOUTARD-MARTIN. Enfin, le jugement attaqué était l'arrêt du 13 mars 1855 de la Cour impériale de Paris³⁸⁴.

³⁸⁴ L'arrêt nous est parvenu par : *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine* / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1857, p. 1ère partie, 241-242.. Le rapport de Laborie, qui a beaucoup intéressé les commentateurs, a aussi été reproduit. Voir *Recueil périodique Dalloz (1857)* / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 233-241. L'on peut

A première vue, l'arrêt de 1857 semble à côté de notre objectif, car il ne porte pas, comme ceux que nous avons jusqu'ici analysés, sur l'exigibilité en cas de succession vacante, mais sur un droit de privilège, de prélèvement ou bien de préférence dont la Regie se croit titulaire. L'arrêt n'était pas classé sous le mot-clé de succession, mais celui de propriété. C'est, d'ailleurs, toujours par le biais du développement de la notion de propriété que cet arrêt a été analysé³⁸⁵. Or nous voyons comment cette matière-ci est étroitement liée à la nôtre si nous nous rappelons du conflit du droit prétorien relatif au caractère du droit d'enregistrement, notamment la question de savoir si ce droit est de nature réelle ou personnelle. Si la cour suprême a, d'abord, le 17 pluviôse an XIII (6 février 1805), ensuite, le 4 floréal de la même année (24 avril 1805), et enfin, le 15 juillet 1806, jugé, réitéré et insisté sur l'avis selon lequel le droit d'enregistrement est non seulement une dette, mais une dette *inhérente* aux biens, ces décisions-là (notamment les arrêts n° 5, n° 6, et n° 7 ci-dessus) n'avaient pour but que de récuser la personnification de la succession vacante et le terme « être moral » consacrés par les deux précédents de MALEVILLE et les conclusions de MERLIN. Cette jurisprudence nouvelle était fondée sur une déduction assez audacieuse de l'art. 32, al. 3 de la loi du 22 frimaire an VII selon lequel « La nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se

également consulter : *Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE et Antoine-Auguste CARETTE. Paris : Recueil Sirey, 1857, p. 1ère partie, p. 401.

Grâce au projet de numérisation *Google Books*, nous pouvons consulter en ligne l'édition belge de l'affaire dans *Pasicrisie, ou Recueil général de la jurisprudence des cours de France et de Belgique* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE et Antoine-Auguste CARETTE. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1857, p. 1ère partie, 267-291. Cette édition est une reproduction du Recueil Sirey dont la pagination est signalée entre parenthèse, accompagnée des notes de l'éditeur DEVILLENEUVE (nom usuel de Lemoine de VILLENEUVE). Vu sa pagination plus précise que celle de Sirey, nous citerons dans les textes qui suivent le numéro de page de cette édition.

Quelques détails sont à noter : Premièrement, l'on nous a rapporté que l'appelant était « créanciers CLAUSSE ». Deuxièmement, l'éditeur belge n'a pas comme le Recueil Dalloz mentionné « après un long délib. en ch. du cons. », qui aurait dû être, nous semble-t-il, « après une longue ... ». Cette remarque était d'ailleurs courante dans le Recueil Dalloz. En outre, la version de Dalloz ne contient pas les conclusions rendues avant l'arrêt attaqué de la cour de Paris.

³⁸⁵ Voir Jean-Jacques CLERE. En l'année 1857 ... la fin de la théorie de la propriété originaire de l'Etat. *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1987, 44^e fascicule, p. 223-268. Mikhaïl XIFARAS. *La Propriété: étude de philosophie du droit*. Paris : Presses universitaires de France, 2004, p. 180-195.

trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement »³⁸⁶. Sachons que l'alinéa a connu une interprétation limitative signée par le Conseil d'Etat dans son avis du 21 septembre 1810³⁸⁷, et que ladite solution de dette réelle a été rejetée par la Cour de cassation le 9 juin 1813 lorsque celle-ci a évoqué que le droit d'enregistrement « est une dette purement personnelle aux héritiers, qui ne doit être supportée que par eux »³⁸⁸. En bref, la thèse de dette réelle élimine nécessairement, bien que son antithèse ne soit, à vrai dire, que celle de dette personnelle, l'argument invoquant l'idée d'« être moral ». Si l'on en veut, tout de même, sous peine de schématisation, poser une opposition nette, ce sera celle qui porte sur la qualification fondamentale des successions vacantes : il faut savoir si telle succession rentre dans la catégorie des personnes ou bien dans celle des choses.

L'arrêt de 1857 que nous allons étudier est le cas principal d'une série de cinq espèces semblables dont quatre ont été tranchées dans la journée du 23 juin, et la dernière le lendemain. L'enjeu en a été clairement identifié : l'on a saisi la justice pour faire décider si, au sujet des droits d'enregistrement, la Regie des domaines pouvait prévaloir contre les créanciers que l'on disait chirographaires du défunt. En d'autres termes, la question était celle de savoir si l'administration fiscale jouissait d'un certain droit de privilège, de préférence ou de prélèvement, par rapport aux créanciers non inscrits, ou bien, dans le cas contraire, si elle n'était qu'un parmi d'autres créanciers successoraux qui devaient patienter ensemble pendant les procédures de collocation, de liquidation et enfin de distribution.

Si la cohérence manquait déjà à la jurisprudence concernant l'exigibilité des successions vacantes, la question de privilège ou de préférence n'était pas non plus épargnée.

³⁸⁶ Voir Les appendices I et II pour l'alinéa cité et les arrêts n° 4, n° 5, et n° 7.

³⁸⁷ Voir Appendix III.

³⁸⁸ Voir L'arrêt n° 9. Il a été cité à l'affirmatif par le rapport de LABORIE : *Recueil périodique Dalloz (1857)* / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 237. *Pasicrisie* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, p. 277.

Nous relevons, dans les deux recueils dont nous nous servons, plusieurs arrêts d'instance d'appel et de cassation dont la contradiction des motifs n'échappe aux yeux de personne³⁸⁹. Si la Cour suprême favorisait, avant la fin du Premier Empire, la solution du droit personnel en ce qui concerne le caractère du droit d'enregistrement et donc indirectement la thèse d'être moral à l'égard des successions vacantes, il en était autrement à la veille du Second Empire. Qu'il s'agisse d'une tragédie ou d'une farce à l'égard du changement de régime, la Haute juridiction a décidé le 28 juillet 1851 que la Régie de l'enregistrement, face aux créanciers de l'héritier, jouissait d'un « droit de *prélèvement* ou de *préférence* » dans l'intérêt de l'Etat sur les choses transmises par décès. Ainsi, l'on pourrait dire que les biens du défunt étaient grevés d'une charge, nous le savons, qui, en aucun cas réductible, devait prévaloir sur les droits de tous les autres créanciers, qu'ils soient hypothécaires ou chirographaires.

Faute de pertinence, nous ne descendrons pas dans les arguments concrets pour ou contre le prétendu droit de privilège ou de préférence. Nous dévierions de notre chemin si nous abordions les sujets de débat grotesques tels que le droit de la propriété sacré et absolu, la conquête de l'idéologie libérale, etc. Il ne faut pas négliger le fait que l'on s'est attaqué à cette affaire en termes de propriété, en raison de la coïncidence aléatoire des cinq espèces similaires. En revanche, une lecture rapide de l'arrêt lui-même suffit à nous faire poser la question suivante : pourquoi la Cour de cassation a-t-elle motivé son arrêt en prenant la peine de rédiger une dissertation d'histoire du droit assez longue et d'invoquer le cas de succession vacante, alors que les espèces ne le concernaient pas ? Quel est le but d'ouvrir une telle parenthèse en encourageant le risque d'excès de pouvoir ? Cette question nous est indispensable pour comprendre comment une nouvelle qualification de la succession vacante, renversant la thèse de MERLIN et de MALEVILLE, est entrée en jeux.

³⁸⁹ A part de ce que nous trouvons dans l'appendice II, voir les décisions concernées dans *Recueil périodique Dalloz (1857)* / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 233. *Pasicrisie* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, p. 268.

Paragraphe II Survivance de la féodalité mise en cause

Afin d'y répondre, il faut d'emblée penser à l'antagonisme durable soulevé par le droit d'enregistrement. Rappelons-nous les dénonciations d'un TARDIF, d'un DALLOZ, d'un CHAMPIONNIERE, d'un RIGAUD et d'un BADIN, dirigées non seulement contre le droit d'enregistrement lui-même mais également contre la pratique de la Régie des domaines que l'on jugeait souvent, pour ne citer que les pires qualificatifs, « haïssable », « odieuse » ou « inique ». L'on faisait entendre, tout d'abord, des grognements dus, nous semble-t-il, à la rigueur intraitable de la loi de l'an VII et à l'avidité du personnel enracinée dans la tradition de rémunération proportionnelle léguée par l'Ancien Régime. Ces mécontentements ne sont pourtant pas restés de simples émotions conjecturelles. Ils ont, au contraire, poussé les susdits juristes à étudier de plus près la nouvelle législation que l'on vantait comme un grand progrès par rapport à l'enchevêtrement des dispositions fiscales anciennes. Ainsi, les auteurs principaux de ce domaine ont tous été amenés à prétendre que le nouvel impôt, quoique plus concis et systématique, différait peu de ceux qu'il remplaçait, notamment le contrôle pour le droit fixe imposé sur les actes, et le rachat, le relief et le centième denier pour le droit proportionnel portant sur les mutations. Cette intimité entre l'ancienne et la nouvelle fiscalité a été beaucoup exploitée : CHAMPIONNIERE et RIGAUD n'ont point hésité à citer les auteurs de droit féodal et en ont énormément profité, ce que F. LAFERRIERE, important historien du droit de l'époque, a approuvé en faisant appel au renom de DUMOULIN, de LOYSEAU et de d'ARGENTRE : « Autrefois, on disait : *point de bon domaniste où n'est pas bon feudiste*, et nos meilleurs feudistes étaient en même temps les plus grands jurisconsultes de l'école française »³⁹⁰.

En d'autres termes, toute cette histoire qui va du droit d'enregistrement à la grammaire

³⁹⁰ Louis Firmin Julien LAFERRIERE. *Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris : Joubert, 1838, p. 441.

du mot « personne » sera presque inintelligible si la problématique de la *féodalité* n'est pas prise en compte. Cette problématique se développait, en effet, successivement sur, du moins, deux échelles.

La première est celle de la pratique judiciaire. En effet, il n'est guère difficile de constater que la pratique de contentieux fiscaux n'écarterait nullement les analogies avec l'ancienne législation. Bien au contraire, la doctrine prérévolutionnaire était à maintes reprises servie pour justifier la perception de l'impôt dans les cas difficiles, à l'instar de notre question des successions vacantes, quand bien même la jurisprudence de cassation ne serait jamais ainsi motivée. Si les conclusions de MERLIN ont été bien accueillies par ses collègues, la raison n'en pouvait être que l'avis que ces hauts magistrats partageaient tacitement sur la ressemblance de fond de la nouvelle institution d'enregistrement avec les contributions d'origine féodale que la Révolution avait supprimées. L'on ne connaissait alors pas encore le grand ouvrage de TOCQUEVILLE, né un an après l'arrêt n° 3 et mort avant la rédaction de l'arrêt de 1857 en question, mais un courant comparable a été entériné et se poursuivait : nous avons le droit de dire que nul, à l'époque, ne saurait gagner sa cause en matière d'enregistrement sans connaissance feudiste suffisante. Que l'on défendît l'intérêt d'un contribuable ou la demande du fermier, et sous quelque régime politique que ce fût, le droit féodal était toujours indispensable. Deux choses pivotales au droit féodal étaient, en ce qui nous concerne, surtout significatives : tant les rapports juridiques fonciers que les moyens financiers vitaux de l'Ancien Régime continuaient, même après la Révolution, à inspirer et la Regie des domaines gloutonne et ses débiteurs protestataires. Trop d'événements attestent ce fait, même si nous nous contentons d'évoquer ceux plus récents que les affaires rapportées par MERLIN. Du côté des défenseurs des payeurs d'impôt, il faut compter la fondation de la revue *Contrôleur* en 1819, la publication successive des articles dans les années 1820, puis du grand traité de ses deux

collaborateurs, notamment CHAMPIONNIERE et RIGAUD, au milieu de la décennie suivante, la rédaction d'une énorme rubrique consacrée à l'enregistrement dans le répertoire de D. DALLOZ en 1827, et, pour ne pas prolonger la liste, le compte rendu de TROPLONG sur « la seule noble des lois fiscales » de 1839. Du côté des amis de la direction de l'enregistrement, c'est moins les ouvrages édités que leurs plaidoiries de procès qu'il faut observer, quoique le *Dictionnaire* que FESSARD, haut fonctionnaire, a publié à partir de 1843 mérite notre attention. Le meilleur exemple en est le moyen que la Regie a prononcé dans l'affaire de 1857. Celui-ci a eu, d'abord, un grand succès, puisqu'il est même passé dans les conclusions du premier avocat général de la Cour impériale de Paris, qui s'appelait Maxime de la BAUME, et a plus tard été retenue par cette juridiction. Selon LABORIE, qui a rapporté l'espèce dans la longue audience, l'argument n'étant pas nouveau, ce qui était scandaleux, c'était que telle théorie avait été, pour la première fois, mise en avant par un magistrat devant un tribunal de justice. Le fameux argument consistait à prétendre que l'Etat, représenté par le fermier, était « le propriétaire primitif » auquel tout possesseur devait sa « première investiture », qu'il réclamait en conséquence ses droits d'enregistrement plutôt à titre de portionnaire qu'à titre de créancier, et qu'il s'agissait donc non pas d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers successoraux, mais d'un prélèvement auquel l'Etat seul avait le droit³⁹¹. Voici le système que G. DEMANTE a voulu combattre en 1855. Il a bien, dans un examen de jurisprudence que nous avons cité, émis un soupçon sur la survivance du régime féodal dont relevait la distinction entre le domaine éminent du seigneur et le domaine utile du vassal.

La deuxième échelle sur laquelle la féodalité était problématisée est le milieu des historiens du droit. Sans entrer dans les terrains classiques de la philosophie historique ou de

³⁹¹ *Pasicrisie* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, p. 269. Nous n'arrivons pas à trouver ces conclusions dans l'année 1857 de *Dalloz Périodique*, mais dans une note à *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine* / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1855, p. 2^e partie, 299.

l'histoire de la philosophie, nous nous bornerons à souligner les efforts dédiés aux « origines » du droit français. Ces efforts peuvent être ainsi résumés : il s'agit d'une (re-)naissance de la discipline d'histoire du droit et d'un germanisme, si nous osons dire, congénital que nous traiterons dans la seconde partie de cette recherche.

Section II Passé national au débat : KLIMRATH, LAFERRIERE et TROPLONG

Le débat sur la féodalité en question a lieu entre trois auteurs, à savoir, dans l'ordre chronologique de leurs interventions, Henri KLIMRATH, Louis Firmin Julien LAFERRIERE et TROPLONG. Nous allons successivement nous focaliser sur la périodisation et la caractérisation de la féodalité que chacun propose à son tour.

Paragraphe I KLIMRATH : coutumier, germanique et national

Henri KLIMRATH (1807-1837) est un personnage incontournable d'une école historique du droit française. Cet auteur strasbourgeois a été successivement formé dans sa ville natale, à Paris et à Heidelberg. C'est surtout dans la dernière ville où il a suivi l'enseignement de A. F. J. THIBAUT (1772-1840), professeur inspiré par le Code civil français qui préconisait, contrairement à l'opinion de F. C. von SAVIGNY, une codification allemande, de K. S. ZACHARIÄ (VON LINGENTHAL, 1769-1843), dont le nom avait déjà été bien connu en France avant la promotion que faisaient AUBRY et RAU, et, parmi d'autres, de C. J. A. MITTERMAIER (1787-1867), grand animateur d'échanges intellectuels à portée européenne. Pendant ses années étudiantes, KLIMRATH était, tant en France qu'en Allemagne, constamment exposé à la nouvelle vague de l'école germaniste dont l'opposition avec l'Ecole

romaniste allemande entrera dans notre étude³⁹². D'après L. A. WARNKÖNIG (1794-1866), professeur à Fribourg et aussi chroniqueur vétéran des revues juridiques sur les deux rives du Rhin, le jeune historien du droit français a même, en 1829, exprimé sans réserve son adhésion à l'Ecole historique d'Allemagne³⁹³ – entendons, par-là, les deux orientations historiques de la science juridique qui remontent à SAVIGNY, auquel nous consacrerons davantage d'études. Vu son domaine de spécialité, KLIMRATH citait bien entendu davantage les germanistes allemands les plus renommés, parmi lesquels K. F. EICHHORN (1781-1854), co-fondateur de la célèbre *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revue pour la science historique du droit) avec SAVIGNY, et J. GRIMM (1785-1863), élève de celui-ci à Marburg connu pour les contes recueillis sous son nom, et aussi pour le premier dictionnaire de la langue allemande dont il est auteur. En effet, KLIMRATH semblait vouloir imiter le grand ouvrage de EICHHORN réédité pour la quatrième fois avant sa mort précoce, à savoir *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Histoire politique et du droit de l'Allemagne), lorsqu'il préparait son ouvrage inachevé, intitulé *Histoire du droit public et privé de la France*³⁹⁴.

Pour notre sujet de recherche, la contribution majeure de KLIMRATH dans les années où les premiers professeurs du Code Napoléon étaient actifs est sa réhabilitation de la féodalité.

³⁹² Nous pouvons dire que la diffusion des idées de l'Ecole historique allemande était presque synchronique dans son pays d'origine et dans l'Hexagone, grâce, parmi d'autres, à la fondation de la revue *Thémis* en 1819 et au futur professeur au Collège de France, Eugène LERMINIER (1803-1857). Voir HALPERIN. *Histoire du droit*, p. 70-73.

³⁹³ Son préface dans : Henri KLIMRATH, Leopold August WARNKÖNIG. *Travaux sur l'Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 1. Paris : Joubert, 1843, p. xxxii-xxxiii. KLIMRATH a dit que : « S'il m'était tombé en partage un sujet plus général et plus fécond, tel que j'espère vous le soumettre un jour, à la fin de mes études académiques, j'eusse tâché de le traiter avec quelque étendue et d'une manière plus propre que je n'ai fait, à prouver que les principes de l'école historique d'Allemagne et de la nouvelle école française trouvent de l'écho dans les jeunes élèves de notre jurisprudence. C'eût été pour moi un travail plein d'attrait de remonter à la source de tout Droit, de montrer et les bases immuables qu'une sage philosophie lui donne, et les considérations de morale publique, d'équité et d'utilité générale, qui doivent en déterminer toutes les applications, comme elles l'ont en grande partie fait selon la différence des lieux, selon le besoin de chaque époque ». Ce discours précédait la soutenance de sa thèse de licence ès lettres à la faculté de Strasbourg.

³⁹⁴ *Ibid.* p. xix. En outre, voir Karl Friedrich EICHHORN. *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 4^e éd. 4 tomes, t. 1. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1834. L'ouvrage a pour la première fois été publié en 1808, ensuite en 1818 et 1821. Cette édition a été publiée après le séjour de KLIMRATH à Heidelberg pendant l'année 1832-1833.

Cette condamnée de la Révolution était, selon lui, au cœur de la genèse du droit français. Selon ses propres termes, l'insistance sur le droit féodal est allée jusqu'au point de devenir son *delenda Carthago*³⁹⁵. Ce qu'il entendait par « féodal », c'était la qualification d'une période longue qui s'étend de l'an 888 à 1461, précédée par une époque barbare (486-888) et suivie par trois bons siècles de monarchie (1461-1789)³⁹⁶. Sachons que, dans un autre ouvrage, cette période féodale a encore été divisée en trois époques, à savoir l'« anarchie féodale » (888-1108), la « royauté féodale » (1108-1314) et, enfin, la réaction féodale et la seconde féodalité (1314-1461)³⁹⁷. Il a laissé entendre que cette périodisation valait pour l'histoire externe du droit français : le jurisconsulte français s'étayait de la distinction attribuée à LEIBNIZ entre l'histoire interne et externe du droit³⁹⁸, et a donc encadré la féodalité au sens juridique, d'un côté, par l'intronisation du roi EUDES I^{er} ou la fin des « Carlovingiens », comme l'on disait à l'époque, et, de l'autre, l'avènement de CHARLES XI³⁹⁹. Cette périodisation a survécu à KLIMRATH lui-même et s'est imposée chez les auteurs postérieurs et moins connus, tels que

³⁹⁵ Dans la première note de son compte rendu d'un ouvrage de l'historien du droit allemand J. P. BREWER : KLIMRATH et WARNKÖNIG. *Travaux (t. 1)*. p. 133. L'ouvrage commenté est : Johann Paul BREWER. *Geschichte der französischen Gerichtsverfassung vom Ursprung der fränkischen Monarchie bis zu unseren Zeiten*. Düsseldorf: Schreiner, 1835.

³⁹⁶ Cela a, pour la première fois, été évoqué en 1835, puis repris en 1837 : KLIMRATH et WARNKÖNIG. *Travaux (t. 1)*. p. 105, 164.

³⁹⁷ Dans ses plans de l'Histoire du droit public et privé de la France, voir *ibid.* p. 174.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 96. Sur la distinction de LEIBNIZ et les malentendus postérieurs qui la concernent, voir Emanuele CONTE. *Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo. La storiografia tra passato e futuro il X Congresso internazionale di scienze storiche (Roma 1955) cinquant'anni dopo / s. dir. Carl COOLS, Manuel ESPADAS BURGOS, Michel GRAS, et al.* Roma : Unione internazionale degli Istituti di archeologia, storia e storia dell'arte in Roma, 2008, p. 87-109.

³⁹⁹ Bien que cette périodisation ne soit pas en question, il convient de signaler qu'elle est, nous paraît-il, loin d'être un lieu commun. GUIZOT n'a avancé aucune date précise à propos de la société féodale. Il a seulement indiqué que le système féodal commença à se développer vers le début du X^e siècle. Voir François-Pierre-Guillaume GUIZOT. 4^e Leçon. *Cours d'Histoire moderne. Histoire générale de la civilisation en Europe, depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française*. Paris : Pichon et Didier, 1828, p. 1. Chez MICHELET, ni l'an 888 ni l'an 1461 n'est un tournant d'époque. Jules MICHELET. *Précis de l'Histoire de France jusqu'à la Révolution française*. Paris : Hachette, 1833, p. 56, 140. Il pensait que le régime féodal variait d'un pays à un autre, et déclinait, faute de généralité, indirectement une périodisation nette. Voir Jules MICHELET. *Histoire de France*. 2^e éd. 17 tomes, t. 2. Paris : Hachette, 1835, p. 2. L'hypothèse la plus probable, à notre avis, c'est que KLIMRATH a tiré son plan chronologique de l'oeuvre de l'historien suisse SISMONDI, son auteur favori, quoique celui-ci n'eût pas non plus mis en avant les chiffres aussi précis que KLIMRATH. Voir Jean Charles Léonard Simonde de SISMONDI. *Histoire des Français*. 31 tomes, t. 3. Paris : Treuttel et Würtz, 1821, p. 274, 218. Jean Charles Léonard Simonde de SISMONDI. *Histoire des Français*. 31 tomes, t. 14. Paris : Treuttel et Würtz, 1831, p. 127.

H. HARDOUIN à Amiens et J. MINIER à Poitiers⁴⁰⁰. Cette périodisation correspondait à sa vue globale sur la composition du droit français. D'une part, celui-ci, censé issu du droit romain, était, en fait, enraciné dans un « amalgame confus » qui ne méritait, selon KLIMRATH, pas d'être considéré comme raison écrite⁴⁰¹. D'une autre part, les coutumes, qui, trop méprisées, étaient dignes d'être valorisées. Lors de la soutenance de sa thèse à Strasbourg en 1833, KLIMRATH a, en effet, critiqué ses contemporains pour la méconnaissance du droit coutumier. Même si l'on croyait, à l'époque, que les coutumes constituaient une des références principales du Code, l'auteur alsacien ne partageait pas cet avis. A ses yeux, en revanche, « tout ce qui tient à l'histoire de l'humanité », dit-il, « comprend deux éléments inséparables, l'un historique, traditionnel, conservateur ; l'autre novateur, rationnel, philosophique ». Cet élément historique nécessaire était, bien entendu, *la coutume*, qui régna, d'emblée, sur la société humaine avant que les lois ne la complètent au fil du temps. Cette idée de *la coutume* était, selon lui, « est le produit de l'histoire » : c'est l'histoire elle-même « résumée en maximes générales et abstraites »⁴⁰², ou bien l'histoire tout court⁴⁰³. De plus, l'histoire était une, sinon la seule, règle à l'équité ; l'on succomberait à l'incertitude, au caprice et à l'arbitraire sans cette équité historique⁴⁰⁴. Ainsi, ce missionnaire de l'Ecole historique allemande a proposé une synthèse qui ferait justice, non pas aux coutumes locales, dispersées et contradictoires, mais, répétons-nous, à *la coutume*, tout en conciliant le droit romain et le Code civil : comme les rédacteurs du Code renvoyaient souvent à l'usage et à l'équité, et comme un jurisconsulte romain nous a prêché l'axiome qui justifie la méthode historique dans le métier de juriste : « *optima enim est legum interpres*

⁴⁰⁰ Voir Henri-René-Joseph HARDOUIN. Préface ou exposé du plan d'un ouvrage qui sera intitulé : Etudes sur l'Histoire des origines du droit français. Adressé à l'Académie d'Amiens, en mai 1837. *Mémoires de l'Académie des Sciences, Agriculture, Commerce, Belles-Lettres et Arts du Département de la Somme*, 1839, p. 679. Jules MINIER. *Précis historique du Droit français. Introduction à l'étude du droit*. Paris : Marescq et Dujardin, 1854, p. 6.

⁴⁰¹ KLIMRATH et WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. 26.

⁴⁰² *Ibid.* p. 22.

⁴⁰³ *Ibid.* p. 25.

⁴⁰⁴ *Ibid.* p. 23.

consuetudo »⁴⁰⁵, l'on serait, nous semble-t-il, amené à reconnaître que l'étude de l'histoire du droit, et précisément l'étude de *la coutume*, répondrait à toutes les attentes, qu'elles fussent d'ordre pratique ou d'ordre scientifique, que l'on aille dans le sens de la tradition ou de l'innovation. En bref, KLIMRATH prétendait que l'on n'aurait pas correctement compris le droit sans rendre compte de son histoire, que pour étudier cette histoire, il aurait fallu s'attaquer à la coutume en général, et que le meilleur repère, malheureusement méconnu, serait l'époque féodale.

Toutefois, si bon nombre de juristes embrassaient la méthode historique dans les années 1820 et 1830, sans aucune surprise, ils n'étaient pas forcément tous d'accord sur tous les points. Un exemple en est le compte rendu d'un livre de LAFERRIERE, alors avocat à Bordeaux, qu'a rédigé KLIMRATH⁴⁰⁶. Cet exemple montre bien la différence de positions au sein d'une discipline non encore intégrée dans le cursus des facultés de droit. L'ouvrage commenté est le premier après la Révolution qui a pour ambition de traiter toutes les grandes branches du droit : il présente au lecteur, d'abord, le droit civil de Rome, puis le droit romain diffusé ailleurs, le droit coutumier dont une partie est féodal, le droit canonique, les ordonnances et, enfin, les écoles scientifiques jusqu'à 1789⁴⁰⁷. La critique principale de KLIMRATH était que

⁴⁰⁵ *Ibid.* p. 24-25. KLIMRATH a pourtant faussement cité CALLISTRATE, *D.* 1, 3, 38. La remarque relève du fragment de PAUL, 1 *quaest.*, *D.* 1, 3, 37 : « *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpret consuetudo* ». Il est vrai que littéralement la coutume est le meilleur interprète des lois, mais il s'agit, évidemment, des précédents semblables (*in eiusmodi casibus*), non pas de la coutume au sens de KLIMRATH. A propos de ce fragment de l'idée de *consuetudo* en droit romain, voir, parmi d'autres, Dieter NÖRR. *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*. Göttingen : Schwartz, 1969. Okko BEHREND. *Die Gewöhnheit des Rechts und das Gewöhnheitsrecht. Die Begründung des Rechts als historisches Problem* / s. dir. Dietmar WILLOWEIT. München : Oldenbourg, 2000.

⁴⁰⁶ Voir Louis Firmin Julien LAFERRIERE. *Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 1. Paris : Joubert, 1836. KLIMRATH et WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. 113-131. Le compte rendu a d'abord été publié dans *Revue de législation et de jurisprudence*, 1836, 4, p. 48-62. Nous citons pourtant toujours le recueil posthume. D'ailleurs, cet ouvrage a valu à son auteur sa nomination à un poste de professeur de droit administratif à la faculté de Rennes.

⁴⁰⁷ Avant cet ouvrage, l'on peut compter parmi les auteurs français l'*Histoire du droit français* de l'abbé FLEURY (1640-1723) réédité en 1822, une *Histoire du droit français* faite par un ancien magistrat, Dunkerquois, Marie-Louis-Joseph de BOILEAU (1741-1817), en 1805, et une *Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel*, ouvrage posthume publié en 1821 de l'Orléanais Thomas-Pascal BOULAGE

LAFERRIERE favorisait trop le droit romain, le droit canonique et les ordonnances royales au détriment du droit féodal et coutumier. Selon ses propres termes, « au lieu d'exposer des faits, M. LAFERRIERE a soutenu une thèse ; il a fait un ardent plaidoyer, mais il n'a point écrit histoire »⁴⁰⁸. D'après la fameuse thèse qu'a reformulée KLIMRATH, ce que LAFERRIERE avait suggéré, c'était que :

Le Droit romain seul a conservé toute son énergie contre le Droit né des coutumes ; sa mission était et plus libre et plus large ; il a pénétré la société entière de son principe rationnel ; et, s'étant assimilé en ce que les coutumes et la jurisprudence pouvaient renfermer de conforme à sa nature, il est devenu le Droit civil français⁴⁰⁹.

Le conflit des positions des deux auteurs n'échappe à aucun lecteur. Il suffit de rappeler une objection que le Strasbourgeois avait manifestée dans la thèse doctorale précitée. Là, il s'est élevé contre un « préjugé » répandu, que l'abbé FLEURY représentait, et selon lequel, KLIMRATH a ainsi compris, les coutumes étaient nées « au milieu des violences et des usurpations des dixième et onzième siècles », et que la diversité de ces coutumes était due aux « caprices » et « intérêts divers des seigneurs qui les imposèrent à leurs sujets »⁴¹⁰. A ce propos, le jeune historien du droit a, comme ses professeurs allemands, invoqué le récit de TACITE :

Cette opinion sur l'origine du Droit coutumier prouve seulement qu'on n'avait pas la moindre idée de la manière dont le Droit s'établit par les mœurs aux époques d'enfance et d'adolescence des peuples [...] Si l'on avait su lire TACITE, on eût été dispensé de chercher dans les injustices et la tyrannie des

(1769-1820), professeur à la faculté de Paris à partir de 1810, une autre *Introduction à l'histoire du droit* de susdit LERMINIER mise au monde en 1829. L'ouvrage classique de Fleury mis à part, celui de BOULAGE consacré à l'histoire des institutions judiciaires, les deux autres sont, comme le titre de l'un indique, plutôt concentrés sur le droit public, la philosophie du droit en général et du droit naturel en particulier.

Il faut d'ailleurs préciser que le deuxième tome publié en 1838 que nous venons de citer était consacré à la période entre 1789 et an XII, soit entre la Révolution et la fin du Consulat.

⁴⁰⁸ KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. 117.

⁴⁰⁹ *Ibid.* p. 118. Il nous a renvoyé à : LAFERRIERE. *Histoire du droit français*. p. 217-218.

⁴¹⁰ KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. 28.

seigneurs et dans la barbarie du Moyen Âge ; l'origine de coutumes, dont le germe existait, à ne pas s'y méprendre, au moins huit siècles auparavant⁴¹¹.

Voici le dernier atout que KLIMRATH a sorti afin de réhabiliter la féodalité : celle-ci n'aurait fait rien d'autre qu'apporter quelques modifications à la tradition attestée à la fin du premier siècle de notre ère.

Paragraphe II LAFERRIERE anti-germanique et les reproches de KLIMRATH

Mais qu'a écrit LAFERRIERE ? Il faut dire que l'historien alsacien a correctement résumé le livre de son confrère saintongeais. LAFERRIERE a lui-même écrit que le christianisme a civilisé les barbares en assimilant le droit romain sous le nom de droit canonique, et que cela avait pour but de « dompter l'élément rebelle, pour concourir à l'œuvre providentielle de la régénération »⁴¹². Il a poursuivi en soulignant la forte résistance de la « barbarie constituée en féodalité » :

... l'anarchie féodale est une *réaction violente de l'élément germanique ou barbare, tant contre le christianisme que contre le droit romain*⁴¹³.

Il est plus qu'évident que la féodalité est pour LAFERRIERE tout sauf un heureux événement. Il a, apparemment, suivi l'opinion de FLEURY et de beaucoup d'autres en cette matière. Dès que l'empire de CHARLEMAGNE se brisa, « des coutumes locales », dit-il, se formaient « sous le nuage plus ou moins épais qui a intercepté la lumière de la civilisation et du droit », et plusieurs conséquences néfastes et surtout anti-chrétiennes en naquirent :

Le christianisme, religion d'*esprit* et de *vérité*, cesse d'exercer son influence sur les masses qu'il ne retrouve plus dans les villes, et que l'état de servage a disséminées dans les campagnes. Les guerres privées empêchent les évêques de

⁴¹¹ *Ibid.* p. 29.

⁴¹² LAFERRIERE. *Histoire du droit français*. p. 54.

⁴¹³ *Ibid.*

s'assembler ; les conciles provinciaux disparaissent ; le pouvoir régulateur dans l'ordre moral et religieux s'évanouit⁴¹⁴.

Autrement dit, ce que LAFERRIERE cherchait à souligner, et a mille fois répété dans son livre, c'était l'opposition multiple entre le droit romano-canonique et le droit coutumier essentiellement féodal, entre la lumière et les ténèbres, entre la civilisation et la barbarie, entre la liberté et la servitude, entre l'urbanité et la ruralité, entre l'ordre et le désordre, et, en particulier, entre le christianisme et le paganisme qu'il n'a pas explicité. Cette opposition peut encore aller plus loin, et KLIMRATH le commentateur l'a bien comprise et mise en avant.

Inscrit dans cette ligne droite, l'avocat bordelais a affirmé que les coutumes n'avaient pour source primitive et générale que la féodalité, et qu'elles étaient – voici un autre fameux propos – « le droit civil de la féodalité » qui a remplacé les systèmes juridiques qui le précédaient et n'avaient rien à voir avec lui : d'un côté, le droit civil romain, et de l'autre, les lois barbares, c'est-à-dire les lois saliques, ripuaires, bourguignonnes, wisigothes, et d'autres semblables⁴¹⁵. Dans le même sens, LAFERRIERE a également reconnu que l'ordre juridique féodal devait, en raison de l'esprit progressif de l'Homme, nécessairement être attaqué, dans un premier temps, par le droit canonique, dans un deuxième, par la royauté, enfin, remplacé par ce qu'il désignait comme « droit civil français »⁴¹⁶. Or il n'a pas clairement défini lui-même ce qu'il entendait par l'époque féodale, tout en reconnaissant le lieu commun selon lequel la féodalité était dominante entre le IX^e et le XII^e siècle⁴¹⁷, sans pour autant sous-estimer sa puissance au début du XIII^e siècle⁴¹⁸.

Résumons le désaccord entre KLIMRATH et LAFERRIERE sur cette question : la

⁴¹⁴ *Ibid.* p. 55.

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 88-92.

⁴¹⁶ *Ibid.* p. 215-218.

⁴¹⁷ *Ibid.* p. 88.

⁴¹⁸ Voir son paragraphe sur une ordonnance de PHILIPPE-AUGUSTE de 1219. *Ibid.* p. 175.

féodalité est-elle à honorer ou à rejeter ? Cette question centrale explique leur divergence d'opinion dont résultent des avis contraires que l'on constate dans les litiges de l'enregistrement. Il nous semble donc intéressant de confronter la thèse de l'un avec celle de l'autre. Nous mesurerons mieux le retentissement qu'une problématique fiscale qui paraissait banale a pu produire.

Commençons avec KLIMRATH, qui a évoqué à plusieurs occasions la question de la saisine. Nous pouvons nous servir de sa thèse (1833) et d'une dissertation consacrée particulièrement à la saisine au Moyen Âge (1835). D'abord, en 1833, il nous a professé que l'adage « le mort saisit le vif », déduit de l'un des « exemples décisifs » de la parenté entre les coutumes françaises et la racine germanique archaïque, était soutenu par le témoignage de TACITE⁴¹⁹. Les effets de cet adage, notamment la dévolution instantanée et de plein droit d'une succession, étaient « directement opposés » aux principes du droit romain et ont été intégrés dans le Code civil. De plus, l'héritier qui a accepté la succession qui lui était échue n'était pas *censé* l'être dès l'ouverture de celle-ci, mais l'avait *réellement* acquise de plein droit⁴²⁰ – cela laisse entendre, nous semble-t-il, que l'héritier serait, grâce à une présomption de la loi, possesseur ou propriétaire même *avant* l'événement du décès. Dans son article de 1835⁴²¹, KLIMRATH a plus précisément entamé la question de la saisine, laquelle notion désignait, à son époque, seulement le droit dont jouissait l'héritier saisi selon le fameux adage, mais, jadis,

⁴¹⁹ KLIMRATH a cité le passage suivant du chapitre 20 : « *Heredes successorumque sui cuique liberi : et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru, avunculi* ». D'après son exégèse, l'on a traduit ce passage par les maximes coutumières telles que : « institution d'héritier n'a point de lieu » car nullum testamentum, ou bien « les propres ne remontent point », car le Romain n'a pas parlé des ascendants. Le mot « *possessione* » aurait, selon KLIMRATH, été consciemment choisi pour ne pas dire « *hereditate* ». KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. 30.

⁴²⁰ *Ibid.* p. 57. Nous rappelons que cet avis s'oppose aussi directement à celui de MALEVILLE.

⁴²¹ Henri KLIMRATH, Leopold August WARNKÖNIG. *Travaux sur l'Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris, Strasbourg : Joubert, 1843, p. 339-399. Henri KLIMRATH. Etude historique de la saisine, d'après les coutumiers du Moyen Âge. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, 2, p. 356-400. Nous citons également l'édition posthume qui comporte déjà quelques changements et additions que l'auteur a faits en 1837.

l'ensemble des principes régissant pour ainsi dire le droit des biens⁴²². Il a fait recours à une étude qu'a réalisée W. E. ALBRECHT (1800-1876) en 1828 en expliquant que « saisine » en français correspondait au terme allemand *Were* ou *Gewere*, qui signifiait une sorte de protection ou de garantie que l'on pourrait trouver dans le droit de presque tous les peuples occidentaux⁴²³.

Hormis cette généralité sur la saisine, KLIMRATH nous a également laissé quelques propos utiles concernant la problématique de l'enregistrement, lorsqu'il a confronté l'application de l'adage « le mort saisit le vif » à l'obligation de foi qu'un nouveau vassal devait à son seigneur à l'occasion de l'acquisition d'un bien féodal. Notre historien a constaté une division d'opinions entraînée par la question de savoir si un héritier serait ensaisiné même sans rendre foi et hommage à son seigneur. Voici sa réponse à la question :

L'héritier est saisi des fiefs comme des autres biens, mais à condition de prêter foi et hommage dans le délai voulu, sous peine de saisie du fief. Beaumanoir avait déjà (NDLR : avant le Grand Coutumier) observé que, « se che est fief, il doit aler à l'houmage du seigneur dedans les quarante jours que il est entrés en la saisie », expressions qui montrent clairement qu'il avait la saisine antérieurement à la prestation de la foi.⁴²⁴

S'appuyant sur l'ouvrage de BEAUMANOIR (1275) et d'autres autorités, KLIMRATH a pris soin de clairement distinguer la saisine et l'obligation de foi. Le manquement à cette obligation ne pourrait en aucun cas empêcher l'ensaisinement de l'héritier. L'auteur est remonté au III^e siècle, citant, d'un côté, BEAUMANOIR, qui a dit que l'héritier et l'exécuteur testamentaire « puet entrer en la chose dont drois ou costume li donne la sesine, sans parler à

⁴²² Wilhelm Eduard ALBRECHT. *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*. Königsberg : Bornträger, 1828. Henri KLIMRATH, Leopold August WARNKÖNIG. *Travaux sur l'Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris : Joubert, 1843, p. 339. Une anecdote sur la vie de l'auteur allemand doit nous intéresser : Alors que cette étude sur *gewere* relève sans doute du droit des biens, l'auteur est de nos jours considéré comme un publiciste et plus connu pour sa théorie de la personnalité juridique de l'Etat publiée en 1837.

⁴²³ KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 2). p. 343-344.

⁴²⁴ *Ibid.* p. 382.

seigneur », et, de l'autre, Pierre de FONTAINE⁴²⁵, qui, précédant BEAUMANOIR, était maître des requêtes à l'époque du roi LOUIS IX. Selon KLIMRATH, ce dernier auteur a affirmé que l'héritier empêché en sa saisine devait y être remis par le seigneur ou le juge « *sans plaid faire* »⁴²⁶.

Si KLIMRATH a abordé les questions de la saisine et de sa contradiction présumée avec l'obligation de foi, il n'a pourtant pas entamé celle de rachat. Il faut, à cet effet, revenir sur LAFERRIERE. Celui-ci ne comprenait pas autrement que KLIMRATH le fameux adage, dont l'effet était de transmettre « immédiatement les biens d'une génération à une autre » « tout à la fois la propriété et la possession »⁴²⁷. Il était d'accord que l'héritier, pour être saisi, n'avait pas à avoir ni la saisine de fait, ni la possession réelle. Jusque là, les deux auteurs partagent à peu près le même avis. D'autant moins que « le mort saisit le vif » était trop connu tant en France qu'à l'étranger pour être mal compris.

Ils se distinguent pourtant ailleurs. En effet, ce qui fait une différence chez LAFERRIERE, c'est qu'il a explicitement mis en relation la saisine successorale avec les droits de rachat et de relief, que KLIMRATH aurait pu mieux traiter si la longévité lui avait été permise. Selon LAFERRIERE, le rachat se reportait à l'autorité seigneuriale vis-à-vis de son ancien serf, tandis que le relief, concernant les biens nobles, devait être renvoyé à l'idée de bénéfice (*beneficium*). Ce que LAFERRIERE a raconté sur l'évolution à trois temps de la féodalité suggère implicitement que la saisine immédiate et de plein droit telle que l'a trompée KLIMRATH n'apparut que très tard. Car et le rachat et le relief furent créés après que le régime féodal se fut imposé un peu partout. Les deux choses avaient un point en

⁴²⁵ Voir aussi une notice sur le Livre de la Reine Blanche dont la paternité a été attribuée à de FONTAINE. *Ibid.* p. 22-41.

⁴²⁶ *Ibid.* p. 383.

⁴²⁷ LAFERRIERE. *Histoire du droit français*. p. 167.

commun : toute terre était censée retourner au seigneur une fois que son détenteur mourut. Quand il s'agissait de l'héritier d'un affranchi, il devait être saisi de plein droit. Mais cela n'était qu'une saisine de fait. Il fallait qu'il paye un droit pour obtenir la saisine de droit de la main du seigneur. L'on parlait donc, dans ce sens, du droit de rachat. En revanche, quand il s'agissait d'un vassal noble, il fallait que celui-ci soit réinvesti par le seigneur, qui seul avait le droit de dévêtir un vassal décédé et vêtir son successeur. Dans ce cas-ci, l'on parlait du droit de relief⁴²⁸. Fort de cette connaissance, il a observé :

Les droits de rachat payés au seigneur pour les biens roturiers, les droits de relief pour les biens nobles, et plus tard les droits de centième denier payés au roi pour les alleux et autres héritages [...] étaient [...] le témoignage vivant de l'esprit originaire du droit coutumier, qui avait exigé l'investiture, la saisine matérielle, comme l'ancien droit de Rome la tradition réelle, l'appréhension de fait, l'adition d'hérédité⁴²⁹.

Gardons la comparaison de la féodalité et de l'ancien droit romain pour une autre occasion. Ce qui nous concerne pour l'instant, c'est la survivance, et même la résurrection, de la féodalité que, selon LAFERRIERE, le rachat, le relief et le centième denier attestaient : le rachat rappelait le servage, le relief, la vassalité. Bien que ni l'un ni l'autre ne soit purement patrimonial, si l'on se contente d'évoquer l'aspect de la succession des biens du rapport féodal, les censives concédées aux affranchis, d'un côté, semblaient à LAFERRIERE postérieures au X^e siècle, et les bénéfices, de l'autre, étaient autrefois viagers du moins jusqu'à Charlemagne, et ne furent transformés en fiefs héréditaires qu'à partir d'un fameux capitulaire de 877⁴³⁰. En tout état de cause, il paraissait à l'auteur que la saisine étant, à son origine, attachée à la nécessité de la possession et de la tradition réelle, l'adage « le mort saisit le vif » fut venu après à titre

⁴²⁸ *Ibid.* p. 118-123, 132.

⁴²⁹ *Ibid.* p. 136.

⁴³⁰ *Ibid.* p. 102-105, 119.

d'exception⁴³¹.

Paragraphe III Confluence de l'histoire du droit et de la pratique judiciaire : TROPLONG en 1839

La question de la féodalité étant ainsi développée, nous devons ensuite nous tourner vers un personnage d'énorme importance sur lequel ces deux échelles-là se dédoublaient en quelque sorte, notamment TROPLONG. Sur lui, l'échelle de la pratique judiciaire et celle de l'historiographie du droit français, sur lesquelles la susdite question était envisagée, se dédoublaient en quelque sorte. Longtemps attaché à la méthode historique, lecteur de SAVIGNY, loué par KLIMRATH pour sa connaissance de la jurisprudence à partir du XVI^e siècle, ce magistrat autodidacte intervenait tant en doctrine qu'en jurisprudence⁴³². Nous avons déjà évoqué son nom au sujet de la « noblesse » du droit du 22 frimaire an VII. Nous avons ensuite retrouvé sa signature dans l'arrêt du 23 juin 1857 de la Cour de cassation. Il est temps de revenir au fond de son compte rendu sur le traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD, où le futur Premier président de la Cour de cassation a pris sa position dans une controverse mêlée, entre autres, de l'intérêt pécuniaire et de l'histoire du droit. Bien qu'il ne fût pas le seul auteur de l'arrêt de 1857, qui était bien entendu une décision collective de la cour, nous n'aurions pas tort d'imaginer que son système pourrait avoir, dans une certaine mesure, influencé ses collègues.

Collaborateur de la Revue WOLOWSKI, TROPLONG avait appris l'ouvrage de LAFERRIERE et le compte rendu critique de KLIMRATH au moment où il s'est prononcé sur le traité de l'enregistrement en 1839. Cette recension s'adressait beaucoup plus – empruntons

⁴³¹ *Ibid.* p. 133, 135.

⁴³² KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux (t. 1)*. p. 132-133, note 132. TROPLONG était, d'après l'auteur, le seul juriste français moderne qui écrivait autant que MITTERMAIER en ce qui concerne l'ancien droit français, mais « quant aux temps antérieurs, il (NDLR : TROPLONG) ne paraît pas avoir étudiés dans les sources ». Un exemple de sa lecture de SAVIGNY, voir XIFARAS. *L'Ecole de l'Exégèse...* Pour une biographie concise, voir HALPERIN. *Histoire du droit*. p. 63-65.

des termes de l'auteur – à l'« origine » et à la « généalogie » du droit d'enregistrement qu'au fond des cinq tomes du célèbre ouvrage. Comme beaucoup d'autres, TROPLONG était également persuadé que le droit d'enregistrement était, au moins partiellement, de provenance féodale. Par ce biais, il s'est attaqué directement à la question de savoir comment apprécier l'argument de DUMOULIN quant aux querelles de l'enregistrement – souvenons-nous de ce à quoi MERLIN de Douai avait peiné à répondre dans ses conclusions pour l'arrêt du 9 prairial an XII.

En ce qui concerne l'origine et la généalogie du droit d'enregistrement, ou plus précisément du droit de mutation qui est notre question, TROPLONG a affirmé que l'impôt était en partie enraciné dans la féodalité, et que le droit de mutation n'était « qu'une redevance féodale confisquée au profit de l'état, par le génie inventif des financiers de la Révolution ».⁴³³ Il a ainsi rejoint les autres sur les lieux communs portant sur la saisine et la dessaisine, sur le vest et le divest, et, plus loin dans le compte rendu, sur le rachat et le relief.

Ce qui éveille notre curiosité, c'est son observation sur la maxime mille fois répétée « le mort saisit le vif ». A l'égard de l'origine et des conséquences de celle-ci, l'ancien président de chambre à la Cour de Nancy s'est déclaré adversaire du courant germaniste qu'il admirait pourtant.

Rappelons-nous, d'abord, ce que TROPLONG envisageait. Sur ces questions de la saisine, nous venons de présenter deux versions différentes. D'un côté, KLIMRATH a proposé la version germanique, qu'il estimait soutenue par TACITE. De l'autre, la version antiféodale de LAFERRIERE, en écartant des coutumes tout résidu des lois barbares, décrivait une idée de saisine tachée des vestiges suzerains incarnés en rachat et en relief. Quant à

⁴³³ TROPLONG. Compte rendu du *Traité* de Championnière et Rigaud. p. 152.

CHAMPIONNIERE et RIGAUD, convaincus de la souche féodale du droit d'enregistrement, ils ne se sont pourtant pas plongés dans les matières lointaines. De plus, ils ont noté une forte diversité doctrinale sur l'origine du droit de mutation et constaté le défaut d'un système plausible dans la littérature feudiste. De sorte qu'ils ont préféré suivre les lieux communs auxquels LAFERRIERE, lui aussi, croyait. Tout commença avec le fameux capitulaire de 877 : bénéfices personnels transformés en fiefs héréditaires, les droits féodaux et censuels furent inventés. Or ils se sont éloignés de leur confrère à propos de l'exemption des successions en ligne directe. Ils ont estimé que l'hérédité de l'office et du bénéfice des vassaux étaient au cœur, comme ils disaient, de cette révolution du gouvernement féodal, et que les seigneurs ne pouvaient guère réclamer en cas de transmission en ligne directe. En revanche, les mains du seigneur étaient présentes, d'abord, en cas d'aliénation, et, plus tard, étendues jusqu'aux successions collatérales mais sous réserve qu'elles fussent incertaines. Ainsi, le système d'investiture surgit. Il fallut, selon nos auteurs, attendre la royauté pour voir instituer une obligation d'enregistrement même à l'égard des successions en ligne directe, jadis exemptées du relief⁴³⁴. Implicitement, outre l'avis partagé avec LAFERRIERE, ils étaient plus ou moins d'accord avec KLIMRATH en ce qui concerne l'adage « le mort saisit le vif », principe selon eux prévalant bien avant les droits seigneuriaux, car, l'un des auteurs le disait ailleurs, il fut établi aussi tôt que l'institution des fiefs, c'est-à-dire la victoire militaire des Barbares⁴³⁵. Mais, d'un autre point de vue, le régime féodal des IX^e, X^e et XI^e siècles n'était pas responsable tout seul en ce qui concerne le droit d'enregistrement moderne. La jeune royauté était complice dans la mesure où elle se calqua sur lui en déclarant le roi le « souverain fiefteux » et en attribuant à celui-ci tout héritage qui ne relevait pas d'autre seigneur. Nous disposons donc d'une troisième

⁴³⁴ LUCAS-CHAMPIONNIERE, RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement* (t. 2). p. 1545-1547, 1549, n° 1641, n° 1643.

⁴³⁵ Paul LUCAS-CHAMPIONNIERE. Etudes historiques sur l'art. 883 du Code civil. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1837-1838, 7, p. 420.

version de l'histoire.

TROPLONG nous en fournit une quatrième. A son avis, il s'agissait d'un assaut contre la féodalité moyennant une argumentation romaniste anachronique incarnée par DUMOULIN, l'auteur préféré de CHAMPIONNIERE et RIGAUD. Selon ses propres termes, il estimait que « le mort saisit le vif » n'avait été dressé qu'à une époque récente où « l'esprit légiste » s'était mis à démanteler les anciennes pratiques d'investiture et d'ensaisinement :

... la maxime *le mort saisit le vif* [...] ne nous vient pas des Germains et des lois ripuaires, comme l'a cru M. PARDESSUS ; elle n'a pas une origine si pompeuse et si noble. Elle s'introduisit en France et ailleurs en haine du pouvoir féodal et (comme le dit DELAURIERE) pour une raison d'utilité. Elle devint bientôt une règle fondamentale du droit français. C'est à sa toute puissance que la propriété privée dut son affranchissement du profit de succession⁴³⁶.

Il se justifia en rappelant que le fameux adage fut, lorsque les Etablissements de Saint Louis l'ont intégré, accompagné du « cortège obligé de lois romaines à l'appui ». Il en était ainsi, car « à cette époque, il n'y avait pas de plus grande recommandation qu'une loi romaine » et « le dernier mot restait toujours à celui qui avait le bonheur de citer un texte en sa faveur »⁴³⁷.

L'ennemi de ce fameux esprit légiste, à savoir le régime féodal, n'avait, selon TROPLONG, pas inventé toutes ces techniques de saisine et d'investiture. Ce régime fut érigé sur la base commune de « croyance du Moyen Âge à la nécessité d'une tradition solennelle et physique pour consacrer l'acquisition de la propriété »⁴³⁸. Il faut pourtant souligner que, même si TROPLONG n'était pas d'accord avec PARDESSUS à l'égard des lois ripuaires, ce « Moyen Âge » remonte, chez le magistrat, au moins à la loi salique, c'est-à-dire aux origines franques

⁴³⁶ TROPLONG. Compte rendu du *Traité* de Championnière et Rigaud. p. 156.

⁴³⁷ *Ibid.* p. 284.

⁴³⁸ *Ibid.* p. 153.

communes aux droits français et allemand, et à l'époque découpée par MITTERMAIER, SAVIGNY, MICHELET, et d'autres. Cette croyance était d'une part manifestée dans la solennité et les formalités, et de l'autre associée à la consécration de la « puissance publique ». Dans cette vision historique de TROPLONG, la féodalité, installée dans un monde de croyance répandue, récupéra la chaise vide laissée par le pouvoir politique précédent et, de surcroît, inventa une autre théorie de la propriété selon laquelle les seigneurs féodaux étaient seuls « les propriétaires originaires de tous les biens situés dans le ressort de leur souveraineté, leurs sujets ne les tenant que de leur libéralité et sous la réserve d'une directe qui devait se manifester à chaque mutation »⁴³⁹. Nous pouvons dégager deux observations de ces paragraphes de TROPLONG. Premièrement, il ne semble pas avoir trouvé, dans les éléments germaniques censés origines du droit français, la moindre trace de la saisine immédiate et de plein droit. Deuxièmement, si l'on peut imputer le rachat et le relief à la féodalité, celle-ci n'est responsable que dans la mesure où elle inventa le dualisme de la propriété correspondant au cadre seigneur-vassal de son temps.

La prétention selon laquelle « le mort saisit le vif » était une création récente dans l'histoire du droit a été tirée de la lecture de TROPLONG sur quelques ouvrages des XVII^e et XVIII^e siècles, dont ceux de Julien BRODEAU (1585-1658), d'Eusèbe de LAURIERE (ou bien DELAURIERE, 1659-1728) et de MONTESQUIEU. Le conseiller à la Cour de cassation nous a rappelé que la coutume de Vexin de payer relief à toute mutation, y compris les successions en ligne directe, était jadis un droit commun et général en France, attesté aussi chez les Lombards, Bretons et Celtes⁴⁴⁰. Contre ce droit, l'esprit légiste mit en œuvre, selon TROPLONG, l'adage « le mort saisit le vif » au fur et à mesure. Ce mouvement fut lancé dans deux directions, d'un côté, en matière de fiefs, et, de l'autre, de biens roturiers. Si, à propos de

⁴³⁹ *Ibid.* p. 155.

⁴⁴⁰ *Ibid.* p. 160.

ceux-ci, le rhéteur éloquent bégayait un peu – il ne nous a pas dit comment l'esprit légiste réussit tout d'un coup à implémenter la fameuse maxime – TROPLONG s'est plutôt clairement exprimé à l'égard des fiefs. Il a, en effet, mis en avant la difficulté de la tâche : pour que l'adage « le mort saisit le vif » puisse s'imposer, il fallut que les rapports essentiels de seigneur à vassal soient modifiés. Sinon, la saisine de plein droit n'aurait pas pu cesser de se heurter à l'obligation de foi, qui caractérisait la mutation et l'investiture, dilemme important que KLIMRATH, nous venons de le voir, a lui aussi essayé de lever. Aux yeux de TROPLONG, l'esprit légiste mena son attaque par appropriation du droit romain :

On croyait avoir pour soi les lois romaines, ce grand cheval de bataille dans les campagnes des légistes contre la féodalité. On se mit donc à citer à perte de vue des textes pris à tort et à travers⁴⁴¹.

Cette romanisation juridique apparaissait à TROPLONG tout sauf scientifique. Il n'a hésité à aucun moment à montrer sa désapprobation. Il l'a même qualifiée de « manie » et de « verbiage fastueux et faux, mais surtout inutile »⁴⁴². Toutefois, si trompés que les légistes fussent, ils ont réussi à vulgariser la maxime « le mort saisit le vif » et à la faire pénétrer dans presque toute la France. Leur réussite consistait à « faire considérer de droit commun les fiefs comme patrimoniaux en ligne directe, de telle sorte que le fils en fut saisi sans le consentement du seigneur et sans assujétissement au relief »⁴⁴³.

Le résultat suivant fut ainsi obtenu : à un certain moment avant la compilation des Etablissements de Saint Louis, c'est-à-dire avant 1269, où l'on attendait encore BEAUMANOIR, sur lequel s'appuyait KLIMRATH, les légistes fouillèrent le Digeste et le Code de JUSTINIEN afin de « prouver que le fils est censé être la même personne que son père ;

⁴⁴¹ *Ibid.* p. 157.

⁴⁴² *Ibid.* p. 159.

⁴⁴³ *Ibid.* p. 158. Son orthographe.

pater et filius una eademque persona censentur ; que les enfants sont en quelque façon copropriétaires avec les auteurs de leurs jours, des biens de ceux-ci ; qu'entre de telles personnes la succession n'est pas, à vrai dire, une mutation »⁴⁴⁴. Quelque interprétation que l'on en pût dégager, cette argumentation a été bien constatée⁴⁴⁵. De ce point de vue, les avis de DUMOULIN, qui était la plus grande autorité pour CHAMPIONNIERE et RIGAUD, ont été relativisés en raison de leur caractère polémique. TROPLONG a, effectivement, mis en cause la supériorité, ou même la crédibilité de DUMOULIN en matière de droit romain et de fiscalité⁴⁴⁶. Si le jurisconsulte du XVI^e siècle nous a enseigné une doctrine qui allait compromettre l'intérêt de la Regie, il s'agissait plutôt de son parti pris que de son autorité. Par ailleurs, nous comprendrons que TROPLONG n'était pas le seul qui voyait dans l'œuvre de DUMOULIN la posture d'un combattant partisan. Nous pouvons, à ce sujet, encore citer l'étude biographique de DUMOULIN qu'a faite un des collègues de TROPLONG, C.-G. HELLO (1787-1850), alors avocat général à la même institution. Précédant le compte rendu de TROPLONG dans le même numéro de revue et ayant été exposée le 8 juin 1839 devant l'Académie des sciences morales et

⁴⁴⁴ *Ibid.* p. 157-158. Voir ci-dessus p. 100, note 190. Les textes référés sont les suivants :

C. 6, 26, 11, 1 : « *Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem partem titio cum filiis, alteram autem partem sempronio adsignari* ».

Inst. 3, 19, portant sur *stipulatio*.

C. 11, 48, 22, pr. : « *Cum scimus nostro iure nullum praeiudicium generari cuidam circa condicionem neque ex confessionibus neque ex scriptura, nisi etiam ex aliis argumentis aliquid accesserit incrementum, sancimus solam conductionem vel aliam quamcumque scripturam ad hoc minime sufficere nec adscripticiam condicionem cuidam inferre, sed debere huiusmodi scripturae aliquid advenire adiutorium, quatenus vel ex publici census adscriptione vel ex aliis legitimis modis talis scriptura adiuvetur* ».

Paul 2 ad sab., D. 28, 2, 11 : « *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat* ».

Inst. 3, 1, qui évoque à plusieurs reprises la succession de plein droit (*ipso iure*).

⁴⁴⁵ Voir LUCAS-CHAMPIONNIERE. *Etudes historiques*. p. 422. Il cite les répliques de DUMOULIN, qui était insatisfait des textes romains, sur les textes précédents. En ce qui concerne les deux premiers occurrences : « *Quoniam filius censetur una et eadem persona cum patre* ». Quant à la troisième : « *et vel patre vivo quodammodo dominus bonorum patris, à quo moriente non dicitur de novo in filium transferri, sed continuari dominium* ». Enfin, sur les deux dernières : « *igitur, quando vasallus moriatur relicto filio, non videtur mutata persona vasalli ...* ». Voir DUMOULIN, § 3, gl. 1, n° 1.

⁴⁴⁶ TROPLONG. *Compte rendu du Traité de Championnière et Rigaud*. p. 293.

politiques, que TROPLONG fréquentait même avant son intégration l'année suivante, cette étude a remis DUMOULIN, gallicaniste au sens religieux et antiseigneurial sur le plan politique, dans le contexte de son opposition à D'ARGENTRE, catholique et défenseur de l'aristocratie bretonne, et ainsi déshabillé le *Traité des fiefs* de DUMOULIN de toute neutralité scientifique présumée : « Un traité des fiefs, conçu dans cet esprit », dit HELLO, « ne pouvait être qu'un traité contre les fiefs »⁴⁴⁷. C'est précisément de ce point de vue que l'on faisait allusion aux réminiscences révolutionnaires. HELLO a donc observé à propos de DUMOULIN : « On y entrevoit je ne sais quel avant-coureur lointain de l'esprit de 89 »⁴⁴⁸.

Au bout de la dissertation dissimulée en recension d'ouvrage, TROPLONG a annoncé et anticipé ce que nous pouvons lire dans l'arrêt de 1857. Il s'agissait, précisément, non seulement d'une sorte d'« éclectisme » comme l'on dit souvent sur l'auteur, mais d'une sorte de rationalisme inscrite dans la droite ligne du droit naturel moderne, sans pour autant aucune affinité ni avec le précepte de ROUSSEAU qu'il a vigoureusement condamné, ni avec d'autres idéologies nouvelles :

Si l'on me dit que la propriété a besoin de la protection de la loi civile, et que celle-ci a le pouvoir de lui en faire payer le prix, soit en réglant dans une certaine mesure son organisation, soit en l'assujettissant à l'impôt, je comprendrai sans peine ce langage raisonnable ; mais lorsque l'on avancera que la propriété dans son existence est une concession du droit civil, et qu'elle n'a par elle-même aucune légitimité essentielle, je ne pourrai que renvoyer aux derniers survivans de la foi saint-simonienne ou à ces sectaires qui dans leur petite église conservent le feu sacré du matérialisme⁴⁴⁹.

Comparons cette confession de 1839 avec le paragraphe suivant tiré de l'arrêt de 1857,

⁴⁴⁷ Charles-Guillaume HELLO. Etudes sur les jurisconsultes anciens et modernes, V. *Dumoulin*. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 10, p. 105.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ TROPLONG. Compte rendu du *Traité* de Championnière et Rigaud. p. 294-295. Son orthographe.

entre lesquels la ressemblance nous semble très palpable :

Attendu que le droit de mutation, comme toute autre contribution publique, procède de l'obligation personnelle de tout citoyen de concourir, par le sacrifice d'une portion de son revenu, aux moyens que le vote annuel du Corps législatif met à la disposition de l'Etat pour accomplir, envers la liberté et la propriété de chacun, sa mission sociale de protection et de défense, qui est l'un des attributs de la souveraineté ; qu'ainsi caractérisé par son principe et par son objet, l'impôt, quel qu'il soit, loin de supposer une propriété imparfaite et subordonnée, est la plus éclatante confirmation du droit naturel de propriété ; qu'il constitue donc par lui-même, non un droit réel sur les biens du redevable, mais une obligation purement personnelle de celui-ci.

Des deux textes une seule et même conclusion : l'impôt, en l'occurrence le droit d'enregistrement proportionnel portant sur mutation, est le coût que la propriété privée doit subir pour bénéficier de l'Ordre que le pouvoir politique est chargé d'assurer. L'implication de TROPLONG dans l'arrêt cité est à notre avis plus que probable.

A titre complémentaire, il est intéressant de voir TROPLONG continuer, au lendemain de la révolution de 1848, à défendre sa notion de propriété et, plus spécifiquement, contre l'impôt progressif des successions. Il résume ses écrits antérieurs dans son petit traité sur la propriété, et anticipe sur ses décisions postérieures. A propos de l'intervention fiscale dans la succession, il se demande si le Code civil donne à l'Etat le droit de récupérer les successions vacantes « à cause d'un droit originaire préexistant et par retour du patrimoine vers sa source première ». « Erreur immense », répond-il lui-même, « si on le croyait ». Au contraire, la bonne réponse est, selon lui, que « c'est une indemnité accordée à l'Etat pour les charges de la justice et de la police publique »⁴⁵⁰. Dans une autre occasion en cette même année troublante de 1848, « nous concédons », dit-il, « sans aucun doute, que l'Etat, comme protecteur de la propriété,

⁴⁵⁰ Raymond-Théodore TROPLONG. *De la propriété d'après le Code civil*. Paris : Pagnerre, 1848, p. 132.

fasse payer par les propriétaires cette protection [...] Le propriétaire ne doit à l'Etat qu'un impôt »⁴⁵¹. Voici la ligne directrice des propos de TROPLONG tant dans le domaine de l'histoire du droit, qu'en matière de droit civil considéré du point de vue fiscal. Cette ligne directrice se poursuit depuis, au moins, le milieu des années 1830, et, au niveau de la jurisprudence, jusqu'à nos jours, même si ce genre de discours libéral du XIX^e siècle a vu se terminer sa belle époque il y a longtemps.

Résumons la seconde moitié fort intense de la décennie 1830 : le premier ouvrage doctrinal et critique en matière d'enregistrement, le traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD, a été publié ; plusieurs juristes, à l'instar de ceux qui ont commenté ce fameux traité, l'ont rejoint en dénonçant la pratique de la Regie ; un grand semeur du germanisme juridique, KLIMRATH, est monté en scène et a cherché à réhabiliter la féodalité à l'appui de l'origine germanique du droit français ; un manuel d'histoire du droit, celui de LAFERRIERE, est allé dans le sens contraire en ce qui concerne le passé féodal français ; enfin, un magistrat et grand amateur de l'histoire du droit, TROPLONG, a déplacé la problématique de l'obscur haut Moyen Âge à l'époque tardive des légistes. Par ce biais, le principe « le mort saisit le vif », droit jadis commun et général partout dans le royaume, ne relevait ni du droit germanique ancien, ni des coutumes moulées dans le cadre féodal, mais pas plus du droit romain. C'était une invention récente, mal fondée mais sans aucun doute un succès.

⁴⁵¹ Raymond-Théodore TROPLONG. De l'impôt sur les successions. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1848, 2, p. 232.

Conclusions de la première partie

Toute la première partie est consacrée à l'inexistence de la notion moderne de personne avant le XIX^e siècle. La difficulté principale de cette partie consiste en l'existence même du mot « personne » : comment est-il possible que ce mot dont on use d'innombrables fois ne donne naissance à aucun concept élaboré ? Pour répondre à cette question difficile, nous nous sommes servi d'occurrences différentes, et y avons relevé le fait que, sauf dans la tradition de droit naturel moderne où le terme « *persona moralis* » est important, le mot « personne » s'emploie soit au pluriel et sans conséquence, comme pour le titre du premier livre du Code civil, soit dans des locutions fixes sans que sa signification puisse être facilement isolée.

Le meilleur répertoire que nous avons pu trouver pour notre étude est la jurisprudence sur la succession vacante en matière d'enregistrement. D'une part, cette jurisprudence fait référence à la notion d'hérédité jacente de droit romain, qui fut longtemps considérée comme la source la plus importante de la doctrine de personnalité morale. L'on peut donc légitimement y espérer de maintes occurrences du mot latin « *persona* », réputée être l'étymologie du mot français « personne ». Mais de l'autre côté, les conclusions que MERLIN de Douai a rédigées pour un grand arrêt de la Cour de cassation nous montrent le contraire. Il en est ainsi, car l'espoir, de nos jours si répandu, s'appuie effectivement sur une mauvaise étymologie et, à la fois, une mauvaise connaissance du latin. Depuis trop longtemps, l'on a eu tort en ne lisant que le mot *persona*, alors que ce mot est désémantisé car il fait partie d'une expression figée. L'expression « *personam sustinere* » attend un complément d'objet, et ne peut pas être traduite en français sans perdre le mot *persona*. Voici un « *Lost in Translation* »

juridique de XIX^e siècle.

Ayant attesté, dans l'arrêt de 1857, la reconnaissance de la notion moderne de personne, notre objectif pour la seconde partie sera, avant de parvenir à la fin de la Belle Epoque, de montrer quand et comment un nouvel usage du mot « personne » s'est introduit dans le vocabulaire juridique français, de comprendre la réception de cette néologie et la résistance que celle-ci a soulevée.

Seconde partie : développement et la montée de tension

Cette seconde partie sera consacrée à l'introduction de la notion moderne de personne dans le vocabulaire du droit français. Introduction, car cette notion n'a pas été formulée en France, mais en Allemagne. Chronologiquement, cette partie traitera, dans un premier temps, de la période entre 1840 et 1870, et, dans un deuxième temps, de la période entre 1870 et 1914, avec, bien entendu, des extensions nécessaires.

Les matières à présenter et les analyses seront déployées dans les deux axes principaux, notamment la germanisation d'un côté et la publicisation de l'autre. Ils sont liés l'un à l'autre en raison du sort de la nation allemande.

Par « germanisation », nous entendons non seulement la réception de la science de droit allemande, mais encore l'introduction, la diffusion et l'enracinement de la perspective historiographique suivante : le droit français contemporain partage la racine germanique avec le droit allemand, et cette racine commune justifie l'importation de certaines doctrines juridiques allemandes.

Par « publicisation », nous entendons la prépondérance des discussions relevant du droit public dans l'ensemble de la littérature sur « personne ». Ce n'est pas un court épisode, comme le prétend ORESTANO⁴⁵², mais presque un « destin » de la problématique de « personne », car l'adage « le mort saisit le vif » faisait partie des « lois fondamentales du royaume » et s'appliquait notamment à la succession du trône⁴⁵³. Parallèlement à cette

⁴⁵² Voir ORESTANO. *Problema*. p. 32-38.

⁴⁵³ Voir André LEMAIRE. *Lois fondamentales de la monarchie française : d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*. Genève : Slatkine-Megariotis Reprints, 1975. Réimpression de l'édition de Paris : Fontemoing, 1907.

« publicisation », il y a le courant de « privatisation » au sens qu'une certaine doctrine civiliste, par exemple, le droit d'association sur le plan du droit civil, cherchait à argumenter. Le mouvement français à cet égard s'inspirait effectivement d'un autre courant d'origine allemande, que nous appelons volontiers « socialisation ». Il ne s'agit ni du communisme, ni du socialisme au sens courant du terme, mais du concept de « droit social » que GIERKE définit et que G. GURVITCH (1894-1965) introduit sous la forme de sociologie juridique.

En d'autres termes, les tendances soit de publicisation, soit de socialisation, peuvent être saisies comme des déclinaisons des tensions entre l'Etat et l'émergente société civile. Traditionnellement, c'est de ce point de vue que l'on entame les questions de personne (au sens moderne, bien sûr), et de personnalité morale ou juridique. Les exemples privilégiés de la littérature sont notamment les associations au sens de la loi de 1901 et les congrégations religieuses. Il est vrai que ces deux catégories ont suscité davantage de polémiques que les autres. Or la mise au point sur ces deux catégories-là risque de faire glisser les plans de discussion, de sorte que l'on se concentre sur la fausse question de savoir si toute association ou congrégation religieuse « est une personne morale ». La loi française n'a jamais interdit totalement ni les associations, ni les congrégations, et, par conséquent, la bonne question à poser est de savoir qu'elles étaient reconnues « personnes morales », et comment l'on les dénommait lorsque le mot « personne » n'avait pas encore acquis le sens qu'il a de nos jours. Nous verrons que la jurisprudence de cassation se contentait de se servir des termes génériques et ne retenait pas les mots « personne morale », que certains jugements de tribunaux inférieurs avaient évoqués.

Si l'on résume les deux périodes le long des deux axes, la première période, celle entre 1840 et 1870 couvre l'introduction du concept de personne, et celle entre 1870 et 1914 est, quant à elle, marquée par la diffusion, voire l'éclatement de ce concept à presque toutes les

autres branches du droit, que nous ne pourrions, malheureusement, pas tous étudier.

Dans la première période, l'on n'avait pas encore oublié les usages traditionnels du mot « personne », qui n'était pas une notion à part entière et fonctionnait, en revanche, comme complément d'objet direct des verbes « avoir » ou de la famille de « porter ». Les travaux préparatoires et les premiers commentaires et traités du Code civil montrent que l'on ne se servait du terme « personne » à titre de concept qu'en faisant référence ou allusion au vocabulaire du droit naturel moderne, qui n'était pas moins traditionnel. Cette période nous a donc laissé un grand nombre d'occurrences qui, d'un côté, attestent la continuation de l'emploi ancien du mot « personne », et, de l'autre, en marginalisaient l'emploi nouveau. L'on n'en relève celui-ci, en effet, que dans les textes de quelques auteurs bien spécifiques. Cela veut dire que l'emploi nouveau de « personne », au sens d'individu humain et de sujet de droit était, pendant plusieurs décennies, très particulier, de caractère doctrinal et même personnel. De plus, nous avons appris dans le dossier de l'enregistrement que le langage juridique désignait par « êtres moraux » ce que l'on appelle aujourd'hui personnes morales, et que l'« être moral » était, jusqu'à l'arrêt du 23 juin 1857, réputé « personnifié », c'est-à-dire « tenir lieu d'une personne (du défunt ou de l'héritier) ». Ce ne fut plus le cas à partir du grand arrêt.

Il est vrai que ce revirement de jurisprudence n'a pas thématiqué le concept de personne, et ne suffit pas à illustrer les autres grandes vicissitudes qu'a connues notre mot-clé. Nous étudierons, par conséquent, les questions suivantes.

Dans un premier titre, notre travail sera consacré à l'avènement du nouveau concept de personne, notamment celui de SAVIGNY, à son introduction et à sa réception mitigée en France. Avant de parler de SAVIGNY, nous devons passer par le grand débat sur l'abolition de l'esclavage en 1848, qui, à la fois, favorisait et empêchait la réception du concept

savignien. Il en est ainsi car le texte originel dont relevait le nouveau concept de personne n'a vu le jour qu'en 1840, et que cet ouvrage était peu disponible jusqu'en 1855. Cette période correspond à peu près à la période où se sont produits une série d'événements importants : plusieurs luttes judiciaires à propos de l'esclavage, son abolition définitive, et l'abolition de la mort civile.

En nous focalisant sur la réception de la doctrine de SAVIGNY et la résistance que celle-ci rencontre, nous procéderons, dans un deuxième temps, à l'un des meilleurs repères de la confrontation entre la tradition ou, le « gallicanisme », et le germanisme, à propos de « personne », le vieil adage « le mort saisit le vif ». Nous l'avons vu évoqué à maintes reprises dans les plaidoyers contre l'argument de la Regie de l'enregistrement, c'est-à-dire celui que MERLIN avait emprunté au droit romain avec quelques modifications. Ce dossier nous montre, d'abord, l'un des grands thèmes de recherches de l'Ecole allemande des germanistes, qui, opposée à l'Ecole historique, qui lui était consanguine, cherchait à ériger un édifice aussi scientifique, mais plus « national » et plus « social » que le droit romain des pandectistes. L'adage selon lequel toute succession tombe de plein droit à l'héritier sans aucun intervalle ni intermédiaire, a été étudié par cette Ecole des germanistes sous la thématique de « *Gewere* », ou si l'on veut croire KLIMRATH, de « saisine ». Cette ligne de discussion se prolongeait au-delà de KLIMRATH, et caractérisait fort bien le germanisme qui a conquis la doctrine française après 1870.

Le troisième et dernier titre de la seconde partie couvre deux époques drastiquement contrastées. Dans un premier temps, nous rouvrirons deux dossiers de la jurisprudence du Second Empire que nous avons partiellement étudiés, à savoir l'erreur dans la personne en matière de mariage d'un côté, et le contrat de société de l'autre. Ces deux dossiers nous illustrent concrètement comment le néologisme de SAVIGNY gagnait au fur et mesure du

terrain sur le traditionnalisme du langage prétorien. D'une part, la jurisprudence de l'erreur dans la personne a relayé un sens ancien du terme « personne » et, en même temps, le dualisme du physique ou naturel et du normatif ou civil dans l'emploi du terme s'inscrivait. De l'autre, le contrat de société a été, depuis les années 1840, un répertoire de doctrines où nous verrons la transition de vocabulaire qui va de l'« être moral » traditionnel à la « personnalité juridique » à l'allemande, en passant par le concept éclectiste de TROPLONG. Si cela ne fait penser qu'à la loi de 1867 relative aux sociétés anonymes, il est pourtant surprenant d'y voir revenir la soi-disant archaïque société taissable, qui servait de référence historique à l'émergente société coopérative.

La rupture est arrivée en 1870. L'Empire écroulé, une nation se sentant humiliée, la mort naturelle et l'éviction politique ont atteint l'une après l'autre la magistrature, conservatrice du langage juridique traditionnel depuis longtemps. Le milieu des juristes universitaires s'est plié de plus en plus à la science juridique allemande, qui comptait, chez elle, les jours d'une autre vieille tradition : le droit romain. Les grandes questions historiques et historiographiques qui, jadis, étaient traitées par des juristes ou des historiens du droit se sont déplacées soit vers le vieux domaine de l'histoire, soit vers la jeune discipline de la sociologie. La féodalité ne suscitait plus autant de préoccupations qu'elle recevait dans les années 1830, ou bien il vaut mieux dire que, depuis TOCQUEVILLE, l'on lui posait des questions sur d'autres registres et les discutait par d'autres optiques. Certes, tous les historiens du droit « gallicanistes » n'ont pas péri, mais la plupart d'entre eux ne poursuivaient leur carrière que dans des villes provinciales moyennes avant de tomber dans l'oubli. D'ailleurs, la période entre 1870 et 1914 fait, sans doute, partie des plus glorieux âges que l'Allemagne a connus à l'égard des recherches juridiques et historiques. C'était dans cette période que le célèbre BGB a été préparé et promulgué, et que T. MOMMSEN (1817-1903) et O. von

GIERKE (1814-1921), pour ne citer qu'eux, ont chacun établi leur renom par les œuvres sur l'antiquité de l'un et sur le Moyen Âge de l'autre⁴⁵⁴. En bref, le germanisme a régné sur la doctrine civiliste française de personnes morales au moins jusqu'en 1914. Dans les esquisses plus intéressantes signées de grands publicistes, comme DUGUIT et HAURIOU, le mot « personne » connaissait beaucoup moins de développement de la part des civilistes.

⁴⁵⁴ MOMMSEN fut, en 1902, le deuxième lauréat du prix Nobel de littérature.

Titre I Introduction de la notion moderne de personne

Chapitre I Excursion : l'abolition de l'esclavage

Contrastant avec le principe contemporain selon lequel tout être humain est une personne, l'esclavage occupe toujours quelques lignes dans tous les manuels de droit des personnes. L'on parle de sa seconde et dernière abolition en 1848, et certains auteurs jugent opportun d'y ajouter les dates de 1794 et 1802, l'une pour sa première abolition, et l'autre pour son rétablissement. Suivie par la suppression de la mort civile, seule l'abolition de l'esclavage est, pour signaler cette anecdote, commémorée en tant que grand événement républicain, puisque c'est le Gouvernement provisoire de l'éphémère Deuxième République qui a adopté le décret du 27 avril 1848⁴⁵⁵. L'on nous rappelle en France le nom de Victor SCHËLCHER (1804-1893), qui osa lutter contre l'édit surnommé Code noir⁴⁵⁶. Promulgué sous LOUIS XIV, ce code noir est, selon la page citée de l'Assemblée nationale, réputé pour dénier aux esclaves « toute personnalité civile et juridique ».

Malgré cette consécration officielle, plusieurs précisions nous paraissent nécessaires pour notre connaissance sur cet événement, sans doute, très important. Il faut notamment éclaircir davantage l'ampleur, les dimensions et les limites de l'abolitionnisme français. Cette approche n'entend pas le moindre révisionnisme. Au contraire, elle consiste à faire réfléchir sur la référence habituelle de la littérature consacrée à la notion de personne. Puisque nous avons à plusieurs reprises constaté l'absence de la notion moderne et la continuation de l'usage traditionnel de *persona* jusqu'aux années 1830, il est fort probable que l'impact de l'abolition

⁴⁵⁵ Dans son site d'internet officiel, l'Assemblée nationale lui a consacré une page rangée dans la rubrique « Histoire et patrimoine » : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/esclavage/abolition.asp> [réf. du 7 septembre 2009]. En revanche, rien n'a été fait pour l'abolition de la mort civile en 1854. Un autre site d'internet de commémoration est celui du Comité pour la Mémoire et l'Histoire de l'esclavage : <http://www.comite-memoire-esclavage.fr/> [réf. du 10 novembre 2010].

⁴⁵⁶ Le nom officiel de ce code, daté de mars, 1685 est l'Edit du roi « servant de règlement pour le gouvernement et l'administration de justice et la police des îles françaises de l'Amérique, et pour la discipline et le commerce des nègres et esclaves dans lesdits pays ». Il s'est fait modifié en mars, 1724, et cinq articles (les art. 5, 7, 8, 18 et 25) ont été abrogés.

de 1848 en droit civil n'a été construit que par la littérature contemporaine et de manière *ex post*. Que l'on ait raison de condamner l'esclavage et la traite d'hommes, cela ne nous amène pas tout de suite ni à la *persona* romaine, ni à la personne moderne. L'esclavage romain ne doit pas se confondre avec l'esclavage moderne⁴⁵⁷. L'un est essentiellement un état d'homme qui, à l'origine, n'est pas naturel car il relève du droit des gens, et qui s'applique, du point de vue étymologique, en cas de conquête militaire, mais également en cas de vente volontaire de soi-même⁴⁵⁸. L'autre consiste principalement en un travail forcé, s'inscrit dans une logique de production capitaliste, et justifie lui-même et, à la fois, son racisme par le prétexte de la christianisation des Noirs. L'esclavage au sens romain ayant disparu bien avant la Révolution de 1789, la question doit être celle de savoir comment l'on parlait de l'esclavage des Noirs et de son abolition en langage civiliste de l'époque, et plus précisément, si le mot « personne » y avait un certain sens, et, si oui, lequel. Le résultat devrait déplaire à des civilistes contemporains, mais n'étonnera aucun historien : l'esclavage existait dans une période où, pour ainsi dire, toute personne n'était pas libre, et l'on n'a pas aboli l'esclavage des Noirs en les faisant personnes, mais en leur reconnaissant la liberté. Même s'il existait alors un concept de personne ou un autre de personnalité, ni l'un ni l'autre n'entend ce que leurs homonymes signifient à l'âge des droits de l'homme⁴⁵⁹.

Nous verrons que le caractère local et lointain de l'esclavage colonial, le système

⁴⁵⁷ La littérature en cette matière nous dépasse. Contentons-nous d'évoquer la chronique qui s'y dédie régulièrement dans le second numéro annuel de la revue *Dialogues d'histoire ancienne*, ISSN : 0775-7256.

⁴⁵⁸ D. 1, 5, 4, 1 et 1, 5, 5, 1. *Inst.* 1, 3, 2-4. Sachez que l'esclavage volontaire n'était pas de cas rarissime qui ne servirait qu'à la casuistique. Voir Paul VEYNE. *Droit romain et société : les hommes qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire. La société romaine*. Paris : Seuil, 2001.

⁴⁵⁹ Sur le plan de droit international, la question ne semble pas résolue non plus, et l'on se renvoie en vain au droit civil. Voir par exemple : Hans AUFRICHT. *Personality in International Law. The American Political Science Review*, 1943, 37, n° 2, p. 217-243. Oscar SCHACHTER. *Human Dignity as a Normative Concept. The American Journal of International Law*, 1983, 77, n° 4, p. 848-854. *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* / s. dir. David KRETZMER, Eckart KLEIN. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Janne Elizabeth NIJMAN. *The Concept of International Legal Personality : an Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague : T.M.C. Asser, 2004. Jens David OHLIN. *Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights ? Columbia Law Review*, 2005, 105, p. 209-249.

pénitentiaire favorisant les travaux forcés, et la faiblesse de l'abolitionnisme français aux niveaux d'information, d'organisation et de soutien populaire, contribue à cantonner l'impact réel de l'abolition de l'esclavage en France métropolitaine (Section I). Quand la vague abolitionniste se relança après le Congrès de Vienne et monta, au fur et à mesure, sous la Monarchie de Juillet, la Cour de cassation a, suite à des réformes procédurales, dû faire face à la question de qualification de l'esclave. Nous relèverons dans la jurisprudence un exemple, pour ainsi dire, du bon usage du mot « personne » en matière d'esclavage (Section II). Si cet exemple paraît hapax, plusieurs exemples d'autres registres vont aussi dans le même sens : dans le débat sur l'esclavage, le mot « personne » ne jouait pas le rôle que la littérature civiliste lui a donné. La « personnalité » de l'esclave concernait, en effet, plutôt l'existence de celui-ci dans les livres d'état civil, que sa capacité de droit. Nul n'a ignoré le fait que l'esclave est humain, mais tout homme n'était pas libre (Section III).

Section I Un événement colonial élargi

Tout d'abord, l'aspect géographique de l'esclavagisme français ne doit pas être ignoré. La première abolition de l'esclavage et son rétablissement signifiaient beaucoup moins pour la métropole que pour les colonies, car l'esclavage et surtout la « traite des nègres » comme l'on disait à l'époque concernaient principalement les territoires de l'autre côté de l'Atlantique. Certes, l'esclavage des Noirs avait réellement existé sur le sol français avant 1794. E. SAUGERA, P. H. BOULLE, et M. KOUFINKANA ont l'un après l'autre illustré concrètement la présence d'esclaves noirs en France sous l'Ancien Régime⁴⁶⁰. Tout en tenant compte de l'écart entre la statistique officielle et la réalité, la littérature accepte en général le chiffre relevé

⁴⁶⁰ Voir Eric SAUGERA. *Bordeaux port négrier chronologie, économie, idéologie, XVII^e-XIX^e siècles*. Biarritz : J & D, 1995. Pierre Henri BOULLE. *Race et esclavage dans la France de l'Ancien Régime*. Paris : Perrin, 2007. Marcel KOUFINKANA. *Les esclaves noirs en France sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles)*. Paris : L'Harmattan, 2008.

dans le recensement de 1777 : environ 5.000 « non blancs » résidaient alors dans toute la France, souvent détenus dans l'atelier ou le domicile de leurs maîtres, ou bien dans des locaux spécialisés comme la prison de l'Hôtel de ville, dans le cas de Bordeaux⁴⁶¹. Malgré l'exagération de certains textes de l'époque, à Paris par exemple, l'on ne décomptait que 271 Noirs entre le début de 1760 et le mois de mars 1777, ou, dans une autre source, 360 Noirs depuis 1760 jusqu'à 1778⁴⁶². Si l'on a déclaré à peu près 700 « gens de couleur » à Nantes, le plus grand port négrier français, il n'y avait que 97 Noirs dans toute la Bretagne⁴⁶³. Même si certains maîtres d'esclaves pourraient chercher à détourner l'obligation de déclaration, ce nombre est loin d'être comparable avec la présence des Noirs dans les colonies. Selon J. NECKER (1732-1804), directeur général du trésor sous LOUIS XVI, 249.098 esclaves habitaient, en 1779, la partie française de l'île Saint-Domingue, devenue, plus tard, le Haïti, le chiffre étant de 10.539 à Cayenne en 1780, soit le plus faible parmi toutes les colonies recensées⁴⁶⁴. Ainsi, cela relativise l'avis de P. VIOLLET (1840-1914) selon lequel la présence d'esclaves noirs, et même la vente d'esclaves aux enchères, étaient habituelles au milieu du XVIII^e siècle⁴⁶⁵. Méfions-nous de la citation d'un document officiel que l'historien du droit a faite avec concession : « il n'est pas de bourgeois ni d'ouvrier qui n'ait eu son nègre esclave »⁴⁶⁶. En effet, comme les recherches sur les coloniaux demeurent prépondérantes dans l'historiographie de l'esclavage, une histoire des populations « non blanches » en France métropolitaine reste à écrire⁴⁶⁷. Faute de catégories statistiques dites ethnique ou raciales, il est

⁴⁶¹ SAUGERA. *Bordeaux port négrier*. p. 291.

⁴⁶² KOUFINKANA. *Esclaves noirs en France*. p. 111.

⁴⁶³ Alain ROMAN. *Saint-Malo au temps des négriers*. Paris : Karthala, 2001, p. 173.

⁴⁶⁴ Jacques NECKER. *Œuvres complètes de M. Necker*. 6 tomes, t. 4. Paris : Treuttel et Würtz, 1821, p. 370, 371.

⁴⁶⁵ Paul VIOLLET. *Histoire du droit civil français accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*. Aalen : Scientia, 1966. Réimpression du *Précis de l'histoire du droit français*, Paris : Larose et Ténin, 1905, p. 365.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Voir Pap NDIAYE. Pour une histoire des populations noires en France : préalables théoriques. *Le Mouvement Social*, 2005, 4, n° 213, p. 91-108.

difficile de les repérer. D'autant que BOULLE a, à juste titre, précisé que la catégorie de « non blanc » n'entendait pas toujours la même chose, et que différentes sous-catégories (nègres esclaves, mulâtres, Indiens, etc.) ont été utilisées depuis le code noir de 1685 jusqu'au recensement de 1777⁴⁶⁸. Le constat comparatif que rappelle P. NDIAYE résume bien cet état des choses : « il existe plus de livres publiés en France sur les Noirs américains que sur les Noirs de France »⁴⁶⁹.

Même si la majorité de la population noire était installée à Paris, les grands philosophes des Lumières en parlaient très rarement. Il est vrai qu'un nombre réduit ne justifie en aucun cas l'indifférence des intellectuels. Or afin de pouvoir poser des questions sur le phénomène de l'esclavage des Noirs, il faut reconnaître pour connaître : en effet, nous pouvons nous demander si ces savants-là auraient commis les mêmes confusions des différentes formes serviles (esclavage, servage, mainmorte, etc.) et les contradictions qu'a relevées J. EHRARD⁴⁷⁰. D'après cet auteur contemporain, l'*Encyclopédie* n'a parlé explicitement de l'esclavage et de la traite que trente-trois fois dans plus de soixante-douze mille articles. Il a mis en avant le fait que, trop souvent, l'on ne savait clairement distinguer l'esclavage colonial du servage féodal, les deux termes parfois traités comme synonymes et interchangeables. Certains avaient même du mal à séparer l'esclavage de la domesticité forcée. Toujours sur le niveau du discours et de la représentation, les générations des Lumières n'étaient peut-être pas non plus au courant de tout ce qui s'était passé. Or si Montesquieu nous rapporte encore que LOUIS XIII n'a autorisé l'esclavage des Noirs dans les colonies qu'en croyant pouvoir les faire bons catholiques, d'autres informations concernant l'esclavage ont échappé au baron de Secondat. En effet, E. de

⁴⁶⁸ Voir BOULLE. *Race et esclavage*. p. 168-198.

⁴⁶⁹ NDIAYE. *Pour une histoire*. p. 91.

⁴⁷⁰ Voir Jean EHRARD. *Slavery before the Moral Conscience of the French Enlightenment: Indifference, Unease and Revolt. The Abolitions of Slavery: from Léger Félicité Sonthonax to Victor Schœlcher, 1793, 1794, 1848* / s. dir. Marcel DORIGNY. Paris : UNESCO, 2003. Plus globalement : Jean EHRARD. *Lumières et esclavage l'esclavage colonial et l'opinion publique en France au XVIII^e siècle*. Bruxelles : Versailles, 2008.

LAVELEYE (1822-1892) a relevé dans les documents administratifs un épisode qui aurait pu demeurer inédit jusqu'à leur publication sous le Second Empire. L'économiste belge a notamment regretté en 1858 de l'« un des tristes côtés du règne de Louis XIV » : « le chapitre des galères dont VOLTAIRE ne parle pas et que MONTEIL lui-même a oublié »⁴⁷¹. Par une lettre de 1666, il a constaté que, à l'époque, « le grand roi faisait acheter non seulement des esclaves turcs, juifs ou schismatiques, mais même des catholiques » qui, en l'occurrence, étaient des Russes mis sur le marché de Constantinople, et que l'« on obligeait les forçats qui avaient fait leur temps à rester aux galères, ou bien à acheter un Turc pour les remplacer »⁴⁷².

Ensuite, même en métropole, tous les phénomènes assimilables à l'esclavage ne semblaient pas systématiquement condamnés, car l'esclavage pénal a effectivement survécu à toute atteinte révolutionnaire : les travaux forcés à perpétuité étaient au rang des peines afflictives et infamantes aussi bien dans le code pénal de 1791 (l'art. 6) et dans celui de 1810 (l'art. 7, al. 1, n° 2), et cette peine emportait, d'après le second code, la mort civile (art. 18, al. 1). En quoi un esclave était-il différent d'un mort civilement condamné aux travaux forcés pour le reste de sa vie ? Apparemment en rien. Si nous suivons, plus loin, l'évolution de la politique pénale, nous verrons que la seule chose qui compte est, non pas la tendance de l'élimination de toute situation servile, mais l'endroit d'exécution des peines. Louis-Napoléon BONAPARTE, président de la république qu'il allait renverser, a mis en avant son souci réaliste lorsqu'il s'est adressé à l'Assemblée législative le 12 novembre 1850 : il voulait réformer l'exécution de la peine des travaux forcés, mais non pas pour supprimer la peine, ni détruire les bagnes, mais par la création de colonies pénales⁴⁷³. Bien entendu, l'on ne saurait ignorer les termes tels que

⁴⁷¹ Emile de LAVELEYE. Les coulisses d'un grand règne. Correspondance administrative sous Louis XIV, publiée par les soins du Ministre de l'instruction publique. *Questions contemporaines*. Bruxelles : Lacroix, 1863, p. 295.

⁴⁷² *Ibid.* p. 297-298.

⁴⁷³ « Six milles condamnés, renfermés dans nos bagnes de Toulon, de Brest et de Rochefort, grèvent notre budget d'une charge énorme, se dépravent de plus en plus et menacent incessamment la société. Il a semblé

« peine moralisatrice » et « peine humaine », mais qui croit que ces deux objectifs pesaient à l'époque davantage que la dépense et l'expansion coloniale ? En bref, l'esclavage et la forme voisine de la peine des travaux forcés ne devaient pas choquer autant les gens du milieu du XIX^e siècle que nous qui vivons avec les garanties de droits de l'homme.

Enfin, il faut tenir compte d'un troisième facteur qui s'ajoute, d'un côté, à l'absence de l'esclavage en métropole et, de l'autre, à la continuation de l'esclavage pénal. C'est la faiblesse de l'abolitionnisme français lui-même à bien des égards. Certes, nous devons reconnaître à la France l'honneur d'avoir aboli l'esclavage avant tous les autres pays occidentaux. C'est pourtant à l'Angleterre que l'on doit l'élimination effective du commerce triangulaire et, en conséquence, de l'esclavage pratiqué dans les colonies françaises. Même si le Parlement n'a entériné qu'en 1807 le projet de loi du célèbre député et philanthrope W. WILBERFORCE (1759-1833) destiné à interdire la traite des Noirs⁴⁷⁴, l'Empire britannique a poussé plus loin ce principe dans le Congrès de Vienne et l'a mis en œuvre, fort de sa puissante marine royale, avant d'abolir définitivement l'esclavage sur le plan national en 1833⁴⁷⁵. Il est vrai que l'Empire britannique a profité plus que toutes les puissances européennes de la traite et de l'esclavage, et que ses interventions diplomatiques et militaires ne devaient être motivées seulement et purement par l'esprit humanitaire. Or l'on admet aussi généralement qu'un

possible de rendre la peine des travaux forcés plus efficace, plus moralisatrice, moins dispendieuse, et en même temps, plus humaine, en l'utilisant aux progrès de la colonisation française. » Louis-Napoléon BONAPARTE. *Discours et messages de Louis-Napoléon Bonaparte, depuis son retour en France jusqu'au 2 décembre 1852*. Paris : Plon, 1853, p. 120. Ce projet du futur empereur, après avoir choisi la Guyane comme lieu d'exécution de la peine, a enfin tourné vers la Nouvelle Calédonie. Notons que la mort civile a été abolie en 31 mai 1854, soit le lendemain de l'adoption de la loi de l'exécution de la peine des travaux forcés consistant en création d'une colonie pénale en Guyane. Voir sur ce point : Louis-José BARBANÇON. *L'Archipel des forçats. Histoire du bagne de Nouvelle-Calédonie (1863-1931)*. Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 70-72.

⁴⁷⁴ C'est notamment le *Slave Trade Act* (référence 47 *Geo III Sess. 1 c. 36*). Pour un aperçu rapide de l'abolitionnisme anglais pour lequel WILBERFORCE et ses camarades militaient, voir James WALVIN. *British Abolitionism, 1787-1838. The Abolition of Slavery : from Léger Félicité Sonthonax to Victor Schœlcher, 1793, 1794, 1848* / s. dir. Marcel DORIGNY. Paris : UNESCO, 2003.

⁴⁷⁵ *Slavery Abolition Act 1833* (Référence 3 et 4 *Will. IV c. 73*). La loi ne s'appliquait pourtant pas aux territoires en possession de la Compagnie des Indes orientales, ni aux îles de Ceylan et de St. Hélène (art. 44).

nombre croissant d'hommes et de femmes, scolarisés et donc capables de lire et d'écrire, apprenant à se former, à participer aux conférences tenues par des religieux évangélistes (méthodistes et quakers en particulier), à lire les propagandes diffusées, à signer des pétitions et à exercer des pressions sur les hommes politiques, est indispensable à la constitution et au maintien de la force de l'abolitionnisme anglais. C'est ce fondement populaire qui a donné raison à l'historien E. H. LECKY, d'après lequel, « la croisade anglaise contre l'esclavage, tenace, modeste et sans gloriole, pourrait, sans doute, être placée au rang des trois ou quatre actions véritablement vertueuses de toute l'histoire des nations »⁴⁷⁶.

Contrairement à la situation britannique, l'abolitionnisme français se poursuivait, la littérature l'a bien montré, dans des conditions beaucoup moins favorables. L. JENNINGS, spécialiste canadien en la matière, a précisé que la Société française pour l'abolition de l'esclavage, moteur principal du mouvement pendant la Restauration, n'était rien d'autre qu'un petit *club* de *gentlemen* qui « persista dans l'approche élitiste, parlementaire, prudente, et gradualiste »⁴⁷⁷, dépendait de leurs camarades d'outre-Manche pour se renseigner, et ne pouvait s'appuyer ni sur un réseau bien structuré, ni sur un public informé. Aucune de ces difficultés ne s'est corrigée ou améliorée, ni sous la Restauration, ni sous la Monarchie de Juillet. « Pourvu d'une telle organisation et d'une telle idéologie », dit JENNINGS, « l'abolitionnisme français

⁴⁷⁶ Sur des grands problèmes historiographiques, voir David Brion DAVIS. Comment expliquer l'abolitionnisme britannique. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti*. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003. DAVIS a cité et approuvé le propos de LECKY. Voici la phrase en sa version originelle : « *The unwearied, unostentatious, and inglorious crusade of England against slavery may probably be regarded as among the three or four perfectly virtuous acts recorded in the history of nations* ». William Edward Hartpole LECKY. *History of European morals from Augustus to Charlemagne*. 2^e éd. 2 tomes, t. 1. New York : Appleton, 1869, p. 161.

⁴⁷⁷ Lawrence C. JENNINGS. La lente Renaissance du mouvement abolitionniste en France. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti* / s. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003, p. 374.

ne pouvait avancer que très lentement »⁴⁷⁸.

Ainsi réservé à une minorité, l'abolitionnisme français aurait, tout de même, pu envisager l'aspect civiliste de la problématique en abordant, par exemple, la question sur l'esclavage en droit romain. Si certains militants ont choisi cette approche d'histoire du droit, leurs discours et écrits ne laissent pourtant pas la moindre trace du néologisme de « personne ». Il en est ainsi, car l'on ne relève, parmi leurs revendications principales, que les termes « dignité », « humanité » et « religion ». Il suffit de feuilleter rapidement les ouvrages principaux de V. SCHÆLCHER pour le constater. Les deux plus anciens, *Abolition de l'esclavage* (1840) et *Des colonies françaises* (1842) ne contiennent aucune occurrence significative de « personne »⁴⁷⁹. Quant au troisième, qui a vu le jour un an avant l'abolition officielle, *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*, cet ouvrage enregistre une quarantaine d'occurrences de « dignité », presque cent cinquante occurrences d'« humanité », mais seulement deux occurrences utiles de « personnalité » et une seule de « personne » qui nous concerne⁴⁸⁰. Dans le même esprit, le célèbre décret du 27 avril 1848 annonce tout au début, dans son préambule, les termes que nous soulignons :

⁴⁷⁸ *Ibid.* Voir aussi Lawrence C. JENNINGS. *French Anti-Slavery : the Movement for the Abolition of Slavery in France, 1802-1848*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. En outre, N. SCHMIDT a encore remis l'abolitionnisme français aux contextes européens et caraïbes, et continué plus récemment la discussion sur le rôle plutôt passif de la France à l'égard de l'abolitionnisme. Voir Nelly SCHMIDT, *Abolitionnistes de l'esclavage et réformateurs des colonies 1820-1851 : analyse et documents*. Paris : Karthala, 2001. Nelly SCHMIDT, *La France a-t-elle aboli l'esclavage ? Guadeloupe-Martinique-Guyane (1830-1935)*. Paris : Perrin, 2009.

⁴⁷⁹ Voir Victor SCHÆLCHER. *Abolition de l'esclavage : examen critique du préjugé contre la couleur des africains et des sang-mêlés*. Paris : Pagnerre, 1840. Victor SCHÆLCHER. *Des colonies françaises. Abolition immédiate de l'esclavage*. Paris : Pagnerre, 1842. Le premier livre est accessible sur Gallica, le second sur Google Books. Pour le portrait de SCHÆLCHER, voir Nelly SCHMIDT. *Victor Schœlcher et l'abolition de l'esclavage*. Paris : Fayard, 1994. Nelly SCHMIDT. *Victor SCHÆLCHER en son temps images et témoignages*. 1 tomes. Paris : Maisonneuve et Larose, 1998.

⁴⁸⁰ Voir Victor SCHÆLCHER, *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*. Paris : Pagnerre, 1847. Victor SCHÆLCHER, *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années. Deuxième partie*. Paris : Pagnerre, 1847. Cet ouvrage à deux parties comporte des discours parlementaires, des articles de journaux et de revues, et d'autres documents relatifs à la question. Certains passages ont été répétés, ce qui rend nos chiffres approximatifs.

Le Gouvernement provisoire, considérant que l'esclavage est un attentat contre la *dignité humaine* ; qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain : Liberté, Egalité, Fraternité.

En somme, l'abolitionnisme français ne peut point, combien héroïque que puisse être son exploit, enrichir la sémantique de « personne », car ce mouvement n'a connu ni d'argument fondé sur ou lié à la notion moderne de personne à l'intérieur, ni de fort rayonnement vers l'extérieur. Si l'esclavage désignait un ensemble d'institutions et de pratiques bien connues dans les colonies, il n'en était pas nécessairement ainsi en métropole, où l'anti-esclavagisme n'entraînait que l'abolitionnisme graduel et non immédiat, et toutes sortes de racisme et d'autres formes semblables à l'esclavage perduraient. Sous les étendards de la dignité de l'homme, de l'humanité et de la religion, le concept moderne de personne en droit civil aurait eu peu de marge de manœuvre, même si les contemporains de SCHËLCHER l'avaient connu et avaient voulu l'employer.

Section II Meuble, équipement ou « personne »

Si tout ce que nous venons d'évoquer ne constitue que des preuves négatives, et ne suffit pas encore à dissoudre le rapport imaginé entre l'abolition de l'esclavage et le concept moderne de « personne », examinons deux documents positifs qui ont pourtant été depuis longtemps méconnus. Ce sont notamment le fameux Code noir d'un côté, et l'arrêt du 8 février 1839 de l'autre. Cet arrêt de la Cour de cassation, obscur dans la littérature juridique et presque inconnu dans la littérature historique⁴⁸¹, peut bien servir d'exemple de la manière

⁴⁸¹ J. CARBONNIER l'a signalé dans un petit article : Jean CARBONNIER. Sur les traces de non-sujet de droit. *Archives de philosophie du droit*, 1989, 34, p. 206. Il a traité davantage la question de l'esclavage sous l'empire du Code civil dans Jean CARBONNIER. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10^e éd. Paris : L.G.D.J., 2001, p. 247-254. Du côté des historiens, les deux ouvrages collectifs à portée générale se passent entièrement de la littérature juridique : Olivier PETRE-GRENOUILLEAU. 1848, l'abolition de l'esclavage. *Dictionnaire de la France coloniale*, éd. par Jean-Pierre RIOUX, p. 33-37. Paris : Flammarion, 2007. Myriam

dont le langage juridique traitait la catégorie d'esclave et le mot « personne » dans la première moitié du XIX^e siècle, tout en brisant le préjugé le plus fréquent concernant le Code noir, à savoir que l'esclave était en droit une « chose », un « bien ». L'examen des deux documents nous ramènera aux rares occurrences de « personnalité » et de « personne » relevées chez SCHËLCHER, mais non encore traitées.

Certainement, le Code noir n'est ni le seul, ni le premier document juridique d'Ancien Régime qui intervint en matière d'esclavage. Bien avant sa promulgation, LOISEL a ainsi formulé dans ses *Institutes* : « Toutes personnes sont franches en ce royaume, et sitost qu'un esclave a atteint les marches d'icelui, se faisant baptizer, est affranchi »⁴⁸². Le Code noir faisant la première grande exception à la maxime, celle-ci a successivement connu d'autres atteintes au XVIII^e siècle : un édit du mois d'octobre 1716, en exécutant le fameux code, a consacré une série de formalités à la « réglementation du séjour des esclaves en France »⁴⁸³. D'après son préambule, l'édit avait pour but de répondre au souci des maîtres qui voulaient envoyer leurs esclaves en métropole afin – ou plutôt sous prétexte – de « les fortifier davantage dans notre religion » et de « leur faire apprendre [...] quelque art ou métier »⁴⁸⁴. Les formalités prévues accomplies, les esclaves concernés ne pourraient plus invoquer l'ancienne maxime. Une autre déclaration du 15 décembre 1738 a apporté une modification plus désastreuse. Tout esclave présent sur le sol français sans que le maître ait accompli les

COTTIAS. Esclavage. *Dictionnaire de la colonisation française*, par Claude LIAUZU, p. 272-277. Paris : Larousse, 2007. Quant au petit recueil par Ph. HAUDRERE et F. VERGES, quoique spécialisé en reproduction de textes et d'images, ne mentionne pas non plus cet arrêt. L'on s'intéresse davantage à la législation réformatrice sous la Monarchie de juillet qu'à la jurisprudence.

⁴⁸² LOISEL. *Institutes coutumières*. p. 38. Son orthographe.

⁴⁸³ Voir *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, Alphonse-Honoré TAILLANDIER, DECRUSY. 29 tomes, t. 21. Paris : Belin-Le Prieur, 1830, p. 122-126.

⁴⁸⁴ *Ibid.* p. 123.

formalités requises était à confisquer⁴⁸⁵. Le pouvoir public s'est notamment inquiété du fait que la plupart des Noirs amenés en France par leurs maîtres ont appris dans le royaume « des habitudes et un esprit d'indépendance, qui pourraient avoir des suites fâcheuses »⁴⁸⁶. Il est vrai que suite à la plaidoirie de P. HENRION DE PANSEY, avocat d'un esclave Roc, le Parlement de Paris a tranché pour la liberté en appliquant la vieille maxime⁴⁸⁷. Or une hirondelle ne fait pas le printemps. L'arrêt demeura un hapax jusqu'à la Révolution, et n'a été rappelé par la jurisprudence qu'après la Restauration⁴⁸⁸.

On entend dire très souvent que l'esclave est une chose, un bien, un meuble, que cela est d'origine romaine, et repris par le Code noir. L'art. 44 de la version de 1685, devenu l'art. 40 en 1724, semble, au premier coup d'œil, évident : « Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté... ». L'art. 46 (42 en 1724) fait appliquer aux saisies des esclaves les mêmes règles que pour les saisies des choses mobilières sauf certaines exceptions. Cette qualification de meuble a déjà indigné les abolitionnistes anciens⁴⁸⁹, et les ouvrages de droit civil et d'histoire n'oublient pas de la reprendre.

Que les esclaves soient des meubles, c'est conforme au texte de la loi. Ce n'est pas moins vrai que l'on opposait nettement les biens aux personnes. Or il faut faire attention pour ne pas imposer l'usage contemporain de « personne » aux anciens. Si la pratique coloniale

⁴⁸⁵ Art. 4. Voir *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, DECRUSY, Alphonse-Honoré TAILLANDIER. 29 tomes, t. 22. Paris : Belin-Le Prieur, 1830, p. 113.

⁴⁸⁶ *Ibid.* p. 112.

⁴⁸⁷ Voir Pierre-Paul-Nicolas HENRION DE PANSEY. *Mémoire pour un nègre qui réclame sa liberté*. Paris : J.-Th. Hérisant, 1770.

⁴⁸⁸ Voir une étude récente sur l'affaire dite « Furcy » dans laquelle l'arrêt du 6 mai 1840 de la Cour de cassation a déclaré une femme d'origine indienne libre au moment de son débarquement à Lorient en 1768 : Sue PEABODY. La question raciale et le « sol libre de France » : l'affaire Furcy. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2009, 64, n° 6, p. 1305-1334. Quant à l'arrêt rendu par la Chambre civile que présidait le Premier président PORTALIS, accompagné par le procureur-général DUPIN aîné : *Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1840, p. 199-200.

⁴⁸⁹ SCHËLCHER, par exemple, cite ces deux et d'autres articles du Code noir : SCHËLCHER. *Des colonies françaises*. p. 55.

était telle que les blancs achetaient, utilisaient et vendaient à leur guise des esclaves, comme tous les autres biens, le langage juridique de l'époque, en revanche, ne distinguait pas les esclaves des autres, par n'importe quel caractère de bien ou de chose. Le bon critère était, nous le verrons tout de suite, avoir ou non la liberté.

Voici quelques informations de base avant d'entrer dans les détails de l'arrêt. Il faut d'abord esquisser le cadre général de l'administration de la justice civile et pénale. En effet, la justice coloniale existait mais n'a pas laissé beaucoup de résultats « matériels ». Remontons au Consulat pour deux textes fondateurs de la justice coloniale après la Révolution : d'abord, l'arrêt du 29 prairial an X (18 juin 1802) substitua au conseil supérieur un tribunal d'appel doté des mêmes fonctions, et dont les arrêts pourraient être pourvus en cassation. Ensuite, l'arrêt du 12 vendémiaire an 11 (4 octobre 1802) régit l'instruction et le jugement des contraventions aux lois sur le commerce étranger. Les deux arrêtés étant largement repris par l'ordonnance du roi du 22 novembre 1819, celle-ci impose à, son tour, aux cours et tribunaux dans les colonies l'obligation de motiver les arrêts et jugements⁴⁹⁰.

L'affaire qui nous concerne a eu lieu à Saint-Pierre, Martinique, le dimanche 18 février 1838, à dix heures du matin. Deux agents de la douane ont vu deux esclaves porter sur leur tête un panier dans lequel ont été relevés certains produits d'origine étrangère, qui étaient interdits. L'un des deux esclaves s'est enfui, et par l'autre, nommé Adrien, les pouvoirs publics ont pu trouver le porteur de la marchandise qui était son maître, un certain HUC, et lui intenter une action pour confisquer l'esclave et la marchandise et pour le condamner à trois mille francs

⁴⁹⁰ A propos des contextes de cette ordonnance, voir Bénédicte FORTIER. 1799-1830. Ruptures et continuités du régime législatif des quatre vieilles colonies françaises. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti* / s. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003. L'art. 4, qui institua cette obligation, ne prononça pourtant pas la conséquence au cas d'inexécution de l'obligation. C'est l'arrêt du 25 février 1825 de la Cour de cassation qui frappa pour la première fois un arrêt non motivé rendu à la Martinique de la peine de nullité. *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public* / s. dir. Jean-Baptiste SIREY. Paris : Recueil Sirey, 1826, 1^e partie, p. 189.

d'amende. Or le tribunal de Saint-Pierre n'a retenu, en mars 1838, que la demande de confiscation de la marchandise prohibée. En mai de la même année, le conseil privé de l'île, constitué en commission d'appel, a maintenu le jugement qui n'a ni fait confisquer l'esclave Adrien, ni condamné son maître HUC à l'amende.

Seuls les motifs portant sur la confiscation de l'esclave nous intéressent pour l'instant, car le reste du jugement discute des questions de responsabilités civile et pénale, qui sont étrangères à notre propos. Contre la demande de confiscation, le jugement attaqué, et confirmé en appel, s'est fondé, d'une part, sur le caractère très exceptionnel de la peine de confiscation, et, de l'autre, sur l'inapplicabilité des textes portant sur la confiscation des esclaves, qui soit feraient l'objet même de la contrebande, soit feraient partie de l'armement des navires saisis à cause des activités illégales de ceux-ci.

Déboutée, l'administration des douanes a déposé son pourvoi en cassation. Dans le pourvoi, les douaniers ont fait recours à une ordonnance royale de 1687 sur les fermes qui, appliquée à la Martinique dès la fin de 1722, avait pour but de « régler les maximes concernant la perception des droits de sortie et d'entrée sur les marchandises et denrées »⁴⁹¹. L'administration a notamment cité l'art. 1^{er} du titre 2, et l'art. 1^{er} du titre 8, selon lesquels les marchandises de contrebande ainsi que l'équipage ayant servi à les conduire doivent tous être confisqués⁴⁹². Du point de vue douanier, l'esclave Adrien devait, en l'occurrence, faire l'objet

⁴⁹¹ Préambule de l'ordonnance sur le fait des cinq grosses fermes de février 1687. *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, DECRUSY, Athanase-Jean-Léger JOURDAN. 29 tomes, t. 20. Paris : Belin-Le Prieur, 1830, p. 24.

⁴⁹² L'art. 1 du titre 2 : « Nos droits de sortie seront payés au premier et plus prochain bureau du chargement des marchandises, et ceux d'entrée au premier et plus prochain bureau de la route ; et les marchands et voituriers seront tenus, en arrivant aux lieux où les bureaux sont établis, de les conduire directement au bureau, le tout à peine de confiscation des marchandises et de l'équipage qui aura servi à les conduire, et de trois cents livres d'amende ». L'art. 1 du titre 8 : « Toutes marchandises de contrebande seront confisquées, avec l'équipage qui aura servi à les conduire, même les marchandises qui seront ensemble, au terme de l'art. 13 du titre II ; et les marchands ou voituriers seront condamnés à 500 liv. d'amende, sans préjudice des peines afflictives portées par nos ordonnances, suivant la qualité de la contravention ». *Ibid.* p. 27, 38.

de la peine de confiscation en tant qu'élément principal de l'équipage qui servait à conduire les produits en question. Nous imaginons que beaucoup de lecteurs contemporains auraient souscrit volontiers à ce raisonnement s'ils avaient pu le faire, puisque l'un des lieux communs les plus répandus relatifs à l'esclavage est justement la fameuse nature « mobilière » de l'esclave. Ces lecteurs-là savent lire. Ils lisent V. SCHÆLCHER et l'art. 44 du Code noir. Le texte a bien dit que les esclaves sont déclarés meubles. Aucune formation de droit n'est nécessaire pour comprendre qu'un meuble peut en bien des cas faire partie d'un équipage destiné à un certain objectif.

C'est la chambre criminelle présidée par D.-F.-M. de BASTARD (1783-1844) qui était chargée de traiter ce pourvoi⁴⁹³. L'abolitionniste F.-A. ISAMBERT (1792-1857) assurait la fonction de rapporteur, et collaborait avec l'avocat général J.-J. PASCALIS (1793-1872)⁴⁹⁴. Le rapport d'ISAMBERT faisant défaut, nous ne sommes pas en mesure d'évaluer son influence. Face à la revendication de l'administration des douanes, la chambre criminelle a, dans un premier temps, refusé de qualifier l'esclave d'« équipage », et, dans un deuxième, insisté sur le fait que les esclaves gardaient bien leur personnalité, aussi bien sous le Code noir que sous la législation en vigueur à l'époque. La demande de confiscation de l'esclave Adrien s'est trouvée définitivement rejetée.

Premièrement, la cour a, d'emblée, précisé que « par ce mot *équipage*, en France, le législateur n'a jamais compris les personnes employées au transport », et qu'en revanche, « cette expression ne s'appliquait qu'aux voitures ou bêtes de somme ». La haute juridiction estimait ensuite que l'ordonnance, promulguée dans les colonies, « n'a pas reçu un sens

⁴⁹³ Dominique-François-Marie, comte de BASTARD d'Estang.

⁴⁹⁴ Jacques-Joseph PASCALIS était plutôt un homme politique que magistrat professionnel. Il a été élu député à Brignoles, Var en 1837 avant d'être nommé avocat général l'an suivant, et cumulait les deux fonctions jusqu'à sa destitution en 1848. Il est devenu président de la chambre civile en 1860 et parti en retraite en 1868. Il a entre temps participé à la délibération de l'arrêt du 24 avril 1862 concernant l'erreur sur la personne qui sera étudié.

différent de celui qu'elle avait dans la métropole, et ne peut être, dès lors, étendue aux *personnes non libres* ».

Deuxièmement, la cour suprême a expliqué que l'ancienne législation n'était pas si différente de la moderne que les gens seraient tentés de le croire : « Même sous la législation du Code noir, les esclaves n'avaient pas perdu leur personnalité ». La chambre criminelle a justifié son propos en faisant allusion aux dispositions entre la première dizaine d'articles du Code noir : « Puisqu'ils étaient baptisés, mariés et ensevelis avec les prières de l'Eglise, puisque leur personne était protégée contre les sévices, leur état constaté, et qu'ils étaient responsables devant la loi pénale de la moralité de leurs actions ». Suite à une telle ancienne législation, « en tout cas, la loi organique du 24 avril 1833, et l'ordonnance royale du 4 août même année sur les recensements, ont formellement rangé les esclaves dans la classe des *personnes*, et leur ont reconnu un état civil ». Le moyen de l'administration des douanes s'est fait ainsi rejeter par la Cour.

Deux choses sont à expliquer pour mieux comprendre ces dernières phrases. Rappelons-nous d'abord que le Code noir avait été édicté sept mois avant l'édit de Fontainebleau. Ce code a, en conséquence, consacré douze articles pour chasser les juifs (art. 1), catholiciser les esclaves (art. 2-4), limiter le protestantisme (art. 5), faire respecter les jours fériés (art. 6-7), faire intervenir l'Eglise aux affaires matrimoniales (art. 8-11) et funéraires (art. 14). La personnalité des esclaves, cela devait donc signifier leur existence dans les registres paroissiaux. Ils avaient un nom, pouvaient se marier avec le consentement du maître et donc former une famille, quoiqu'éphémère. En quelques sortes, la situation juridique des esclaves sous le Code noir était supérieure à celle des protestants, dans laquelle étaient présentes les menaces de galères, d'emprisonnement, de confiscation et d'exil. Outre l'allusion au Code noir, sachons qu'une série de législations réformatrices s'intervint sous la Monarchie de juillet.

D'une part, la loi de 1833 précitée avait pour but de promouvoir l'égalité entre les blancs et les Noirs ou mulâtres libres ou affranchis⁴⁹⁵. De l'autre, l'ordonnance royale mentionnée a créé l'obligation d'effectuer non seulement les états de recensement comportant les détails tels que les noms, prénoms, âge, sexe, mais également la déclaration des naissances, des mariages et des décès des esclaves faite devant un fonctionnaire qui en était chargé (art. 3)⁴⁹⁶. Voici ce que l'arrêt entendait par « état civil ».

Section III Que veut-elle dire la « personnalité » de l'esclave ?

Quelle conséquence peut-on tirer de l'arrêt de 1839 à propos de « personne » et « personnalité » ? La Cour de cassation française a-t-elle par cet arrêt inconnu inventé le concept moderne de personne ? Il faut dire que le vocabulaire de l'arrêt n'a, en fait, rien de nouveau, et s'inscrit en revanche dans une longue tradition. La Cour aurait pu, nous semble-t-il, le confirmer avant cette date si l'administration de la justice coloniale avait été réformée plus tôt. Bien qu'il s'agisse en l'occurrence d'une affaire d'ordre pénal, la chambre criminelle n'a pas hésité, d'un côté, à citer les règles d'ordre civil relatives aux esclaves, et, de l'autre, à contenir la portée du terme « meuble » au domaine patrimonial.

Contrairement à la terminologie moderne, le langage juridique exemplifié par l'arrêt de 1839 n'oppose ni les personnes aux « non personnes », ni les sujets de droit aux non sujets,

⁴⁹⁵ La loi concernant l'exercice des droits civils et des droits politiques dans les colonies, qui ne contient que deux articles. *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 33. Paris : Guyot et Scribe, 1834, p. 104-106. L'art. 1 : « Toute personne née libre, ou ayant acquis légalement la liberté, jouit dans les colonies françaises : 1. des droits civils ; 2. des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois ». L'art. 2 : « Sont abrogées toutes dispositions de lois, édits, déclarations du roi, ordonnances royales ou autres actes contraires à la présente loi, et notamment toutes restrictions ou exclusions qui avaient été prononcées, quant à l'exercice des droits civils et des politiques, à l'égard des hommes de couleur libres et des affranchis ».

⁴⁹⁶ *Ibid.* p. 397-398.

mais les personnes libres aux personnes non libres⁴⁹⁷. Sans évoquer les questions de pécule ou de ce que l'on appelait « samedi-nègre »⁴⁹⁸, dans lesquelles l'esclave dispose d'une certaine quantité de ressources, la chambre criminelle rappelle, au nom de la religion, que l'esclave ne peut être réduit en l'utilité matérielle qu'il fournit à son maître. SCHËLCHER a, probablement, tort de dire que la loi refuse l'état civil à l'esclave en s'appuyant sur la circulaire du 6 nivôse an XVI (27 décembre 1805), qui fait prolonger le régime du Code noir à l'égard de l'état civil lors de la promulgation du Code civil aux colonies⁴⁹⁹. Le Code civil n'a ni abrogé ni remplacé la loi du 20 septembre 1792 qui avait instauré les registres d'état civil laïques. Si nous ne pouvons nier que les pouvoirs publics s'intéressaient au recensement d'esclaves comme à beaucoup d'autres statistiques, il n'empêche que certains curés s'occupaient régulièrement de leurs ouailles de couleur, conformément à l'édit de 1685. En effet, les documents comparables aux registres paroissiaux en métropole ont fait l'objet de la loi des 6-15 décembre 1850, qui, dans son art. 1, al. 1, a ordonné que : « Les registres tenus aux colonies par les curés et desservants, pour constater les naissances, mariages et décès des personnes non libres, antérieurement au décret d'abolition de l'esclavage, seront déposés au greffe de chaque municipalité »⁵⁰⁰.

L'opposition entre les personnes libres et les personnes non libres n'était pas nouvelle, mais non plus toujours explicite. L'on relève dans la première version du Code noir une seule occurrence d'« hommes libres » (art. 9) et plusieurs « personnes libres » (art. 10, 32, 34, 39, 45, 59). L'art. 9 paraît insister sur la masculinité puisqu'il punit les blancs, sous-entendant hommes

⁴⁹⁷ Contrairement, dans son article précité (ci-dessus note 481), J. CARBONNIER écrit que l'arrêt de 1839, dans lequel la Cour de cassation « reconnut formellement qu'il y avait là une personne », marque la fin de la résistance judiciaire à la création de non-sujet de droit.

⁴⁹⁸ Le « samedi » était une journée concédée aux esclaves pour qu'ils puissent cultiver des vivres dans un petit jardin. Les maîtres d'esclaves se soustraient ainsi de l'obligation de nourriture. Cette pratique était liée à l'accès des esclaves à la monnaie et à la propriété. Voir Caroline OUDIN-BASTIDE. *Travail, capitalisme et société esclavagiste Guadeloupe, Martinique (XVII^e-XIX^e siècle)*. Paris : La Découverte, 2005, p. 187-234.

⁴⁹⁹ SCHËLCHER. *Des colonies françaises*. p. 53.

⁵⁰⁰ *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales* / s. dir. Désiré DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1825, 4^e partie, p. 1.

blancs, qui ont un ou plusieurs enfants de leur concubinage avec des esclaves. Dans le reste des cas, le terme « personnes libres » s'oppose systématiquement au terme « esclave ». L'édit n'a point employé « personnes non libres », mais n'ignorait pas non plus la possibilité qu'un homme esclave épouse une femme libre (art. 13), ce qui est impossible pour n'importe quel meuble. Il faut attendre jusqu'au 13 mai 1791, quand l'Assemblée constituante a soumis la compétence du Corps législatif en ce qui concerne l'état des « personnes *non libres* », ou bien « gens de couleur qui ne seraient pas nés de père et mère libres » à la condition de « vœu préalable, libre et spontané de colonies »⁵⁰¹. L'expression « personne non libre » se reprenait et devenait de plus en plus fréquente dès les années 1830. La loi des 24-28 avril concernant le régime législatif des colonies a par exemple réservé la compétence concernant « les lois pénales déterminant pour les personnes non libres les crimes auxquels la peine de mort est applicable » au « pouvoir législatif du royaume » (art. 2)⁵⁰². C'est dans le même sens que l'art. 1 du décret de 1848 interdit « tout châtiment corporel » et « toute vente de personnes non libres » effectués dans la période de deux mois entre la promulgation et l'exécution du décret.

L'opposition entre les personnes libres et les personnes non libres pourrait laisser entendre que ces personnes sont toutes des hommes dotés de la « personnalité ». Ainsi comprise, elle amorcerait une conception de personne semblable à la nôtre. Cependant, il faut se méfier des inconvénients de la réduction conceptuelle trop rapide, parce que cette notion a été employée à deux échelles différentes et de manière un peu ambiguë. A l'échelle plus générale, elle a servi à écarter les qualifications d'équipage, et renvoyait donc à l'opposition entre les personnes et les choses. L'esclave étant dans la classe des personnes, il ne pourrait en aucun

⁵⁰¹ Décret des 29 mai-1^{er} juin 1791 contenant l'exposé des motifs qui ont déterminé les dispositions de ceux des 13 et 15 mai sur l'état des personnes dans les colonies, et décret des 15 mai-1^{er} juin 1791 relatif à l'état politique des gens de couleur dans les colonies. Voir *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat*. 2^e éd. / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 1. Paris : Guyot et Scribe, 1834, p. 396-399, 364. Cette épisode fait l'objet de l'étude suivante : Florence GAUTHIER. *L'aristocratie de l'épiderme. Le combat de la Société des Citoyens de Couleur : 1789-1791*. Paris : CNRS, 2007.

⁵⁰² *Collection complète* (t. 33) / s. dir. DUVERGIER, p. 108.

être traité comme équipage. Or à l'autre échelle qui est plus technique, la personnalité consistait en protection de la personne au sens pénal⁵⁰³, constatation d'état civil et responsabilité pénale. Néanmoins, cette interprétation semble s'étayer davantage sur le droit pénal que sur le droit civil, et confondre les considérations dans les deux domaines. Du point de vue du droit pénal de l'époque, un mort civilement n'était pas moins punissable ni moins protégé que n'importe quel autre individu ordinaire. Pour être pénalement responsable, il suffisait que l'infacteur fût capable de discernement. Et pour être victime d'une des infractions régies par le chapitre I, livre III du Code pénal de 1810, à savoir les crimes et délits contre les « personnes », il suffisait d'être un individu humain. D'après l'art. 32 du Code noir, les esclaves pouvaient être criminellement poursuivis. Ils sont, en revanche, également protégés contre les infractions : c'est utile de savoir que l'ordonnance royale du 3 décembre 1784 punit d'infamie tout propriétaire qui mutiler des esclaves, et de la peine de mort celui qui en tue pour quelque raison que ce soit⁵⁰⁴. Cette question a également été soulevée lors de la discussion sur les projets du Code civil⁵⁰⁵. En d'autres termes, l'esclave était aussi bien responsable et vulnérable que l'homme libre sur le plan pénal. Au bout du compte, ce qu'entend la Cour de cassation par « la personnalité » n'a de valeur sur le plan du droit civil qu'à l'égard des registres paroissiaux ou municipaux, et des effets sur les rapports familiaux des esclaves.

⁵⁰³ Autrement dit la vie, le corps, l'honneur, la liberté et même le tombeau et la sépulture d'un individu. Voir les art. 295-378 du Code pénal de 1810.

⁵⁰⁴ Ordonnance concernant les procureurs et économes des habitations sises aux Îles sous le vent, titre V, art. 3 : « ils [tous propriétaires, procureurs et économes-gérants, NDLR] seront notés d'infamie lorsqu'ils auront fait mutiler des esclaves, et encourront la peine de mort, toutes les fois qu'ils en auront fait périr de leur propre autorité, pour quelque cause que ce soit : veut S. M. qu'ils soient, esdits cas, poursuivis comme meurtriers, à la diligence de ses procureurs, et enjoint aux gouverneur général et intendant d'y tenir sévèrement la main ». *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. Athanase-Jean-Léger JOURDAN, François-André ISAMBERT, DECRUSY. 29 tomes, t. 27. Paris : Belin-Leprieur, 1827, p. 541. Référence due à A. GISLER, qui a, d'ailleurs, évoqué l'ordonnance du 23 décembre 1785, que nous n'avons pas pu trouver. Antoine GISLER. *L'Esclavage aux Antilles françaises (XVII^e-XIX^e siècle) : contribution au problème de l'esclavage*. Nouvelle édition revue et corrigée. Paris : Karthala, 1998, p. 46-47.

⁵⁰⁵ Voir *Recueil complet (t. 7)* / s. dir. FENET, p. 46. L'on punit « les attentats commis sur [la] personne » du mort civilement.

C'est justement dans ce sens que certains auteurs réformistes s'attaquèrent aux questions de l'esclavage dans les années 1830. Un an avant l'arrêt, A. de GASPARIN (1810-1871), alors maître des requêtes au Conseil d'Etat, a publié un ouvrage pour le maintien de l'esclavage réformé. Il favorisait, en effet, la constitution de la famille d'esclaves, et jugeait convenable que des esclaves se marient, élèvent leurs enfants et même transmettent leur pécule par voie de succession :

Il peut demeurer esclave, et recevoir une personnalité légale. Il peut demeurer esclave, et contracter le mariage civil, recevoir un nom patronymique, que ses enfants porteront après lui ; faire constater officiellement la naissance de son fils, et le décès de son père. Il peut demeurer esclave, et voir son pécule reconnu, transmis par sa mort, non à son maître, mais aux héritiers que la loi lui donne⁵⁰⁶.

Que veut-il dire « l'esclave ayant une personnalité » ? Pourquoi un maître des requêtes a-t-il pu énoncer une telle contradiction ? Cette contradiction aurait été trop évidente si cette notion de personnalité avait été aussi universelle que celle mise en avant par SAVIGNY un an après l'arrêt cité. L'étroitesse de cette « personnalité » est manifeste si l'on revient sur une anecdote dans les discussions sur les lois des 18 et 19 juillet 1845 sur l'amélioration du régime des esclaves que SCHËLCHER nous a rapportées. Il s'agit notamment de la séance du 2 juin de la même année à la Chambre des députés. GASPARIN était alors député et très présent dans cette affaire, et l'on compte également le nom de TOCQUEVILLE parmi les députés. F. G. la ROCHEFOUCAULD DE LIANCOURT (1779-1863) a présenté son amendement qu'il allait lui-même retirer : le duc a proposé de remplacer le terme « esclave » dans tout le projet de loi par « personne non libre ». Néanmoins, le député du Cher comprenait bien que cela signifierait peu, car « les esclaves », disait-il, « ne seront plus des outils, des instruments de travail, il est

⁵⁰⁶ Agénor de GASPARIN. *Esclavage et traite*. Paris : Joubert, 1838, p. 172.

vrai, ils vont passer à l'état de personnes, mais ce seront toujours des personnes esclaves »⁵⁰⁷.

En dehors de cette discussion parlementaire, G. A. HUMBERT (1822-1894), en bon juriste, nous a fourni également un témoignage utile pour notre propos. Dans son mémoire couronné par la faculté de Paris en 1845, l'auteur a envisagé l'énorme problématique de la « capacité des personnes »⁵⁰⁸. S'il a pris la peine de donner une définition de la notion de capacité, rien n'a été dit à l'égard du terme de personne. Celui-ci était, comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, employé au pluriel sans davantage de précision. En mettant au premier plan la théorie de *caput*, HUMBERT a effectivement repris ce que TOULLIER avait déjà rappelé⁵⁰⁹. De sorte que le jeune docteur parlait d'« une classe nombreuse d'êtres humains qui paraissent déchus de toute espèce de droits » lorsqu'il a entamé la question de l'esclavage⁵¹⁰. Selon HUMBERT, la *summa divisio* des hommes libres et des esclaves ne signifiait nullement que ceux-ci soient privés de toute capacité de droit. Ce qui caractérisait les esclaves, c'était, disait-il, « leur entier asservissement à la volonté du maître dont la personnalité absorbe en quelque sorte la leur, car ils ne sont investis des différentes aptitudes légales que dans l'intérêt du maître lui-même et à son profit définitif »⁵¹¹. HUMBERT considérait que l'« on aurait tort de dire que l'esclave ne constituait pas une personne sous certains rapports », puisque les sources ont bien dit que l'esclave pouvait « jouer un rôle dans la vie juridique, stipuler, accomplir des actes d'acquisition, recevoir des legs, être institué héritier, faire adition »⁵¹². Cependant, rien de ce que l'esclave pouvait effectuer n'était pour lui-même, mais, tout au contraire, « seulement pour la plus grande utilité de celui à la puissance duquel il se trouvait

⁵⁰⁷ SCHËLCHER, *Histoire de l'esclavage (1^{re} partie)*, 18.

⁵⁰⁸ Voir Gustave-Amédée HUMBERT. *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes en droit romain et en droit français... Suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile*. Paris : Durand, 1855.

⁵⁰⁹ Voir ci-dessus p. 144.

⁵¹⁰ HUMBERT. *Des conséquences...* p. 11.

⁵¹¹ *Ibid.* p. 11-12.

⁵¹² HUMBERT. *Des conséquences...* p. 12.

tel-00738952, version 1 - 5 Oct 2012

soumis »⁵¹³. « Entendu de cette façon », concluait-il, « la personnalité de l'esclave n'a plus que la valeur d'un instrument aux mains d'un tiers ; et l'on conçoit que sous certains rapports l'esclave ait été assimilé aux choses par plusieurs interprètes »⁵¹⁴. Résumons ses propos : l'esclave en tant que catégorie formait, en droit romain aussi, une « personne » comme le maître ; la personnalité, c'est-à-dire la qualité de constituer une « personne » parmi d'autres, de l'esclave ne se distinguait de celle du maître que par, disons-nous formellement, la direction des effets des actes juridiques réalisés, ou bien, comme ce que l'on dit aussi couramment, l'imputation de ces effets-là. Pour reprendre notre terminologie, un être humain qualifié d'esclave pouvait sans aucun doute « porter une personne ». C'est en ce sens-là que la catégorie d'esclave devait et pouvait être une personne, « au rang des personnes » ou bien « dans la classe des personnes » comme ce que disaient respectivement LOCRE et la Cour de cassation⁵¹⁵. Autrement dit, comme l'expression « porter une personne », *personam genere, tenere* ou *sustinere*, exige un complément d'objet au génitif, c'est, non pas en la capacité de porter une personne, mais en ce complément que se trouve l'essentiel de l'opposition de l'esclave au maître : l'un et l'autre pouvaient porter une certaine personne, mais laquelle ? Tandis que le maître pouvait porter soit sa propre personne, soit celle d'un tiers, l'esclave ne portait jamais la personne de lui-même, mais toujours celle de son maître. Les mots de HUMBERT vont dans le même sens que le discours de ROCHEFOUCAULD cité plus haut : l'enjeu n'était pas la « personnalité » de l'esclave. Du point de vue politique, la liberté comptait davantage. Du point de vue juridique, l'on rappelait l'insuffisance de discerner seulement « personne » ou « personnalité » et mettait en avant plutôt la problématique de représentation.

Par ailleurs, il faut également savoir que tout le monde ne parlait pas des mêmes notions

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Voir ci-dessus p. 119, et p. 286 et s.

de « personne » et de « personnalité ». H.-A. WALLON (1812-1904), normalien, collaborateur de SCHËLCHER, se référait dans le même ouvrage aux deux registres dont relevaient « personne » et « personnalité ». Le futur académicien a, d'un côté, évoqué le partage de la personne du débiteur par les créanciers, ce qui était autorisé par la loi des XII tables, et l'hérédité jacente qui prenait, selon ses propres termes, « de la personnalité et de la vie »⁵¹⁶. De l'autre, l'historien se servait également de la langue philosophique quand il a envisagé la décadence de Rome. Les esclaves et hommes libres romains se confondaient, et cette fusion, disait-il, a abaissé l'homme libre au niveau de l'esclave qui « avait été placé [...] au-dessous du point où la pudeur commence avec le respect de soi-même, qui naît de la conscience de la personnalité »⁵¹⁷. Dans la première occurrence, Wallon a expliqué qu'il s'agissait d'une « personne humaine » qui n'était divisée que par son prix de vente. La deuxième occurrence concerne la question d'hérédité jacente que nous ne développerons pas ici. Enfin, la troisième, d'origine obscure, paraît compatible avec l'idéalisme allemand qui, aussi connu en France, servait de fondement à la conception de SAVIGNY, autrement dit le prototype de la conception moderne de personne.

Or il ne faut pas non plus méconnaître une tendance dérivée de l'évolution du langage anti-esclavagiste qui n'eut pas de conséquences immédiates : l'humanisation du terme « personne » vulgarisé. Bien entendu, il s'agit d'une vulgarisation au sein d'un milieu d'élites, où tout le monde n'était pas juriste, et même les plus grands connaisseurs de droit civil n'en avaient pas nécessairement plus d'idée que les autres sur ce que « personne » voulait dire. Parce que, tout simplement, « personne » ne voulait pas dire grand-chose, ni en droit, ni en langue courante. Si cela n'avait pas été le cas, l'arrêt de 1839 n'aurait pas pu changer deux

⁵¹⁶ Henri WALLON. *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*. 3 tomes, t. 2. Paris : Imprimerie royale, 1847, p. 23, 180.

⁵¹⁷ *Ibid.* p. 344-45.

fois de registre en passant de l'expression « personnes non libres », au sens passif et pénal de « personnes protégées contre les sévices », et revenant à l'expression « rangé dans la classe des personnes ». Les première et dernière occurrences relèvent, sans doute, du langage civiliste, la deuxième du pénal ou même de la langue courante. Le mot « personne » dans ce deuxième emploi est normalement précédé d'un article possessif et fait toujours l'objet soit d'une attaque soit d'une défense. Quant à l'usage de droit civil, nous retrouvons les deux particularités principales, à savoir, d'un côté, le nombre pluriel, et, de l'autre, la forme composée. Si le français juridique des XVIII^e et XIX^e siècles préférait de plus en plus les formes plus succinctes comme « père », « fils », « créancier » et « débiteur » à celles de « personne du père » ou de « personne du fils », l'on aurait aisément opposé les « libres » aux « non libres » en substantivant les deux adjectifs. L'histoire de l'invention de l'Assemblée constituante montre pourtant que le terme « personne non libre » avait pour but d'éviter le terme péjoratif « esclave ». Or ce que l'on voulait mettre en relief, ce n'était pas pour ainsi dire la « personnalité » mais l'humanité de l'esclave. Peu importe si l'esclave était au rang des personnes ou non. Au contraire, ce qui comptait pour l'abolitionnisme de l'époque, c'est que tout esclave soit un être humain (et, bien sûr, chrétien, sinon exclusivement catholique). Le fait que l'humanité est mise en avant par le mot « personne » au lieu du mot « homme » ne peut pas être sans effet pour les discours juridiques postérieurs.

Il ne faut pas non plus oublier que la qualité « non libre » s'appliquait, non pas à l'esclave, mais essentiellement au serf et à d'autres états « féodaux ». Ainsi, le critère de liberté ne distingue, en effet, que très vaguement les gens. L'on ne se représentait, apparemment, pas de la même façon un serf blanc et un esclave noir.

Il est temps de conclure ce grand dossier. Ce que l'on doit d'abord retenir, c'est que ni « personne » ni « personnalité » ne sont des mots aussi magiques que « sésame », par lequel la

voie à la liberté s'ouvre devant les esclaves. L'on n'affranchit pas un esclave en inscrivant son nom dans le registre d'état civil. Il en est ainsi, car ce dont l'esclave ne jouit pas, ce n'est pas la personnalité, mais la liberté. La seconde ne suit pas automatiquement la première. Cela revient à dire que l'abolition de l'esclavage n'aurait pas autant d'importance si la majorité des civilistes contemporains n'avait pas adopté les concepts de personne et de personnalité, étrangers au temps de SCHÆLCHER.

Chapitre II SAVIGNY et la notion moderne de personne

Nous savons déjà qu'en général, les échanges scientifiques franco-allemands en matières juridiques ont été intenses du moins au XIX^e siècle. La faculté de Strasbourg, en particulier, où KLIMRATH, AUBRY et RAU ont soit étudié soit enseigné, en était le portail de transmission le plus important. Certes, cela ne nous permet pourtant pas encore d'évoquer la moindre « germanisation » du droit français, car nous venons également de mentionner, par exemple, les thèses que nous appelons « gallicanistes » de LAFERRIERE et de TROPLONG relatives à l'origine du rachat et du relief. L'un et l'autre ont questionné le bien-fondé de la prétention explicitement germaniste de KLIMRATH. C'était vers la fin des années 1830. DUPIN aîné était toujours au pouvoir, sous les auspices duquel les ouvrages de plusieurs jurisconsultes français de l'Ancien Régime ont été réédités. Des écrits de LOISEL, POTHIER et d'autres ont ainsi revu le jour. Or les choses ont commencé à changer de façon irréversible à partir de la fin des années 1830 tant au niveau général qu'au niveau spécifique : le grand maître de droit romain, F. C. von SAVIGNY a gagné des amis et même plutôt des admirateurs actifs en France, et sa conception de « personne » a été publiée dans le deuxième tome de son *Traité de droit romain (System des heutigen römischen Rechts)*, littéralement, « le système de droit romain contemporain ». Bien que sa doctrine, comme beaucoup d'autres dans quelque domaine que ce soit, n'ait pas immédiatement conquis tout le monde, elle rassemblait désormais de plus en plus d'auteurs, et constitue le noyau de la doctrine moderne de « personne » telle que l'on la connaît dans les manuels de droit civil.

Avant d'analyser les textes de SAVIGNY, il faut esquisser rapidement la façon dont le romaniste lui-même était perçu à l'époque en France⁵¹⁸. L'on sait que son nom a été évoqué

⁵¹⁸ Pour les opinions de SAVIGNY sur le Code civil français, voir Joachim RÜCKERT. Code civil, Code Napoléon und Savigny. *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in*

dès 1819 par des rédacteurs de la revue éphémère de *Thémis*, A. JOURDAN et J.-B.-H. Blondeau (1784-1854)⁵¹⁹. Cependant, il ne faut pas exagérer la diffusion de son renom. Comme ses écrits principaux n'ont été traduits que vers la fin des années 1830 (l'*Histoire du droit romain au Moyen Âge* en 1839, le *Traité de la possession* et le *Traité de droit romain en 1840*), le nom de SAVIGNY ne semble pas connu hors du milieu des élites intellectuelles⁵²⁰. A travers ses correspondances, O. MOTTE a fait remarquer que SAVIGNY lui-même était rarement actif dans les échanges avec ses destinataires français⁵²¹. Parmi ceux-ci, l'on cite les noms d'E. LERMINIER (1803-1857)⁵²², de P. ROSSI (1878-1848)⁵²³, et, en particulier, d'E. LABOULAYE (1811-1883), tous les trois professeurs au Collège de France. Il est, selon O. MOTTE, incontestable que LABOULAYE a « véritablement fait connaître SAVIGNY à la France »⁵²⁴. Son petit livre *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny* a rapporté le grand débat sur la codification entre SAVIGNY et A. THIBAUT⁵²⁵. Même si MOTTE nous semble exagérer quand il dit que LABOULAYE a largement contribué à la « transformation des esprits » à l'égard de SAVIGNY entre 1839, le début de leur correspondance⁵²⁶, et 1861, le décès de l'Allemand, il est vrai que de plus en plus de juristes,

Deutschland und Frankreich / s. dir. Jean-François KERVÉGAN, Heinz MOHNHAUPT. Frankfurt am Main : Klostermann, 2001.

⁵¹⁹ Hans THIEME. Die deutsche Historische Schule Savignys und ihre ausländischen Jünger. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte : gesammelte Schriften*. Köln : Böhlau, 1986, p. 1101.

⁵²⁰ Voir Olivier MOTTE. *Savigny et la France*. Berne : Lang, 1983, p. 95-97.

⁵²¹ Voir *ibid.* Alfred DUFOUR. Savigny, la France et la Philosophie allemande. Etude critique à propos de deux ouvrages récents sur SAVIGNY. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1987, 55, n° 1-2, p. 151-163.

⁵²² Ayant été avocat, il a été nommé à la chaire d'Histoire générale et philosophique des législations comparées au Collège de France en 1831 (par l'ordonnance du roi du 12 mars de l'année, soit en même temps que l'économiste célèbre J.-B. SAY). Sa lecture de SAVIGNY servait plutôt à la construction de sa philosophie plus ou moins hégélienne. Voir la préface de Jean Louis Eugène LERMINIER. *Introduction générale à l'histoire du droit*. Bruxelles : Hauman, 1830, p. v-xvi. Pour sa carrière, voir Georges NAVET. Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie. *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, 1, n° 4, p. 33-56.

⁵²³ L'Italien naturalisé a succédé à la chaire de SAY au Collège de France en 1833.

⁵²⁴ MOTTE. *Savigny et la France*. p. 189.

⁵²⁵ Voir Edouard LABOULAYE. *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*. Paris : Durand, 1842. Voir aussi ci-dessous p. 307, note 534.

⁵²⁶ MOTTE. *Savigny et la France*. p. 191.

parmi lesquels, TROPLONG, rendaient compte des écrits de SAVIGNY dans cette période⁵²⁷. D'autant plus que la traduction de deux des ouvrages du maître de Berlin a effectivement élargi son lectorat. Reste à préciser que le *Traité de droit romain*, qui renferme son concept de personne, n'a connu une grande diffusion qu'après l'édition de 1855, car la première édition de 1840 a été rapidement épuisée. La chronologie de l'édition des ouvrages de SAVIGNY est importante, car le public français connaissait déjà d'autres ouvrages allemands en matière de droit romain. JOURDAN avait traduit en 1822 un ouvrage de son adversaire intellectuel, G. HUGO (1764-1844), qui, souvent réputé de la partie « antiquaire » parmi les romanistes, se trouvait entre la fin du courant de droit naturel moderne et le début de l'école historique⁵²⁸. Pour l'utilisation pédagogique, le manuel de F. MACKELDEY (1784-1834), romaniste moins important et professeur à Helmstedt et Bonn, était disponible à travers la Belgique⁵²⁹.

Revenons à l'ouvrage le plus pertinent, notamment le *Traité de droit romain*. Ecrit quand il avait soixante et un ans de l'auteur, ce livre a pour objet, non pas de frayer un chemin, mais de conclure les réflexions antérieures de l'éminent jurisconsulte. Derrière SAVIGNY, il y avait l'immense philosophie allemande, son « Ecole historique » perpétuée par la Revue pour la science historique du droit (*Zeitschrift für geschichtlichen Rechtswissenschaft*, « Journal de jurisprudence historique » selon LABOULAYE⁵³⁰) qu'il a cofondée en 1815

⁵²⁷ Voir XIFARAS. L'Ecole de l'Exégèse...

⁵²⁸ Voir Gustav HUGO. *Histoire du droit romain*, tr. par Athanase-Jean-Léger JOURDAN. 2 tomes. Paris : Corby, 1822. L'ouvrage a connu une autre édition en 1825. Pour sa vie, la bibliographie et quelques préjugés sur lui, voir Klaus LUIG. Hugo, Gustav. *Neue Deutsche Biographie*. T. 10, p. 26-27. Malte DIESSELHORST. Gustav Hugo (1764-1844), oder : Was bedeutet es, wenn ein Jurist Philosoph wird ? *Rechtswissenschaft in Göttingen : Göttinger Juristen aus 250 Jahren* / s. dir. Fritz LOOS. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1987. Olivier JOUANJAN. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*. Paris : Presses universitaires de France, 2005, p. 48-54. Joachim RÜCKERT. « ... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte... » ? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789. *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Stuttgart : Steiner, 1990. Joachim RÜCKERT. Compte rendu de *Historische Übersicht des römischen Rechts*, par E. Gibbon, tr. par G. Hugo, éd. par O. Behrends, Göttingen : Wallstein, 1996, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 2001, 69, n° 1-2, p. 174-179.

⁵²⁹ Voir Ferdinand MACKELDEY. *Manuel de droit romain*, tr. par Jules BEVING. Bruxelles : Wahlen, 1837.

⁵³⁰ LABOULAYE. *Essai*. p. 52.

avec K. F. EICHHORN, et presque quatre décennies de préoccupations politiques. Voici les trois perspectives à partir desquelles SAVIGNY est analysé dans la littérature.

Si l'on n'a jamais oublié la figure de KANT ou de Hegel dans le paysage intellectuel allemand de l'époque⁵³¹, il faut concéder que l'idéalisme comme arrière-plan n'a pas suffisamment éclairé le problème de concept savignien de personne. Il en est ainsi car, à notre avis, la littérature (surtout allemande) ne questionne normalement pas l'identification des termes « homme » et « personne ». L'on a bien mis en avant que le concept juridique de personne dépend chez SAVIGNY de considérations métajuridiques, *i. e.* philosophiques et religieuses⁵³². Pourtant, l'on a, nous semble-t-il, trop insister sur sa théorie de personnalité morale – d'après l'usage français courant – ou, d'après le romaniste, juridique, et même quand on entame la question de ce que SAVIGNY appelle « personne naturelle » (*natürliche Person*) sans mettre en doute sa division conceptuelle, le changement linguistique qui reste encore en droit actuel est ignoré⁵³³.

Quant à l'Ecole historique, il y avait déjà deux courants alors, notamment le romaniste, d'un côté, et le germaniste, de l'autre. Il est vrai que cette Ecole a gagné le débat sur la

⁵³¹ Une thèse doctorale dirigée par F. WIEACKER a, sans approfondissement, mentionné la présence d'éléments kantien et hégélien. Wolfgang HENKEL. *Zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien*. Thèse : Droit : Georg-August-Universität Göttingen : 1972, p. 71. Voir aussi Knut Wolfgang NÖRR, *Eher Hegel als Kant : zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*. Paderborn : Schöningh, 1991, p. 18-25, Aldo SCHIAVONE. La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1980, 9, p. 165-187. Felix SCHIKORSKI. *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*. Berlin : Duncker und Humblot, 1978, p. 42-57, 96 et s.

⁵³² RÜCKERT. *Idealismus*. p. 362-364.

⁵³³ Voir Paolo CAPPELLINI. « Status » accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'. *Annali dell'Università di Ferrara - Sezione V Scienze Giuridiche*, 1987, Nuova serie 1, p. 29-96. Malte DIESELHORST. Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 319-337. Le titre de ce dernier article a apparemment fait une erreur sur le prénom. Carl Friedrich von SAVIGNY (1814-1875) était un des fils du jurisconsulte.

codification allemande entre A. THIBAUT et SAVIGNY⁵³⁴. Le droit rationnel s'appuyant sur l'expérience française ne s'est pas imposé, bien que ses critiques contre le droit « étranger », c'est-à-dire romain, aient produit des retentissements notamment chez les germanistes. Ceux-ci, à leur tour, attaquaient la légitimité du droit romain, qui avait été mise en cause depuis des siècles. N'oublions pas que la réception formelle du droit romain en 1495 dans le Saint Empire n'était pas du tout loin des quatre-vingt-quinze thèses de M. LUTHER en 1517, et que la guerre des Paysans allemands s'éclata en 1524. L'entreprise de paix fondée sur l'introduction du droit romain comme droit commun de l'empire a été soupçonnée par LUTHER et Ph. MELANCHTHON (1497-1560) déjà dans ces années de tumultes politiques et religieux⁵³⁵.

Sur le plan politique, ou mieux dire social, l'Ecole historique devait faire face à une Allemagne agitée par la Révolution française. J. WHITMAN a raison d'estimer que l'historiographie du droit contemporaine a trop négligé l'appel de la grande réorganisation sociale à la créativité des romanistes⁵³⁶. L'un des plus grands problèmes est la « question agraire » (*Agrarfrage*), à savoir comment mettre fin aux rapports féodaux supportés par les paysans allemands, ou, en allemand, la libération des paysans (*Bauernbefreiung*). Le programme politique chez la majorité des romanistes de l'époque est ce que WHITMAN

⁵³⁴ Voir Friedrich Carl von SAVIGNY. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, tr. par Alfred DUFOUR. Paris : Presses universitaires de France, 2006. Pour un résumé de l'époque par le sympathisant de SAVIGNY : LABOULAYE. *Essai*. p. 30-47. En outre, voir DUFOUR. Savigny, la France et la philosophie allemande. Zdeněk KRYSTUFEK. La querelle entre SAVIGNY et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne. *Revue historique de droit français et étranger*, 1966, 44, p. 59-75. Du côté allemand, l'on se renvoie à la réimpression des documents fondamentaux que J. STERN a rassemblés en 1914 : Anton Friedrich Justus THIBAUT, Friedrich Carl von SAVIGNY, Hans HATTENHAUER. *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*. München : Vahlen, 1973.

⁵³⁵ Voir James Q. WHITMAN. *The legacy of Roman law in the German romantic era : historical vision and legal change*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1990, p. 14-28. Le livre de l'auteur américain a suscité une discussion en Allemagne. Voir Emanuele CONTE. Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien ? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgarrechtliche Tradition in den italienischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts. *Forum historiae iuris* [en ligne]. 5 novembre 2004 [réf. du 10 mai 2009], p. 17, note 7. Disponible sur : <http://www.forhistiur.de/zitat/0411conte.htm>

⁵³⁶ *Ibid.* p. 153-154.

appelle « niebuhrisme » qui veut dire, en bref, la « réforme par Romanisation »⁵³⁷, stratégie consistant à réformer l'Allemagne à la lumière de l'histoire de Rome. Il s'agit bien entendu de l'historien B. G. NIEBUHR (1776-1831), qui, d'origine danoise, banquier et puis fonctionnaire, cherchait à transplanter des exemples romains dans l'Allemagne du XIX^e siècle par re-conceptualisation du féodalisme allemand⁵³⁸. L'exemple du niebuhrisme chez SAVIGNY est son article sur le colonat romain où il prétendait que le colon romain, d'après lui plébéen sans terre devenant client de patricien, convenait le mieux à la compréhension du serf allemand, et que le serf allemand pouvait marcher vers la liberté comme le colon⁵³⁹. En réalité, SAVIGNY n'a connu aucune réforme véritable lorsqu'il écrivait son *Traité de droit romain*, car celle-ci n'a eu lieu que vers la fin des années 1840.

SAVIGNY a consacré les premiers chapitres du deuxième tome de son *Traité* au concept de personne. Dans les pages qui suivent, nous présenterons, d'abord, les grands traits de son concept, avant d'en analyser les points originaux et de s'intéresser à la réception de ses thèses principales en France.

Section I Définition et son système

Paragraphe I Construction quadruple : personne, homme, sujet de droit et sujet moral

La première chose que le droit actuel doit à SAVIGNY est la terminologie de « personne ». Rappelons-nous la tradition : l'on parlait, autrefois, des « statuts des hommes » comme le Digeste, des « droits des personnes » comme les Institutes de JUSTINIEN, ou bien des « personnes » tout court comme le Code civil français. En d'autres termes, le mot

⁵³⁷ *Ibid.* p. 162.

⁵³⁸ Voir *ibid.* p. 154-165.

⁵³⁹ Voir Friedrich Carl von SAVIGNY. Ueber den Römischen Colonat. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1828, 6, p. 273-320. WHITMAN. *Legacy of Roman Law*. 160-62.

« personne » s'employait au pluriel. Depuis le droit naturel moderne, nous le connaissons déjà, l'on oppose volontiers les personnes *portées* par les individus et celles par les « êtres moraux », mais le vocabulaire des auteurs n'était pas unanime. Après NETTELBLADT, l'on appelait, d'un côté, les individus soit « personnes physiques » (*physische Personen*), soit « personnes naturelles », et, de l'autre, les groupements et fondations « personnes morales » (*moralische Personen*) ou « personnes juridiques » (*juristische Personen*)⁵⁴⁰. Même si certains prétendent que SAVIGNY emprunte le terme « personne juridique » à HUGO⁵⁴¹, c'est pourtant à partir de SAVIGNY que l'opposition « personne naturelle » – « personne juridique » est fixée en langage de la doctrine allemande avant d'entrer dans celui du BGB.

Le deuxième héritage du concept de SAVIGNY est l'identification des quatre choses, à savoir « personne », « homme », « sujet de droit » et « sujet moral ». Aucune d'entre elles n'a été inventée par SAVIGNY, mais son originalité les combine ou les confond. Nous savons que les « statuts des hommes » et les « droits des personnes » dans le *Corpus iuris* suggèrent déjà la référence réciproque des « hommes » et des « personnes » (toujours au pluriel). Le terme « sujet » au sens de support existait également chez PUFENDORF et WOLFF. Or ce « sujet » devait s'employer en raison du caractère « objectif » ou bien « universel » du Droit tel que WOLFF le définissait. Il fallait que chaque obligation et chaque droit se concrétisent, et soient « supportés » par quelque chose. La métaphysique qui soutient le système de droit naturel fut mis à mal après la montée de l'idéalisme allemand, et le « sujet », chez SAVIGNY, renvoie au sujet introspectif de KANT, qui, pourtant, désigne la Conscience par « *persona*

⁵⁴⁰ LIPP. « Persona moralis ». p. 251. Danielis NETTELBLADT. *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii Romano Germanici usui fori accommodatum : in usum praelectionum adornatum*. 3^e éd. Halae Magdeburgicae : Renger, 1767, p. 31, § 45. Voir parmi d'autres Ludwig Julius Friedrich HÖPFNER. *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach den neuesten Ausgaben*. 5^e éd. Frankfurt am Main : Varrentrapp und Werner, 1795, p. 76. Arnold HEISE. *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*. Heidelberg : Mohr und Winter, 1819, p. 23, 25.

⁵⁴¹ Franz WIEACKER. Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts. *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*. Göttingen : Schwartz, 1973, p. 361, note 355.

moralis »⁵⁴². Quelque kantien qu'il soit, SAVIGNY n'a pas repris cet emploi de « personne morale » dans son système.

En effet, SAVIGNY a, d'une part, suivi la dichotomie traditionnelle en divisant son concept de personne en deux. De l'autre, il a rejeté la terminologie habituelle. Partant du cadre général qui caractérise sa doctrine, notamment envisager le droit comme rapport de droit (*Rechtsverhältnis*)⁵⁴³, il prétend que « tout rapport de droit consiste dans une relation de personne à personne », et se donne comme tâche d'étudier « la nature des personnes dont les relations réciproques sont susceptibles de créer ce rapport »⁵⁴⁴. Le fragment de HERMOGENIEN, que nous connaissons déjà, vient après pour soutenir le propos selon lequel « tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme »⁵⁴⁵. La confusion est ainsi justifiée : « L'idée primitive de personne ou sujet du droit se confond (ou « doit se confondre », NDLR) avec l'idée d'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : chaque individu, et l'individu seulement, a la capacité du droit »⁵⁴⁶. Comme le droit positif peut modifier cette idée originelle, il y a non seulement des extensions ou restrictions de capacité juridique, mais également des personnes juridiques « artificiellement » créées, auxquelles est opposé le concept primitif ou « naturel » de personne, que SAVIGNY nomme ailleurs personne naturelle telle quelle⁵⁴⁷. Son manuscrit prouve bien que c'est son intention même d'insister sur l'association des quatre idées

⁵⁴² Voir ci-dessus, note 139.

⁵⁴³ SAVIGNY. *System I*. p. 7. Friedrich Carl von SAVIGNY. *Traité de droit romain*, tr. par Charles GUENOUX. 2^e éd. 8 tomes, t. 1. Paris : Didot, 1855, p. 8.

⁵⁴⁴ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 1. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 1.

⁵⁴⁵ Voir ci-dessus, notes 24, 25 et 54. « *Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen* ». SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 2. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 2.

⁵⁴⁶ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 2. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 2.

⁵⁴⁷ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 2-3, 240. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 2-3, 234.

précitées : il n'a, tout d'abord, pensé qu'à l'homme seul, ajoutant ultérieurement les mots de « personne » et « sujet de droit » lorsqu'il corrigeait le texte⁵⁴⁸.

Posant la liberté *morale* comme fondement du droit, la terminologie de SAVIGNY se heurte très vite au terme traditionnel de « personne morale », où le qualificatif entend, non pas ce qui relève des mœurs, de la moralité ou de l'éthique, mais ce qui est immatériel ou bien spirituel. Le professeur a choisi son terme « pour montrer qu'elles n'existent comme personnes que pour une fin juridique »⁵⁴⁹. Le terme traditionnel ne lui convient guère, parce que, dit-il, d'abord, « elle n'atteint pas l'essence du sujet qui n'a rien de commun avec les rapports moraux ; ensuite, appliquée aux individus, elle désigne, ordinairement, l'opposition de la moralité à l'immoralité, ce qui nous reporte à un ordre d'idées tout différent »⁵⁵⁰.

Si cette phrase ne choque personne aujourd'hui, elle ne correspond pas à la réalité de l'époque. Il est évident que la littérature allemande reconnaissait généralement le terme « personne morale ». Nous le rencontrons chez J. G. FICHTE⁵⁵¹, chez SCHILLER⁵⁵², chez KANT, et sous la plume de beaucoup d'autres⁵⁵³. RÜCKERT observe, par ailleurs, que SAVIGNY ne définit pas le rapport liant le droit et la morale à la manière de KANT, et qu'il n'appuie pas non plus, de façon subjective, le droit et la morale sur la Raison et sur la loi universelle⁵⁵⁴. Sans entamer la question sur le véritable niveau de SAVIGNY en matière philosophique, ni ouvrir l'interminable dossier sur le rapport entre le droit et la morale, il convient, pour l'instant, de retenir que la nouvelle terminologie de SAVIGNY a effectivement

⁵⁴⁸ Voir ci-dessus p. 8, note 21.

⁵⁴⁹ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 2-3, 240. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 2-3, 234.

⁵⁵⁰ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 2-3, 240. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 2-3, 234.

⁵⁵¹ Johann Gottlieb FICHTE, Immanuel Hermann von FICHTE. *Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke*. 8 tomes, t. 6. Berlin : Veit, 1845, p. 134.

⁵⁵² Friedrich von Schiller. *Schiller's sämtliche Werke in einem Band*. Stuttgart : Cotta, 1834, p. 1150, 1162, 1189.

⁵⁵³ Pour la littérature juridique, voir Dieter Schwab. *Sittlichkeit. Zum Aufstieg und Niedergang einer rechtlichen Kategorie. Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag* / s. dir. Franz DORN, Jan SCHRÖDER. Heidelberg : Müller, 2001. Sur SAVIGNY, 497-508.

⁵⁵⁴ RÜCKERT. *Idealismus*. p. 365. Voir aussi JOUANJAN. *Une histoire*. p. 165-173, 178-184.

renversé le critère traditionnel qui distingue les personnes au pluriel. Ce critère consiste en une simple opposition entre l'unité et la pluralité. Quand on parlait de la « personne morale » sauf au sens de PUFENDORF, ou de l'« être moral » que la littérature française préférait, il s'agissait soit de plusieurs individus, soit d'une masse de biens, droits et obligations. Il n'en est plus depuis SAVIGNY.

Pour rejoindre la discussion précédente sur le droit naturel moderne et aussi pour anticiper la prochaine discussion sur GIERKE, bornons-nous à faire les deux remarques qui suivent. La première concerne la capacité générale de droit, et la seconde touche la catégorie de fondation. En ce qui concerne la première remarque, M. LIPP a raison en observant que le concept de SAVIGNY a bien mis en avant l'aspect, non pas de la jouissance de tels ou tels droits concrets, mais de la capacité générale, bien que nous ne soyons pas d'accord ni avec sa lecture de WOLFF, ni avec ses propos sur le « développement à trois niveaux » du concept de personne⁵⁵⁵. Or il faut également préciser qu'il s'agit plutôt d'un « sujet de droit » universel, qui, désormais, était doté d'un aspect intérieur, « subjectif », où siégeaient sa volonté, sa liberté. Si, pour LIPP, la généralisation de la capacité juridique est une conséquence de l'ordre du substantiel qui relève d'une « réorientation terminologique » d'ordre formel – car il prétend que, déjà chez WOLFF, une *persona moralis* était, en elle-même un homme (*Mensch eo ipso*)⁵⁵⁶ – ce qui nous semble plus important, c'est que ce dernier processus n'a abouti que par le dédoublement conceptuel de SAVIGNY. En d'autres termes, c'est l'anthropocentrisme que souligne DEROUSSIN qui est la caractéristique la plus marquante du concept savignien de personne⁵⁵⁷. Par rapport aux auteurs jusnaturalistes chez lesquels ni « *persona moralis* », ni « *subiectum iuris* » n'appartenaient exclusivement à l'homme, celui-ci s'est constitué chez

⁵⁵⁵ LIPP. « *Persona moralis* ». p. 254-259.

⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 254.

⁵⁵⁷ Voir ci-dessus, note 18.

SAVIGNY en unique point d'ancrage de tous les attributs du concept trompeur de « personne naturelle ». Cet anthropocentrisme a effectivement été un des fils conducteurs des débats postérieurs : est-ce l'individu humain la seule personne véritable, qui l'est naturellement sans le moindre concours du droit ? Ou bien le droit peut-il désigner comme personne tout ce qu'il veut quand bon lui semble, que ce soit un individu, une pluralité d'hommes, une chose, ou une masse composée ? Ou bien certains collectifs d'hommes sont-ils aussi bien naturels que les individus ? En fonction de la réponse à ces questions, l'on range presque toutes les différentes théories de personnalité juridique ou morale du XIX^e siècle que l'on peut relever dans la littérature du droit civil et que nous ne nommons pas.

Quant à la seconde remarque sur la fondation, il faut souligner que c'est le *System* de SAVIGNY qui installe dans le concept de personne la fondation qui, historiquement, n'était pas une catégorie à part entière⁵⁵⁸. Si la littérature remonte à la deuxième édition (1816) du *Grundriss* d'A. HEISE (1778-1851) pour la première mention de fondation comme catégorie, celle-ci n'a, en raison d'une affaire judiciaire concernant le statut du musée Städel de Francfort, été extensivement traitée que par SAVIGNY, en étant distinguée clairement des corporations⁵⁵⁹. Pour la littérature française postérieure, SAVIGNY a mis en avant la confusion historique des églises et des fondations pieuses, et, ainsi, battu un sentier pour le travail de SALEILLES sur les *piae causae* ainsi que pour celui de P. GILLET, le meilleur ouvrage parmi les études canonistes semblables⁵⁶⁰. Néanmoins, la problématique de fondation

⁵⁵⁸ Voir Martin PENNITZ. §§ 80-89. Juristische Personen II: Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts. *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB* / s. dir. Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT, Reinhard ZIMMERMANN. Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 273, Rdnr. 272.

⁵⁵⁹ *Ibid.* p. 286-288, Rdnr. 220. L'affaire du musée de Städel a été étudié dans : Hans KIEFNER. Das Städelsche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlens Bruch Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls. *Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts*. Goldbach : Keip, 1997.

⁵⁶⁰ Voir SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 262-272. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 256-267. Raymond SALEILLES. Etude sur l'histoire des sociétés en commandite (1^e et 2^e parties). *Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international*, 1895, 9, p. 77. Raymond SALEILLES. Les « *Piae causae* » dans le droit de Justinien. *Mélanges Gérardin*. Paris : Larose et Tenin, 1907. Pierre GILLET. *La personnalité juridique en droit canon* :

ne figure qu'en marge de la littérature. Elle n'a pas soulevé autant de controverse que les associations, et était souvent considérée comme une des diverses formes de legs.

Paragraphe II Nouvelle opposition entre les personnes physiques et morales

Le concept quadruple de SAVIGNY ne repose pas simplement sur ce critère de nombre, mais, d'après sa définition, sur celui de naturel et d'artificiel, de juridique (au sens « prévu par le droit positif ») et de non-juridique, de moral et d'amoral. Auquel s'ajoute encore sa délimitation de matières : en se bornant au domaine du « droit privé », il renonce à s'attaquer aux questions plus sensibles de droit public, concrètement les mesures pénales et policières prises contre toute association politiquement dangereuse⁵⁶¹. Par cette auto-limitation, SAVIGNY a donné un exemple aux juristes français nés après sa mort : la question de droit d'association se règle au sein du droit civil qui est « privé », même si l'autre côté du droit civil a trait à celui concernant la Cité. Cela aurait probablement suscité l'observation juste de J. DEWEY qui met en garde le lecteur contre la confusion des deux théories de personnes morales ou juridiques : il faut, selon le philosophe américain, bien distinguer la théorie de la fiction, qu'il impute au Pape INNOCENT IV, de la théorie de la concession, qui, prétendant que toute personne morale n'a d'existence que par une sanction de l'autorité publique, date de la naissance de l'Etat-nation⁵⁶². Il a raison de mettre en évidence que les deux théories produisent les mêmes conséquences et influencent la pratique, en dépit de leur « divergence historique et logique », et que « la clé pratique » de leur union est le besoin d'affaires dans une époque dite individualiste qui concerne principalement les droits de

spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique. Malines : Godenne, 1927.

⁵⁶¹ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 236. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 230.

⁵⁶² DEWEY. *Historic Background*. p. 665-666. Voir aussi ci-dessous p. 433.

la propriété privée et de contrat : c'est pratique de faire des affaires avec une entité fictive, alors que seuls les individus sont des personnes « réelles »⁵⁶³.

Une autre mutation de nombre nous importe encore. Souvenons-nous de la pluralité des statuts des hommes et des droits des personnes. L'on comptait, jadis, la personne du père, du mari, du tuteur, du fils, du pupille, de la femme mariée, etc. Systématisée par un concept général de personne, cette pluralité a cédé sa place à une capacité juridique générale comme ce que Wieacker et Lipp ont, l'un après l'autre, observé, ce qui correspond au déclin du droit des personnes et à la montée du droit de la propriété – ou bien, d'après la formule très célèbre de Maine, au mouvement de passer « de l'état au contrat »⁵⁶⁴. En d'autres termes, la question de personne chez SAVIGNY, transformée en question de capacité juridique, se concentre enfin sur la faculté de posséder une propriété⁵⁶⁵. C'est le seul trait partagé par les personnes physiques et les personnes morales. Il faut pourtant rappeler que le sujet de droit n'a pas été, comme ce que LIPP prétend, rendu synonyme de sujet de biens. Telle lecture risque de trop simplifier le concept de SAVIGNY, non seulement en raison de l'auto-limitation que nous venons d'évoquer, mais aussi parce que SAVIGNY a bien souligné que « la personne juridique n'affecte que le droit des biens, et par là se trouve exclue la famille », car, dit-il, « tous les rapports de famille tiennent originairement à l'homme naturel, et leurs transformations juridiques ont un caractère relatif et secondaire », et, de plus, les « extensions artificielles de la famille », soit « sont destinées à préciser et à garantir certaines conditions inhérentes à la nature de l'homme », soit « ont pour objet le droit des biens »⁵⁶⁶. En d'autres

⁵⁶³ *Ibid.* p. 668.

⁵⁶⁴ WIEACKER. *Zur Theorie...* p. 367. LIPP. « *Persona moralis* ». p. 255-260.

⁵⁶⁵ Voir SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 238. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 232.

⁵⁶⁶ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 238-239. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 232-233. Il s'agit des cinq institutions, notamment *manus* pour le mariage, *servitus* entre le maître et l'esclave, *patronatus* relatif à l'affranchissement de l'esclave, *mancipii causa* quand le père vend ses enfants, ou le mari sa femme, *tutela* et *curatio* en cas de tutelle ou de curatelle. Voir SAVIGNY. *System I*. p. 356-363. SAVIGNY. *Traité I*. p. 346-353.

termes, SAVIGNY a également pris en compte les rapports non pécuniaires entre des sujets de droits.

Section II Nouveauté et réception

Paragraphe I La soi-disant « théorie de la fiction »

Habituellement, le nom de SAVIGNY est immédiatement lié à ce que l'on appelle théorie de la fiction. L'éminent romaniste est représenté par presque tous les manuels contemporains comme inventeur, ou comme un simple porte-parole, de ce fictionnisme. Laissons de côté, pour l'instant, les discussions sur la fiction de droit⁵⁶⁷, et précisons d'emblée que cette dénomination ne porte pas sur l'ensemble de la théorie savignienne de personne, mais seulement sur la personne morale. De plus, il faut faire justice à SAVIGNY, victime de lecture inattentive ou tout simplement de rumeurs. Il suffit de lire mot par mot pour savoir que, vu de l'intégralité de sa théorie, l'étiquette « fiction » ne concerne qu'une partie minoritaire en dépit de l'importance de celle-ci.

Avant d'analyser les prétentions de SAVIGNY, il faut d'abord prendre en compte le fait qu'il y a, en fait, au moins deux théories de la fiction. L'on peut les envisager du point de vue soit philosophique, soit juridique. Le philosophe allemand, M. MORITZ, a proposé de distinguer deux sortes de théorie de la fiction, selon ses termes, l'une « théorie d'attribution » et l'autre « théorie de substrat »⁵⁶⁸. La première théorie se contente de feindre (*fingieren*) qu'un certain sujet *soit* une personne morale tout en sachant qu'il n'est pas une personne « en soi ». Cette théorie attache à ce genre de sujet les caractéristiques de personnalité morale. La

⁵⁶⁷ Voir, parmi d'autres, Anton SCHÜTZ. L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique : à propos de « fiction » et « construction » en droit. *Droits*, 1995, 21, p. 113-126. Yan THOMAS. *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales. *Droits*, 1995, 21, p. 17-63.

⁵⁶⁸ Manfred MORITZ. Sind die juristischen Personen Fiktionen ? *Festschrift tillägnad professor; juris doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorsämbetet den 30 juni 1964, av kolleger, lärjungar och vänner*. Stockholm, 1964, p. 442.

seconde est plus radicale, car elle prétend qu'il n'y a aucun « substrat » auquel les caractéristiques de personnalité morale puissent s'accrocher, et que même ce substrat ou « porteur » (*Träger*) de droits et d'obligations est feint⁵⁶⁹. Pour l'ancien professeur de Lund, la théorie de SAVIGNY rentre dans la seconde catégorie, tandis que celle de G. F. PUCHTA (1798-1846) exemplifie la première⁵⁷⁰. A ce propos, R. FEENSTRA est allé dans le même sens en observant en matière de fondation que la théorie de SAVIGNY était la « vraie théorie de la fiction » qui se distinguait des théories médiévales, car le grand jurisconsulte prétendait, en refusant de voir dans la personne juridique de fondation un « substrat » comme HEISE devant lui, que « le véritable sujet du droit (d'une fondation, NDLR) » était « une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un certain mode et par des moyens déterminés »⁵⁷¹. Bornons-nous à quelques citations de PUCHTA pour ne pas perdre la ligne principale : c'est la volonté manifestée comme un pouvoir dans les relations juridiques de l'homme qui fait de lui une personne, autrement dit la position en droit de ce sujet de volonté « conçue comme puissance (*Potenz*) » ; la « personnalité » (*Persönlichkeit*) signifie « la possibilité subjective d'une volonté de droit, d'un pouvoir de droit (*rechtlicher Macht*), la capacité aux droits, le caractère à travers lequel

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Sur PUCHTA, voir en général Hans-Peter HAFERKAMP. *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*. Frankfurt am Main : Klostermann, 2004.

⁵⁷¹ Robert FEENSTRA. L'histoire des fondations : à propos de quelques études récentes. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1956, 24, n° 4, p. 444. SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 244, note b. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 238, note b. Le texte allemand porte : « *Das wahre Subject der Rechte ist also ein als Person anerkannter Begriff, nämlich der Zweck der Menschenliebe, der an diesem Orte, auf bestimmte Weise, durch bestimmte Mittel, erreicht werden soll* ». Ce que GUENOUX a traduit par « abstraction personnifiée » est littéralement « concept reconnu comme personne ». Quant à l'« œuvre d'humanité », ce terme comporte apparemment le mot important de « but » (*Zweck*) qui allait faire partie de la théorie de patrimoine d'affectation (*Zweckvermögen*). Sachez, d'ailleurs, que cette conception de substrat permettrait, selon certains, de maintenir la personnalité morale ou juridique d'un établissement autorisé même après la disparition de tous ses membres, puisque cette personnalité ne repose que sur le sujet fictif. Voir MICHOU. *Théorie (réimpression t. 1)*. p. 17. SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 285. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 279. Cette conséquence, sans doute une des plus célèbres de la théorie « de la fiction », pourrait découler d'une doctrine médiévale minoritaire qui voyait le substrat d'un monastère ayant perdu tous ses moines dans ses murs. Voir Emanuele CONTE. *Intorno a Mosè. Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune. A Ennio Cortese* / s. dir. Italo BIROCCHI, Mario CARAVALE, et al. Roma : Cigno, 2001. Yan THOMAS. L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue. *Penser par cas* / s. dir. Jean-Claude PASSERON, Jacques REVEL. Paris : EHESS, 2005. Voir aussi ci-dessus p. 32.

l'homme est sujet des relations de droit »⁵⁷². Les sujets de relations juridiques étant libres en droit, ils sont soit des personnes naturelles, soit des personnes juridiques ; une personne naturelle est celle dont le « sujet » (*Subjekt*) de la personnalité a une existence naturelle qui est indépendante du droit, alors que chez une personne juridique, qui est invisible, morale ou mystique, le « sujet » n'est qu'un concept juridique, et le fondement (*Unterlage*) d'une telle personne n'a pas d'existence naturelle⁵⁷³. En d'autres termes, une personne est juridique pour PUCHTA quand non seulement la personnalité, mais aussi le sujet de celle-ci lui manquent⁵⁷⁴. Par rapport à la conception de PUCHTA, celle de SAVIGNY est pour MORITZ une théorie de substrat, car les personnes juridiques chez SAVIGNY sont des « êtres fictifs » auxquels la capacité juridique est « étendue artificiellement » d'après la traduction de Ch. GUENOUX⁵⁷⁵. Il vaut, à notre avis, mieux lire littéralement la phrase de SAVIGNY pour comprendre MORITZ. Nous la traduisons ainsi : les personnes juridiques sont, traduisons-nous ainsi, des « sujets (de la capacité du droit) artificiel et supposé de manière purement fictive » (*künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte*).

En se plaçant sur le double niveau de droit civil et aussi d'histoire du droit, W. FLUME est également d'avis qu'il faut bien distinguer la version de Savigny de celle de PUCHTA, qui ont écrit la même année leurs définitions de personne juridique⁵⁷⁶. FLUME a repris l'avis de WIEACKER selon lequel SAVIGNY n'a jamais confondu les conséquences juridiques des personnes juridiques, une chose qui, en vérité, n'a pas lieu, avec celles de ceux

⁵⁷² Georg Friedrich PUCHTA. *Lehrbuch der Pandekten*. 9^e éd. Leipzig : Barth, 1863, p. 37. Développement semblable mais différent dans la première édition : Georg Friedrich PUCHTA. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig : Barth, 1838, p. 27-30.

⁵⁷³ Georg Friedrich PUCHTA. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 4^e éd. 2 tomes, t. 1. Leipzig : Tauchnitz, 1854, p. 56, 59.

⁵⁷⁴ MORITZ. *Sind die...* p. 443. Georg Friedrich PUCHTA. *Corporation. Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten* / s. dir. Julius WEISKE. Leipzig : Wigand, 1841, p. 67.

⁵⁷⁵ MORITZ. *Sind die...* p. 447. Savigny. *System* (t. 2). p. 236. Savigny. *Traité* (t. 2). p. 230.

⁵⁷⁶ Werner FLUME. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Die juristische Person*. Erster Band, Zweiter Teil tomes. Berlin : Springer, 1983, p. 3, note 10. Voir PUCHTA. *Corporation*.

qui existent vraiment, c'est-à-dire les personnes naturelles, et que SAVIGNY n'a pas visé non plus la question de la nature de l'association d'hommes⁵⁷⁷. Le civiliste renommé s'élève pourtant contre la lecture de MORITZ lorsque celui-ci est allé jusqu'à prétendre que la personne juridique, selon SAVIGNY, n'existe pas en réalité⁵⁷⁸. FLUME a raison de mettre en évidence que SAVIGNY a développé sa théorie de personne juridique en prenant en compte la vérité.

Mais dans quelle mesure ? Revenons aux textes de SAVIGNY pour répondre à cette question. Il a bien dit lui-même, d'une part, que les personnes juridiques existaient réellement dans l'Histoire, ce qui rejoint curieusement la théorie adverse dite « de la réalité ». De l'autre, nous voyons que les conditions juridiques relatives à la personnalité juridique chez SAVIGNY n'entraînent aucune fiction. En effet, le grand romaniste classe les personnes juridiques en trois types : en bref, le naturel, le contingent, et le type intermédiaire. Le premier concerne de très nombreuses personnes juridiques ayant « une existence naturelle » à l'époque romaine, à l'instar du collège de juges⁵⁷⁹. Les communes, villes, villages, colonies romaines etc. en font également partie. Elles existaient bien avant l'Etat, qui, à son tour, était une personne juridique « nécessaire ». Ces personnes juridiques de droit public sont ouvertement reconnues, car « ce ne sont », dit SAVIGNY, « que les rapports du droit privé auxquels s'applique la capacité artificielle de la personne juridique »⁵⁸⁰. Quant aux personnes juridiques dites « artificielles » ou « contingentes » (*willkürlich*), il s'agit, en fait, de celles de nature contractuelle. Notons que le qualificatif « contingent » (ou « arbitraire ») renvoie, en

⁵⁷⁷ FLUME. *Allgemeiner Teil*. p. 3-4. WIEACKER. *Zur Theorie...* p. 361.

⁵⁷⁸ FLUME. *Allgemeiner Teil*. p. 7, note 35.

⁵⁷⁹ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 236-237, 242. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 230-231, 235.

⁵⁸⁰ SAVIGNY. *System (t. 2)*. p. 236. SAVIGNY. *Traité (t. 2)*. p. 230.

XVIII^e siècle et non pas avant, aux contrats⁵⁸¹. Il nous semble que SAVIGNY emploie le terme dans ce sens, lorsqu'il dit que les « fondations ou associations auxquelles l'on donne le caractère de personne juridique [...] n'existent que par la volonté d'un ou de plusieurs individus »⁵⁸². Entre le type naturel ou nécessaire et celui contingent ou contractuel, le romaniste voit un troisième type intermédiaire dans lequel il range les corporations d'artisans et d'autres semblables⁵⁸³. En outre, MORITZ n'a probablement pas fait attention au paragraphe où SAVIGNY écrit : « Quelquefois un certain nombre d'individus constituent par leur réunion la personne juridique ; quelquefois aussi elle n'a pas cette apparence visible, son existence est plus idéale et repose sur une fin générale qui lui est assignée », les premières s'appelant corporations, les secondes, fondations⁵⁸⁴.

Cela dit, SAVIGNY a payé le prix de sa nouvelle conception sous une forme de néologisme, qui est presque inévitable chaque fois que l'on veut une rupture de connaissance ou de pensée. Ce néologisme porte sur la notion problématique d'hérédité jacente que nous avons rencontrée dans le dossier de l'enregistrement. En ce qui la concerne, notre jurisconsulte, tout en concédant que les Romains « n'ont aucun terme générique applicable à toutes les espèces de personnes juridiques », lit le verbe « funguntur » (*fungi*, disons prendre la place, remplir la fonction de quelqu'un ou de quelque chose) au lieu de « finguntur » (feindre)⁵⁸⁵. Les deux verbes ne produisent, évidemment, pas les mêmes conséquences.

⁵⁸¹ Voir l'étude intéressante de Jan SCHRÖDER. « Stadtrecht bricht Landrecht ». Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit. *Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag* / s. dir. Franz DORN, Jan SCHRÖDER. Heidelberg : Müller, 2001.

⁵⁸² SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 242-243. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 236.

⁵⁸³ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 243. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 236.

⁵⁸⁴ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 243-244. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 236-237.

⁵⁸⁵ SAVIGNY. *System* (t. 2). p. 241. SAVIGNY. *Traité* (t. 2). p. 234-235. Voir Ulrich von LÜBTOW. Betrachtungen zur « Hereditas iacens ». *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Torino : Giappichelli, 1968, p. 613, note 151.

Cependant, l'on ne doit pas non plus restreindre la signification du mot « fiction », car, à travers notre étude sur WOLFF, la fiction renvoie non seulement à une invention contrefactuelle, mais également à la simple imagination⁵⁸⁶. Cela vaut aussi bien pour le Moyen Âge que pour l'époque de SAVIGNY. La fiction signifie, à la fois, mensonge, dissimulation, déguisement de la vérité, ce qui est le cas du langage technique du droit, mais aussi invention fabuleuse, surtout à titre littéraire. Même si SAVIGNY avait raison de lire « *fingitur* » au lieu de « *fungitur* », le verbe « *ingere* », c'est représenter en le considérant comme existant un être qui en fait n'existe pas « dans la nature des choses ». Ce peut être simplement mentir, raconter une fable, présenter un faux-semblant, et c'est à ces acceptions-là que pensent le plus souvent les lexicographes, mais cela peut aussi affirmer le produit d'une activité de l'esprit travaillant à expliquer cette « nature des choses », le monde tel qu'il apparaît aux sens ; tous les astronomes des XII^e et XIII^e siècles répètent « *fingitur circulus* » quand ils se mettent à expliquer ce que sont équateur, parallèles, méridiens – prenons ici les termes modernes correspondants – qui divisent la terre et ses diverses régions. Parmi d'autres exemples, les concepts de genre et d'espèce. Ces opérations intellectuelles représentent quelques réalités, bien que personne n'en rencontre dans la rue. Toutefois, les XIV^e et XV^e siècles, à savoir l'ère de nominalistes, ne le prennent plus dans le même sens⁵⁸⁷.

Si la scholastique est trop loin du XIX^e siècle, d'autres documents contemporains de SAVIGNY montrent que l'on connaissait, à l'époque, encore des distinctions subtiles de « fictif ». Dans un dictionnaire des années 1820 qui continue, en fait, des grands lexiques du XVIII^e siècle, l'on trouve l'article « fictif, fictice », où l'auteur précise :

⁵⁸⁶ Voir ci-dessus note 159.

⁵⁸⁷ Pierre MICHAUD-QUANTIN. *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*. Paris : Vrin, 1970, p. 207-208.

La chose *fictive* est donc celle qui feint, c'est-à-dire, qui, par fiction, représente, simule, imite, figure une chose existante ou réelle : la chose fictive est celle qui est feinte, c'est-à-dire, qui n'est qu'une fiction, une chose imaginée, controuvée, supposée, sans réalité. Un portrait est une chose *fictive* en ce qu'il représente une personne ; et c'est la personne même, mais *fictive* ou figurée sans réalité. Le papier monnaie n'est qu'une monnaie fictive, représentant une monnaie réelle : il n'est qu'une richesse *fictive*, n'ayant point de valeur réelle ou intrinsèque. Les rentes sont des immeubles fictifs, en tant que, dans le droit, elles sont traitées comme telles ; elles ne sont pas des immeubles *fictives*, car elles ont en effet la valeur d'immeubles. Un être imaginaire et qui ne figure rien de réel, n'est que *fictive* : l'homme, pris dans un sens abstrait, est un être *fictif* qui représente l'espèce humaine, comme si elle ne formait qu'un individu⁵⁸⁸.

Il nous semble que les querelles sur « la nature » de personne ou de personnalité s'enracinent en quelque sorte dans la dénomination des notions concernées. Lorsque l'on n'avait pas encore oublié qu'une « personne » était, non pas à être ni à devenir, mais à porter ou à avoir, ni le terme « personne physique » ni le terme « personne morale » n'allait jusqu'à impliquer la distinction entre le naturel et le fictif. Que « personne » s'entende, par le sens de base, « masque » ou, par extension, « rôle », l'on n'avait pas de mal à insister sur le fait que toute notion juridique relevait de l'esprit et n'avait aucune existence naturelle. Il en est autrement si l'on ne fait que prendre ces termes-là au pied de la lettre. Quand, par exemple, l'on lit chez SAVIGNY l'opposition entre les personnes naturelles, qui, suivant cette appellation, sont naturelles, et les personnes juridiques, qui sont, en revanche, fictives, il est facile, voire naïf, d'en tirer la conséquence substantialiste du concept de « personne » selon laquelle certaines en sont naturelles, vraies, non juridiques, tandis que les autres sont figées, imaginées et créées seulement par le droit. Or SAVIGNY était encore conscient de quelque chose à quoi l'on ne prête plus autant d'attention. Le jurisconsulte savait trop bien que seuls

⁵⁸⁸ Pierre-Joseph-André ROUBAUD. Fictif, fictive. *Nouveau dictionnaire universel des synonymes de la langue française* / s. dir. François GUIZOT. Paris : Payen, 1822.

les porteurs de personne étaient naturels, non pas les personnes que ceux-ci portaient, et que même les personnes portées par les collectifs ou fondations pouvaient, malgré leur caractère de fiction, produire des réalités historiques comme certaines personnes juridiques romaines – toujours au sens savignien bien sûr – l’ont fait.

En tout état de cause, le mot « personne » a été irréversiblement transformé à travers la conceptualisation de SAVIGNY. Les divisions traditionnelles de personne n’ont pas été oubliées tout de suite, mais l’on conteste de plus en plus souvent l’ancienne terminologie.

Paragraphe II Réception et résistances

Le concept de personne savignien a d’un côté installé l’anthropocentrisme au sein du droit, de l’autre renforcé la tension entre le naturel et l’artificiel ou, selon ses termes, le fictif. Comme une des caractéristiques de sa pensée, les conséquences de son travail doctrinal sont presque toujours de double nature, pour ne pas dire paradoxales. Il est vrai que son concept de personne est libérateur par rapport à l’ancienne théorie de statuts, car il implique une sorte d’égalité civile en rendant, au moins sur le plan juridique, tous les êtres humains des « personnes ». Il s’agit pourtant d’une libération timide, car, les anciennes corporations demeurant intactes, la libre association de ces « personnes » que son concept crée n’est admise qu’au gré du pouvoir politique. L’on peut se demander si cette stratégie est une concession faite à cause de son lien avec l’autorité prussienne, ou bien un simple reflet de la situation politique de l’époque. Ce qui est sûr, c’est que le *Traité* de SAVIGNY, inscrit dans le niebuhrisme ayant pour ambition de réformer l’Allemagne sans révolution, ne sera rien d’autre qu’un monument intellectuel. L’historien du droit américain J. WHITMAN a fait remarquer que l’échec du projet allemand de réforme à travers le droit romain reconceptualisé résulte, pour ainsi dire, de sa neutralité. La doctrine romaniste, dit-il, pouvait être utilisée par

n'importe quelle partie pour promouvoir son intérêt⁵⁸⁹. Si, pour WHITMAN, cette neutralité radicale ne pouvait menacer les cibles de réformes politico-sociales comme les grands propriétaires ou les seigneurs féodaux, la même neutralité semble avoir poussé SAVIGNY à abandonner la question d'association à l'autorité policière.

La réception de SAVIGNY en France avait, sans doute, été facilitée par le traité de ZACHARIÄ traduit par AUBRY et RAU en 1839, dans lequel l'auteur allemand s'est servi de l'opposition entre personnes physiques et personnes morales. Or cette terminologie nouvelle ne s'est pas immédiatement imposée. Elle s'est déjà distinguée de celle de ZACHARIÄ et de la plupart des auteurs allemands de l'époque. Bien que la qualité scientifique de l'ouvrage de SAVIGNY assure sa supériorité par rapport aux autres textes du même domaine, son nouveau concept de personne s'est heurté inévitablement au langage de la majorité des juristes français. Il en était ainsi en raison de son originalité, de la diffusion très limitée de l'édition de 1840, et du rôle secondaire que le droit romain jouait dans les études de droit françaises de l'époque. A. BÜRGE, qui a ensuite inspiré J.-L. HALPERIN, estime que la science juridique allemande, grâce à de nombreux juristes alsaciens et à l'Académie de législation de Toulouse fondée en 1851, a « surmonté les barrières de langue »⁵⁹⁰. Il interprète la défaveur de DUPIN aîné envers le « germanisme » comme preuve du succès de celui-ci : cela signifie pour lui que « la réception de la science du droit allemande avait déjà acquis dans le paysage intellectuel les contours qui étaient précisément saisis par ses opposants »⁵⁹¹. En ce qui concerne le terme « personne », l'avis de BÜRGE

⁵⁸⁹ WHITMAN, *Legacy of Roman Law*. p. 198.

⁵⁹⁰ Voir BÜRGE. *Das französische Privatrecht*. p. 150-173. En ce qui concerne les juristes alsaciens, voir Marcel THOMANN. A l'origine d'une discipline universitaire : le combat « pour l'histoire » à la Faculté de Droit de Strasbourg au XIX^e siècle. *L'Europe, l'Alsace et la France. Etudes réunies en l'honneur du doyen Georges Livet pour son 70^e anniversaire*. Colmar : Alsace, 1986. Plus récemment, la contribution de Céline PAUTHIER dans *Les Facultés de droit de province au XIX^e siècle bilan et perspectives de la recherche* / s. dir. Philippe NELIDOFF, Centre Toulousain d'histoire du droit et des idées politiques. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

⁵⁹¹ BÜRGE. *Das französische Privatrecht*. p. 171.

nous paraît trop optimiste, car le germanisme n'a pas pénétré dans le milieu des praticiens. Il faut d'abord savoir que les grandes vedettes des praticiens, à savoir DUPIN et surtout TROPLONG, étaient loin d'être imperméables. Ils ne s'opposaient pas systématiquement à tout ce qu'aurait prétendu quiconque étant allemand. En revanche, ils prenaient en compte quelques doctrines d'outre-Rhin et toujours avec modération. Cette modération ne résultait, nous semble-t-il, pas d'un sentiment antigermanique. Elle s'explique le plus facilement par la prise en compte des deux différences entre les deux pays. La première était d'ordre institutionnel, la seconde, historique et historiographique. L'écart institutionnel était presque évident en soi, et il devait importer à tous les praticiens : en France, l'on ne jugeait pas, comme en Allemagne, avec le droit romain. L'on ne connaissait pas la pratique du renvoi de dossier judiciaire aux professeurs de droit, qui était, autrefois, connue dans le Saint Empire sous le nom d'*Aktenversendung*. D'autant que des recherches très récentes, par exemple la thèse en cours de publication par Michael ROCKMANN consacrée aux archives de la célèbre faculté de Wittenberg, montrent également que la pratique des professeurs de droit en matières pénales ne suivaient nullement les grandes autorités doctrinales de l'époque, parmi lesquelles, Samuel STRYK (1640-1710). D'ailleurs, l'on sait trop bien que le Code civil n'était pas le produit pur des études romanistes. Il a fallu attendre jusqu'en 1870 pour que le sentiment d'infériorité envers la science allemande se propage parmi les juristes français. L'on ne saurait expliquer ce qui s'est passé entre 1840 et 1870 avec cet élément-là.

Il convient, en passant, de préciser que la littérature romaniste française restait marginale non seulement sur la question du mot « personne », mais également dans la formation universitaire de droit. Prenons la faculté de Paris comme repère privilégié. Bien qu'une ou deux chaires de droit romain, des pandectes, des Institutes ou d'histoire de droit romain existent en dépit de tout renversement politique, l'on a toujours du mal à se souvenir

du nom des titulaires de ces chaires-là. Malgré les références que les deux empires napoléoniens faisaient à la Rome antique, la question de la continuité de l'Empire romain n'a, pendant le XIX^e siècle, pas connu la même teneur en France qu'en Allemagne, et le décalage entre les deux milieux des juristes et d'historiens du droit était encore plus grand⁵⁹². A cet effet, X. MARTIN a déjà rappelé que Rome antique et le droit romain, souvent invoqués par BONAPARTE, suscitait la vigilance et la circonspection des gens au moins jusqu'à la fin de son empire⁵⁹³. De plus, G. ANTONETTI a fait une mise au point sur une grande faiblesse de la célèbre faculté, qui empêchait indirectement l'embauche de romanistes compétents. En effet, la règle de recrutement par concours n'était, selon ANTONETTI, jamais appliquée avec la rigueur maximale ; le perdant d'un concours pouvait revenir le bénéficiaire d'une nomination ministérielle⁵⁹⁴. Il est vrai que les professeurs nommés par le gouvernement n'étaient pas nécessairement moins brillants que ceux qui avaient remporté leur concours. Cependant, ANTONETTI constate que la plupart des professeurs romanistes ont, en effet, obtenu leurs postes par nomination ministérielle, c'est-à-dire sans concours. Ce modèle de recrutement soumettait le sort des candidats non seulement au gré du détenteur du pouvoir de nomination, mais également au risque d'épuration politique qui surgit après chaque changement de régime. Il était donc impossible que les romanistes français de l'époque puissent rester proches des pouvoirs politiques de façon aussi stable et durable que leurs confrères allemands, dont les plus âgés portaient souvent un titre de conseiller privé (*Hofrat*) ou d'autres semblables. SAVIGNY a même été nommé ministre pour révision de législation.

⁵⁹² La question est trop grande pour le travail présent. En ce qui nous concerne, voir Yan THOMAS. *Mommsen et « L'Isolierung » du droit (Rome, l'Allemagne et l'Etat)*. Paris : Diffusion de Boccard, 1984. WHITMAN. *Legacy of Roman Law*. p. 151-199. Claude NICOLET. *La fabrique d'une nation. La France entre Rome et les Germains*. Paris : Perrin, 2003.

⁵⁹³ Xavier MARTIN. Images négatives de la Rome antique et du droit romain (1789-1814). *Droit romain, ius civile et droit français* / s. dir. Jacques KRYNEN. Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1999, p. 49-66.

⁵⁹⁴ Guy ANTONETTI. La Faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études. *Revue internationale de droit comparé*, 1991, 43, n° 2, p. 333-356.

L'on nous a rapporté que le Belge J.-B.-H. BLONDEAU a obtenu en 1819 sa chaire de droit romain laissée par J.-F. BERTHELOT (1749-1814) par concours⁵⁹⁵, ainsi que Ch.-A. PELLAT (1793-1871) et P. BRAVARD-VEYRIERES (1803-1861)⁵⁹⁶. En revanche, A.-M. du CAURROY (ou DUCAURROY, 1788-1850), suppléant dès 1819, a été professeur en 1821, le Mouzéen de Lorraine F.-F. PONCELET (1790-1843), longtemps suppléant, a accédé à la chaire d'histoire du droit romain et du droit français en 1829, et, enfin, le Toulonnais E. ORTOLAN (1802-1873) a été nommé en 1837 à la chaire de législation pénale comparée après quelques échecs⁵⁹⁷.

En ce qui concerne les écrits de ces professeurs romanistes nommés sans concours, ils n'attestent en aucun cas la moindre réception du concept de SAVIGNY. PONCELET se contentait encore de traduire l'*Histoire des sources du droit romain* d'un obscur F. MACKELDEY (1784-1834), dont le manuel circulait encore pendant les années 1840⁵⁹⁸. L'écart entre les articles de KLIMRATH et ces ouvrages traduits saute aux yeux. Au contraire, ORTOLAN a composé deux *bestsellers* de droit romain. C'étaient notamment, d'une part, l'*Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien* publié entre 1827 et 1835, et, de l'autre, l'*Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne* de 1835. L'un s'est fait rééditer pour la douzième fois même jusqu'en 1883, soit la même année que la parution de la onzième édition de l'autre.

Même dans la cinquième édition du premier ouvrage, ORTOLAN a, comme TOULLIER avant lui, déclaré que « le mot personne (*persona*) ne désigne pas dans la langue du droit, comme dans la langue vulgaire, l'homme physique », et que « c'est tout être

⁵⁹⁵ Joseph-Marie QUERARD, Charles LOUANDRE, Félix BOURQUELOT. *La littérature française*. 6 tomes, t. 2. Paris : Daguin, 1846, p. 7. Voir aussi ci-dessus p. 304.

⁵⁹⁶ ANTONETTI. La Faculté de droit de Paris. p. 346.

⁵⁹⁷ *Ibid.* p. 342, 338, 344-347.

⁵⁹⁸ Voir Ferdinand MACKELDEY. *Histoire des sources du droit romain*, tr. par François-Frédéric PONCELET. Paris : Gobelet, 1829. MACKELDEY. *Manuel de droit romain*.

considéré comme capable d'avoir et de devoir des droits ; d'être le sujet actif ou passif des droits. Nous disons tout être, car les hommes n'y sont pas seuls compris »⁵⁹⁹. Si ORTOLAN paraît s'appuyer davantage sur HUGO que sur SAVIGNY, nous pouvons être sûr qu'il n'ignorait point le pandectisme allemand. Le professeur a, en effet, suivi la division des personnes « naturelles ou physiques » et des personnes « morales, ou abstraites, ou fictives, ou civiles, ou juridiques », tout en signalant dans une note que « ces expressions ne sont pas de la langue du Droit romain »⁶⁰⁰. Il n'a pas non plus oublié un autre sens de personne qui est « très fréquemment employé », à savoir « chaque rôle, chaque personnage que l'homme est appelé à jouer sur la scène juridique ; c'est-à-dire chaque qualité en vertu de laquelle il a certains droits ou certaines obligations : la personne de père, de fils de famille, de mari, de tuteur, par exemple. Dans ce sens, le même homme peut avoir, à la fois, plusieurs personnes ; c'est le masque de la comédie ou du drame »⁶⁰¹. Voici une focalisation sans équivoque de la forme archaïque de « la personne de... », et de la fonction grammaticale de « personne » comme complément d'objet directe. En bref, nous nous permettons de croire qu'un individu peut, aussi dans le langage d'ORTOLAN, « avoir » plusieurs personnes.

Ces occurrences chez ORTOLAN n'étaient pas du tout rares. L'on continuait, en général, à employer « être moral » et « personnalité ». Les retentissements qu'elle a provoqués ne se sont ressentis que quelques années plus tard.

Parmi les ouvrages des civilistes français, il est intéressant de lire la remarque de V.-N. MARCADE (1810-1854) qui met en cause explicitement l'étrangeté du mot « personne » :

Par « *personne* », on entend ordinairement *un homme, un individu* ; et, selon nous, c'est là aussi le sens que lui a donné notre législateur. Au contraire,

⁵⁹⁹ Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*. 5^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Videcoq fils aîné, 1851, p. 8.

⁶⁰⁰ *Ibid.* p. 9.

⁶⁰¹ *Ibid.*

suivant TOULLIER [...] le mot *personne* aurait en droit un sens tout différent ; il signifierait, non pas l'individu lui-même, mais bien le rôle que cet individu joue dans la société, à raison des différentes qualités civiles dont il jouit [...] or l'ensemble de ces diverses qualités constitue son état au milieu de la société, son *état civil*. Eh bien ! C'est le résultat de cet état que désignerait, selon TOULLIER, le mot *personne*, lequel se trouverait ainsi à peu près synonyme de *personnage*, et serait la traduction du *persona* des Latins [...] Cette théorie, vraie en droit romain, n'a certainement point passé dans notre droit français⁶⁰².

Ayant consacré quelques pages pour réfuter TOULLIER, MARCADE estime que, pour le droit français « tout simple, tout conforme à la nature », « la *personne*, c'est l'*homme*, et quand un changement d'état a lieu, la personne reste toujours la même ; c'est seulement sa capacité qui est modifiée »⁶⁰³. Nous n'y retrouvons nulle part le nom de SAVIGNY, mais l'identification des termes de « personne » et d'« homme » va dans le même sens que la conception du romaniste allemand, notamment la capacité juridique généralisée qui repose « naturellement » sur l'homme.

Malgré les critiques de MARCADE, il ne faut pas oublier que la tradition pesait toujours lourd dans la pratique judiciaire. Les ouvrages de quelques grands civilistes ne changent pas du jour au lendemain la langue de droit. Nous verrons la continuité de la langue traditionnelle plus tard dans deux dossiers, à savoir le contrat de société d'un côté, et l'erreur dans la personne de l'autre. Avant de les ouvrir, tournons nos yeux vers le célèbre adage « le mort saisit le vif ».

⁶⁰² Victor-Napoléon MARCADÉ. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. 5^e éd. 12 tomes, t. 1. Paris : Cotillon, 1859, p. 74-75.

⁶⁰³ *Ibid.* p. 79.

Titre II « Le mort saisit le vif... »

Le vecteur principal de l'évolution lexicale du mot « personne » étant l'expression « *personam sustinere* + complément d'objet au génitif » et l'idée d'hérédité jacente ainsi déduite, il faut également jeter un coup d'œil à l'évolution de la notion nettement opposée, à savoir la saisine héréditaire de plein droit. Si l'hérédité jacente constitue un être intermédiaire liant le défunt et celui qui vient à accepter la succession, la saisine héréditaire de plein droit efface en revanche cet intervalle entre le mort et les vivants. Cette sorte de transmission a, depuis longtemps, été connue grâce à l'adage que nous retrouvons chez LOISEL : « Le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à lui succéder »⁶⁰⁴.

A plusieurs reprises, nous avons rencontré l'adage dans ce travail. Nous savons que les rédacteurs du Code civil le considéraient comme l'une des règles communes aux pays de coutumes et de droit écrit en matières successorales. Mais dans la jurisprudence concernant les successions vacantes, l'adage n'a pas prévalu, bien que tous les curateurs l'aient évoqué à leur appui. Plus tard, KLIMRATH, LAFERRIERE et TROPLONG ont discuté sur son origine. Il est vrai que ce débat-là, à cause de la mort précoce de KLIMRATH en 1837, ne s'est pas poursuivi plus loin. Or le courant germaniste d'historiographie que KLIMRATH représentait se heurtait, dès lors, constamment au courant dont TROPLONG et LAFERRIERE étaient deux grands champions. Celui-ci, que nous appelons pour notre étude « gallicanistes », continuait à dominer jusqu'à la chute du Second Empire.

L'un des exemples de la rivalité de ces deux courants en France concerne effectivement le fameux adage. Il ne s'agit pas d'un véritable débat, mais d'une série de réaction de la part des

⁶⁰⁴ LOISEL. *Institutes coutumières*. p. 315. Voir aussi ci-dessus p. 156.

juristes français envers la littérature allemande introduite vers la fin des années 1840. Chronologiquement, les ouvrages et articles allemands consultés ont été édités entre 1828 et 1847, c'est-à-dire quand l'école germaniste était en plein essor. De l'autre côté, les écrits français que nous consultons ont, quant à eux, vu le jour entre les années 1840 et 1850.

Ce dossier sur l'adage célèbre nous intéresse pour plusieurs raisons. En France, l'historiographie du droit gallicaniste a commencé son déclin avec la disparition de ses deux grands porte-parole, avant d'être en chute libre avec la débâcle du Second Empire. DUPIN aîné est décédé en 1867. TROPLONG l'a suivi deux ans plus tard. La Troisième République a ensuite procédé à l'épuration de l'ancienne magistrature. L'âge d'or des juristes universitaires est arrivé, et ceux-ci ont succédé aux praticiens dans les revues de droit majeures. Désormais, le langage juridique se constituait d'une autre façon. En Allemagne, l'Ecole germaniste reprenait, au fur et à mesure, son énergie après sa déception politique de 1848. Elle a vu naître sa nouvelle *star*, O. F. von GIERKE (1841-1921), qui était promu docteur en droit en 1860. De l'autre côté, l'Ecole pandectiste a perdu SAVIGNY en 1861. L'Ecole germaniste triomphante ne s'y est pas arrêtée. Elle a, plus tard, eu son succès dans l'Hexagone vers le tournant du siècle. Cela sera étudié ailleurs.

Bornons-nous, pour l'instant, à la période antérieure à 1870 pendant laquelle l'adage *made in France* était encore encadré dans l'histoire nationale de la France, une histoire beaucoup moins germanique. L'adage connaissait encore un passé politique caractérisé par les conflits entre la royauté, qui se développait, et la féodalité, qui déclinait. En Allemagne, par le biais de la *Gewere*, terme que certains ont traduit par « saisine », certains auteurs cherchaient dans l'adage « le mort saisit le vif » des preuves du droit de la propriété national attesté depuis la Germanie de TACITE. Par là, ils sont allés jusqu'à insister sur les caractères germaniques du code civil français (Chapitre I). Il en est autrement pour les gallicans de l'époque. Ceux-ci,

comme TROPLONG, avaient recours aux XV^e et XVI^e siècle, et rappelaient au lecteur les contextes proprement français dont relevait l'application de l'adage (Chapitre II).

Chapitre I Version germaniste

Section I *Gewere*, saisine, possession

La littérature allemande consacrée à notre adage ne date pas du XIX^e siècle, mais celui-ci a dès lors commencé à recevoir différentes interprétations. Au XVIII^e siècle, HEINECCIUS se contentait encore de citer la fameuse maxime pour illustrer la transmission de plein droit des biens et des droits, une règle de droit qu'il jugeait commune à tous les peuples germaniques⁶⁰⁵. L'on ne peut certainement reprocher à ce jurisconsulte de ne pas avoir fait un exposé plus historique, puisque son ouvrage concernait davantage le droit de son époque que l'histoire du droit. Depuis le XIX^e siècle, l'adage n'était plus seulement une règle commune. Il devait, pour les germanistes, incarner un des principes fondateurs de leur droit des biens national, notamment celui de *Gewere*⁶⁰⁶. De plus en plus souvent, l'on avait l'habitude de n'évoquer que la traduction allemande de cet adage, et de l'interpréter à la lumière des autorités d'outre-Rhin. L'adage français s'est ainsi inscrit dans une historiographie du droit germanisée.

Contrairement au cas de l'enregistrement, celui de l'adage ne semblait, autant que nous sachions, pas impliquer d'enjeu pratique. La règle qu'il énonce n'a jamais été contestée et semblait n'avoir jamais été interprétée différemment. Voyons seulement l'avis de quelques germanistes les plus respectés. L'adage signifie, d'après J. F. RUNDE (1741-1807), que « toute prise de possession d'une succession est superflue »⁶⁰⁷. EICHHORN ne l'a pas compris

⁶⁰⁵ Johann Gottlieb HEINECCIUS. *Elementa iuris germanici tum veteris, tum hodierni. nova auctior et emendatiore ed.*, t. 2. Halae: Impensis Orphanotrophi, 1737, p. x, n° 296.

⁶⁰⁶ Pour plus d'information de la perspective d'histoire du droit, voir Gerhard KÖBLER. Die Herkunft der *Gewere*. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1975, 43, n° 2, p. 195-211. Emanuele CONTE. *Gewere, Vestitura, Spolium* : Un'ipotesi di interpretazione. *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*. Paris : Panthéon-Assas, 2009, p. 267-287.

⁶⁰⁷ Justus Friedrich RUNDE. *Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*. Göttingen : Dieterich, 1791, p. 541-542, § 687. Même remarque dans la 7^e et dernière édition de ce titre publiée en 1824. K. KROESCHELL nous a rapporté les témoignages de MITTERMAIER et de C. F. von GERBER (1823-1891) à propos de l'autorité du traité de RUNDE. MITTERMAIER s'est moqué en 1837 du fait que les candidats présents à ses

autrement. Il s'agit, pour lui aussi, de la transmission des droits de *Gewere* « sans prise de possession effective »⁶⁰⁸. En outre, le code prussien de 1794, *Allgemeines Landrecht* (ALR), et le code autrichien de 1812, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), ont consacré tous les deux le même principe que l'art. 724 du Code civil français⁶⁰⁹. Ces exemples législatifs ont été suivis, à titre d'exemple, par les travaux préparatoires d'un code de droit privé pour le canton de Zürich que J. C. BLUNTSCHLI (1808-1881) a rédigés, qui ont ensuite été promulgués entre 1853 et 1855⁶¹⁰.

A propos, la contrepartie romaine de l'adage, à savoir l'hérédité jacente, importait encore moins sur le plan pratique. Mais curieusement, il n'empêche que de très nombreux auteurs ont travaillé sur celle-ci au cours du XIX^e siècle. Un doctorant à la faculté de Göttingen a recensé en 1889 une trentaine de textes consacrés à l'hérédité jacente entre la publication du *System* de SAVIGNY en 1840 et de l'étude du juriste suisse, W. MARCUSEN (1855-1923), en 1883⁶¹¹. Ces ouvrages, signés des auteurs estimés, concernent tous le problème de la personnalité morale que, nous venons de le voir, SAVIGNY a qualifiée de « fictive ».

Si la question de l'hérédité jacente peut s'expliquer plus ou moins par les préoccupations politiques et sociales sur l'association, celle de l'adage ou de la saisine de plein droit est, apparemment, inintelligible faute d'enjeu immédiat. Toutefois, cette dernière

examens de droit avaient toujours puisé leur connaissance en germanistique des anciennes éditions de RUNDE. GERBER a même dit en 1846 que RUNDE était autant cité dans les pays de droit commun – *das gemeine Recht*, i. e. droit romain dans le contexte allemand – que le *Corpus iuris*. Karl KROESCHELL. *Zur Lehre der « germanischen » Eigentumsbegriff. Rechtshistorische Studien : Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*. Köln : Böhlau, 1977, p. 47.

⁶⁰⁸ Karl Friedrich EICHHORN. *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1823, p. 782, § 335. Même en 5^e et dernière édition de 1845, 796, § 337.

⁶⁰⁹ ALR, Partie 1, tit. 9, art. 367-370 ; ABGB, art. 537.

⁶¹⁰ Voir art. 587 dans Johann Caspar BLUNTSCHLI. *Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich*. t. 1. Zürich : Orell, 1844, p. 168. Voir art. 1986 dans Johann Caspar BLUNTSCHLI. *Das zürcherische Erbrecht mit Erläuterungen*. 2^e éd. 4 tomes, t. 4. Zürich : Schulthess, 1865, p. 91.

⁶¹¹ Theodor ROSE. *Gegenwart und Zukunft der Lehre von der hereditas jacens*. Thèse : Droit : Georg-August-Universität Göttingen : 1889, p. 6. Voir Woldemar MARCUSEN. *Die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede*. Bern : Haller, 1883.

question a tout de même suscité plusieurs études, quoique moins nombreuses que l'hérédité jacente, en deux bonnes décennies. Il faut donc chercher ailleurs l'intérêt permanent qu'a porté l'adage. A cet effet, il nous semble pertinent de commencer par l'ouvrage de W. E. ALBRECHT (1800-1876) publié en 1828⁶¹².

Ce livre est l'un des deux textes les plus connus de ce professeur de Göttingen. L'autre est le compte rendu du traité d'un R. MAURENBRECHER (1803-1843). Cette recension, qui a, pour la première fois en droit public allemand, énoncé que l'Etat avait une « personnalité juridique », a été publiée la même année que l'affaire des « sept de Göttingen » (*Göttinger Sieben*) : ALBRECHT s'est fait destituer de son poste universitaire et exiler après avoir protesté avec six autres collègues, dont les frères GRIMM, contre la révocation de la constitution du royaume de Hanovre par ERNEST-AUGUSTE I^{er}⁶¹³. Revenons à son livre sur *Gewere* : il s'est fait connu au monde francophone à travers l'article de KLIMRATH intitulé *Etude historique sur la saisine, d'après les coutumiers du Moyen Âge*⁶¹⁴.

Cet ouvrage sur *Gewere* étant de caractère doctrinal, il a exercé un grand impact sur l'historiographie du droit allemand. Celle-ci, quoique vouée à trouver dans l'histoire la matrice commune de tous les droits locaux ou particuliers, n'était pas encore satisfaite de sa propre langue scientifique. RUNDE avait, déjà dans l'avant-propos du livre que nous venons de citer, prôné l'emploi de la langue allemande au lieu du latin pour les recherches de droit national. Il a décidé de rédiger son livre dans la langue de GOETHE, puisque, dit-il, les Romains n'avaient, dans leur langue, pas de concept, et donc non plus de bonne expression.

⁶¹² ALBRECHT. *Gewere*. Voir ci-dessus p. 255, note 422. Sur sa vie, voir Anke BORSCHDORFF. *Wilhelm Eduard Albrecht. Lehrer und Verfechter des Rechts*. Pfaffenweiler : Centaurus, 1993.

⁶¹³ Voir Wilhelm Eduard ALBRECHT. *Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. Réimpression de *Göttingische gelehrte Anzeigen*, n° 150-151, le 21 septembre 1837, p. 1489-1504 ; n° 152, le 23 septembre 1837, p. 1508-1515.

⁶¹⁴ Voir ci-dessus p. 254, note 421. Le compte rendu de l'ouvrage d'ALBRECHT : KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 2). p. 343-353. Pour une analyse récente du point de vue philosophique, voir XIFARAS. *Propriété*. p. 429-477.

Si l'on veut tout de même parler et écrire sur des choses avec une telle langue, l'« on tombe », dit-il, « dans des barbarismes dont même le manuel de HEINECCIUS avait plein, bien que l'auteur soit, outre cela, le meilleur humaniste parmi les germanistes latins »⁶¹⁵. Il s'est posé la question de savoir pourquoi les jurisconsultes de l'époque jugeaient opportun de travailler sur le droit allemand en latin, alors que les Romains, tout en respectant la langue grecque, ne cessaient pas d'écrire sur leur droit dans leur idiome. C'était, pour lui, comme « faire porter au fils adopté de la Thémis des vêtements romains, afin de le faire ressembler à la vieille sœur, au moins en apparence »⁶¹⁶.

Comme ce que nous avons appris avec le dossier de l'enregistrement, la différence de langue peut donner lieu à des conséquences portant sur d'autres niveaux. Il en est de même pour le terme « *Gewere* ». Faut-il le traduire par « propriété », « possession », ou quelque chose d'autre ? En amont, y a-t-il un droit des biens germanique distinct du romain ? ALBRECHT a justifié son entreprise en mettant en cause le fait que l'on acceptait, en silence, la confusion des droits germanique et romain en matières de propriété et de droits réels⁶¹⁷. D'après ALBRECHT, le mot *Gewere* (ou bien *Gewehre*, *Were*) renvoie à l'idée de protection, de défense ou de garantie (*Sicherung*)⁶¹⁸. En termes de droit, les acceptions diverses de ce mot peuvent être regroupées sous le concept de garantie. L'auteur a relevé dans des textes anciens les exemples où son mot-clé dénotait « garantir contre les revendications des tiers », « garant », « gage », « caution », « prouver », « assurer », et ainsi de suite⁶¹⁹.

Le mot de *Gewere* est général et, parfois, équivoque. ALBRECHT rappelle qu'il signifie, avant tout, « possession », c'est-à-dire la détention factuelle d'une chose, que ce soit

⁶¹⁵ RUNDE. *Grundsätze*. p. xiii.

⁶¹⁶ *Ibid.* p. xiv.

⁶¹⁷ ALBRECHT. *Gewere*. p. iv.

⁶¹⁸ KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 2). p. 344.

⁶¹⁹ ALBRECHT. *Gewere*. p. 1-2.

au nom du possesseur lui-même ou d'autrui, de bonne ou de mauvaise foi⁶²⁰. Toutefois, *Gewere* peut aussi désigner la possession de « *Haus und Hof* », c'est-à-dire la maison d'habitation et le terrain sur lequel elle est construite⁶²¹. De ce dernier usage, *Gewere* porte aussi une idée territoriale. En d'autres termes, comme le mot de *Gewere* s'applique aux biens meubles et, à la fois, aux immeubles, il peut renvoyer parfois aux biens meubles réellement détenus, parfois aux immeubles, et parfois encore aux biens meubles se trouvant à l'intérieur d'un terrain donné⁶²².

Ce n'est pas tout. Bien que le livre d'ALBRECHT porte sur le droit des biens, il a rappelé au lecteur l'aspect de droit des personnes où le terme de possession ne semble pas convenir. Il s'agit de l'équivalence de l'idée de *Gewere* avec celle de tutelle. Le professeur de Göttingen a relevé certaines occurrences, de moins en moins il est vrai, où *Gewere* est employé dans le même sens que le mot archaïque de *Bogtey*, synonyme de *Vormundschaft* que l'on traduit volontiers par « tutelle » ou, chez KLIMRATH, par « garde »⁶²³. Il s'agit de la puissance du père sur son fils, du tuteur sur son pupille, du mari sur sa femme et du maître sur son serf ou domestique (*Unfreie*, littéralement, « non-libre »), qui s'explique, selon ALBRECHT, aussi bien par l'idée de protection et de défense⁶²⁴. « L'on peut bien dire »,

⁶²⁰ *Ibid.* p. 3.

⁶²¹ *Ibid.* p. 13.

⁶²² *Ibid.* p. 13, 23.

⁶²³ *Ibid.* p. 11. KLIMRATH a écarté l'aspect de droit des personnes auquel ALBRECHT a consacré bon nombre de paragraphes. Dans une note s'adressant à la distinction entre le bail (acquis du mari sur sa femme et ses enfants) et la tutelle, KLIMRATH a mis en avant que « tout le droit germanique et coutumier repose sur ces deux principes : la saisine pour les choses la garde pour les personnes ; et ces deux principes se réunissent dans l'idée commune de défense et de protection ; mais celui qui a la saisine défend et protège les choses qui lui sont soumises dans son intérêt propre ; celui qui a la garde défend et protège les personnes qui lui sont soumises, dans l'intérêt de ces personnes. C'est là précisément ce qui distingue la tutelle fructuaire ou bail de la tutelle simple ou garde ». KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 2). p. 381, note 382.

⁶²⁴ ALBRECHT. *Gewere*. p. 11, 13. ALBRECHT a donné trois exemples où *Bogtey* substitut à *Gewere* parmi lesquels notons les deux suivants : *Bogtey* peut signifier ou bien *Gewere* de la propriété ou *dominium directum* d'après EICHHORN, ou bien le rapport entre le maître et son non-libre, ce qui est le cas le plus fréquent. Chez EICHHORN, il s'agit du droit dont jouit le propriétaire du terrain sous lequel se trouve une mine d'argent. Karl Friedrich EICHHORN. *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 3e éd. 4 tomes, t. 2. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1821, p. 339, § 297, note k. Même texte dans la 5^e et dernière édition : Karl Friedrich

précise-t-il, « que si la *Gewere* est le fondement du droit des biens, la *Bogtey* est le fondement du droit des personnes »⁶²⁵. Autrement dit, cette « tutelle » n'est pas limitée à l'intérieur de la famille, et l'usage du mot *Gewere* concerne aussi bien ceux qui sont sous la puissance paternelle que ceux visés par les puissances maritale, tutélaire et même seigneuriale.

Notre adage « le mort saisit le vif » rentre sous la plume d'ALBRECHT dans la catégorie de *juristische Gewere* opposée à celle de *Gewere* tout court, traduites par « saisine de droit » et « saisine (de fait) » selon KLIMRATH⁶²⁶. Tandis que la *Gewere* tout court se comprend facilement par possession de fait, la *juristische Gewere* ou « saisine de droit », dont les détails ne seront pas explorés, désigne les situations où quelqu'un ne détient pas la chose mais jouit d'une action réelle sur elle. L'on a expliqué cette ambivalence de *Gewere*, d'un côté, par la pauvreté du vocabulaire allemand, et, de l'autre, par la notion de la possession par représentation assimilée à celle de la possession de fait⁶²⁷. Toutefois, ALBRECHT préférerait interpréter la « saisine de droit » comme continuation ou anticipation de *Gewere*.

C'est dans ce sens-là que l'adage « le mort saisit le vif » ou, en sa forme allemande qui est un peu moins parlante, « *Der Tote erbt den Lebendigen* », a été pour la première fois associé à la notion de *Gewere*⁶²⁸. Sa signification demeurerait incontestée : « l'héritier acquiert au moment de la délation la *Gewere* des biens successoraux sans être lui-même déjà en possession »⁶²⁹. Néanmoins, ALBRECHT s'est borné à tirer de cet adage des conséquences conceptuelles sous l'optique de la *Gewere*. L'horizon historique n'est pas entré dans son

EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 5e éd. 4 tomes, t. 2. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1843, p. 413.

⁶²⁵ ALBRECHT. *Gewere*. p. 12.

⁶²⁶ *Ibid.* p. 7-9. KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 2). p. 344-348. Sachez qu'ALBRECHT a mentionné les expressions dérivées comme *hebbende*, *gemeine* et *ledigliche Gewere*, qui ne servaient qu'à éviter les malentendus.

⁶²⁷ ALBRECHT. *Gewere*. p. 24-26.

⁶²⁸ *Ibid.* p. 33.

⁶²⁹ *Ibid.* p. 32.

propos. D'après sa lecture de sources, la *Gewere* était acquise sans possession de fait quand elle est héritée ou adjugée, le père transmettait à son fils la *Gewere* et aussi les biens, et la *Gewere* du fils était, par conséquent, la continuation de celle du père⁶³⁰.

Si les occurrences qu'a citées ALBRECHT ont attesté la transmission de plein droit que l'adage signifiait, il restait à savoir l'origine de cette règle et, en particulier, comment celle-ci représentait l'idée fondamentale de *Gewere*, notamment la protection, la défense et la garantie.

Section II Peuple guerrier et leur famille

Après ALBRECHT, le premier auteur qui a renforcé et approfondi l'adage « le mort saisit le vif » est G. PHILLIPS (1804-1872), qui l'a traité d'abord dans son traité de droit privé germanique et ensuite avec un article paru dans la Revue de science historique du droit⁶³¹. Ses écrits, quoique moins connus que la monographie d'ALBRECHT, constituaient et demeuraient jusqu'à sa falsification archéologique la plus classique et la plus germaniste des interprétations allemandes de l'adage.

Ce jeune enseignant de la faculté de Berlin était en fait issu d'une famille d'immigrés à Königsberg. Son père James, d'origine anglaise, était homme d'affaires aisé, participait aux événements culturels de sa ville, et restait en contact avec des gens de lettres, parmi lesquels KANT. Le jeune Georg fréquentait les cours de SAVIGNY à Berlin et ceux de EICHHORN à Göttingen avant d'y accéder au grade de docteur en 1824. Il s'est converti au catholicisme en 1828 et a quitté Berlin pour Munich en 1833, où il a obtenu une chaire de droit canonique et

⁶³⁰ *Ibid.* p. 34.

⁶³¹ Georg PHILLIPS. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts*. 2 tomes, t. 1. Berlin : Dümmler, 1829. Georg PHILLIPS. Ueber das Rechtssprüchwort : « der Todte erbt den Lebendigen ». *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1831, p. 1-20.

de droit privé germanique. Bien qu'il soit généralement connu comme canoniste pour ses ouvrages postérieurs, PHILLIPS a, nous apprend K. KROESCHELL, en fait, contribué à formuler le concept de « propriété germanique » à partir de celui de *Gewere*⁶³². KROESCHELL précise encore que le point de vue de PHILLIPS a, d'une manière surprenante, frayé un chemin pour l'univers de pensée et même le vocabulaire de O. von GIERKE⁶³³, dont la théorie de *Genossenschaft* sera étudiée plus tard dans ce travail. Sa réputation se laisse entrevoir dans la préface où WARNKÖNIG a pris soin de préciser que KLIMRATH n'avait pas plagié ses idées⁶³⁴.

Les propos de PHILLIPS sur l'adage « le mort saisit le vif » importent moins par leur contenu que par leur point d'attaque. Sans mettre en cause tout le système d'ALBRECHT, PHILLIPS lui a pourtant reproché d'avoir « dissout » la *Gewere* en « deux concepts essentiellement romains », notamment la possession et l'action réelle en faisant équivaloir celle-ci et la possession d'un côté et en mettant les autres cas où la possession fait défaut sous l'expression technique de *juristische Gewere*, « saisine de droit »⁶³⁵. Cette « dissolution » ou répartition des matières a, selon PHILLIPS, l'inconvénient d'« apporter nécessairement des perspectives et distinctions romaines concernant les actions réelles et celles personnelles et tout ce qui en relève dans un domaine auquel ils sont totalement étrangers »⁶³⁶. PHILLIPS cherchait à éviter que l'on soit trop intime avec le droit romain et ne reconnaisse, ainsi, plus la

⁶³² « Le plus ancien et le plus célèbre canoniste de l'Allemagne catholique » selon un chroniqueur qui a rapporté la nouvelle de sa mort. J. DANGLARD. Courrier allemand. *Revue des questions historiques*, 1873, 13, p. 287. A. THIER, son biographe et professeur à Zürich, le considère romantique et peu original comme germaniste : Andreas THIER. Phillips, Georg. *Neue Deutsche Biographie*. T. 20. p. 401-402. Voir aussi KROESCHELL. « Germanischer » Eigentumsbegriff. p. 52-53.

⁶³³ KROESCHELL. « Germanischer » Eigentumsbegriff. p. 53.

⁶³⁴ KLIMRATH, WARNKÖNIG. *Travaux* (t. 1). p. xxiv.

⁶³⁵ PHILLIPS. *Grundsätze* (1^e éd., t. 1). p. 135. Même argument : PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 4-5.

⁶³⁶ PHILLIPS. *Grundsätze* (1^e éd., t. 1). p. 136.

« véritable base germanique » devant le « couvert romain »⁶³⁷.

A l'encontre de la thèse d'ALBRECHT, celle de PHILLIPS souligne plutôt la transmission symbolique de la capacité de défense en cas de succession. PHILLIPS détourne la catégorie d'action réelle en s'appuyant sur la défense. Il va jusqu'à se représenter le scénario romantique où le fils aîné reprend les armes de son père mourant afin de défendre la famille et ses biens.

La mise en avant de tel scénario résulte du reproche que PHILLIPS a adressé à ALBRECHT concernant, en général, le concept de *Gewere* et, en particulier, la signification de notre adage⁶³⁸. En effet, les deux auteurs étant d'accord sur le fait que la défense d'une chose doit être prolongée même en cas de désaisinement ou d'absence de *Gewere* de fait, cette continuation ou prolongation de *Gewere* est pour PHILLIPS de nature, non pas procédurale, mais substantive. Il ne s'agit, à son avis, pas de l'action réelle, mais, au contraire, d'une capacité juridique qui ne s'interrompt pas. En effet, PHILLIPS prétend que le concept général de *Gewere* peut avoir deux sens. C'est pour chacun soit un pouvoir (*Gewalt*) inhérent qui le rend homme libre, soit une capacité juridique (*Rechtsfähigkeit*) inhérente vis-à-vis de l'objet de sa défense, une capacité qui reste disponible même si un homme libre « n'a pas pour un instant l'objet de défense sur une chose »⁶³⁹. Autrement dit, la *Gewere* dans son second sens vaut bien pour ce qu'ALBRECHT nomme « saisine de droit ». Plus généralement, toute capacité juridique chez les Germains dépend, dit-il, de la qualité de combattant (*Wehrhaftigkeit*), sur laquelle se fonde tout d'abord l'idée de liberté⁶⁴⁰. Puisque cette qualité s'éteint au moment de la mort, il faut que l'un des plus jeunes reprenne la charge de défense

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.* p. 139, note 116.

⁶³⁹ *Ibid.* p. 123.

⁶⁴⁰ PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 5.

au profit de l'espace autrefois protégé par le défunt. Ainsi, PHILLIPS nous rappelle le passage des armes (*Heergeräte*) du père au fils, un usage réputé existant chez les anciens guerriers Germains pour lequel l'auteur cite une des lois barbares⁶⁴¹. Il s'agit notamment de l'épée, du bouclier, du casque, de la lance et de tous les autres équipements que portait le père mourant⁶⁴². Cette image permet à PHILLIPS d'insister également sur la « base totalement guerrière » du droit des successions germanique⁶⁴³.

Si cette image fournit une explication cohérente à la succession de *Gewere*, elle n'explique pourtant pas pourquoi l'héritier est saisi de plein droit au moment même de la mort. Pour répondre à cette question sur l'instantanéité de la succession de *Gewere*, PHILLIPS avance deux arguments. Selon le premier, le père mourant est censé déjà mort avant qu'il ne ferme ses yeux. D'après le second, l'héritier est censé avoir partagé la *Gewere* de son père pendant la vie de celui-ci⁶⁴⁴.

Le premier argument s'appuie, dit-il, sur le sens de base du mot « *Tod* » (mort) : PHILLIPS prétend que ce mot entend, non pas l'état après, mais avant le dernier souffle, en renvoyant le lecteur à l'étymologie gothique du mot qui donne plutôt « languir » que « mourir » et en citant l'usage contemporain de « *sanfter Tod* », littéralement « mort douce », ou bien, euthanasie. PHILLIPS croit aussi que c'est l'une des raisons pour laquelle toute sorte de libéralité est, en droit germanique, frappée de nullité radicale, si son donateur ne possède plus sa vitalité ou même se trouve déjà au seuil de la mort et la fait sans consentement de son plus proche héritier. Il précise que le droit germanique n'hésite jamais à autoriser le titulaire de la *Gewere* sur un bien foncier à en disposer à son gré au profit d'un tiers, c'est-à-dire sans

⁶⁴¹ PHILLIPS. *Grundsätze* (1^e éd., t. 1). 146-47. PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 13.

⁶⁴² PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 13.

⁶⁴³ PHILLIPS. *Grundsätze* (1^e éd., t. 1). p. 142.

⁶⁴⁴ PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 7-8.

ce type de consentement⁶⁴⁵.

Quant au second argument, PHILLIPS a utilisé le même exemple de nullité de donation tout en y ajoutant un autre fondement qui remontait aussi à l'antiquité germanique. La qualité de combattant étant, dit-il, la plus haute des capacités humaines, les Germains croyaient, de leur point de vue matérialiste, que l'âme humaine s'y exprimait immédiatement et aussi dans la force physique. Puisqu'ils pensaient, selon PHILLIPS, que l'âme résidait dans le sang, et que cette grande qualité passait des parents aux enfants. De même, la *Gewere* du père sur un terrain se transférait au fils⁶⁴⁶.

Section III Confusion du public et du privé, des personnes et des biens

N'allons pas plus loin dans le développement de PHILLIPS sur d'autres points tels que la primogéniture, la préférence masculine dans l'ordre de succession, l'importance des parents collatéraux ou de la « bande de sang » (*Bande des Blutes*), le contrat d'institution d'héritier (ou bien « contrat d'hérédité » selon la traduction officielle du Code civil allemand, *Erbvertrag*)⁶⁴⁷, et même un autre adage aussi célèbre, « le roi est mort ; vive le roi ». Il faut, en revanche, retenir deux points historiographiques avant de poursuivre notre recherche.

Premièrement, l'image de succession d'armes de guerre a, parmi d'autres, été falsifiée par l'archéologie plus récente. En effet, KROESCHELL met en évidence le grand choc que la fouille de certaines nécropoles a apporté à l'histoire du droit germanique. Si l'on trouve dans

⁶⁴⁵ *Ibid.* p. 8. D'ailleurs, sachez qu'ALBRECHT interprète cette règle de nullité assez différemment. Chez lui, en effet, il s'agit d'une fiction où l'aliénateur est réputé mort au moment même où il aliène un immeuble sans le consentement de son héritier le plus proche. Celui-ci reçoit alors la « saisine de droit » et peut exercer une action de révocation. Sa source a bien dit « comme si » (*als ob* ...). ALBRECHT. *Gewere*. p. 36.

⁶⁴⁶ PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen », p. 9.

⁶⁴⁷ *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900* / s. dir. Claude BUFNOIR, Jules CHALLAMEL, Joseph DRIOUX *et al.* 4 tomes, t. 3. Paris : Imprimerie nationale, 1908, p. 841-858. L'on doit la traduction des pages citées à J. DRIOUX (1858-1928), ancien magistrat et alors avocat.

le tombeau d'un certain guerrier germanique des objets comme une épée, un bouclier, un casque, et même son meilleur cheval, qui étaient jusqu'alors censés être hérités par son fils aîné, il est presque impossible d'en tirer la moindre conséquence d'histoire du droit⁶⁴⁸.

Le second point porte sur le rôle central de la famille guerrière (et donc aristocratique) dans les recherches de droit germanique postérieures. Elle a, effectivement, la double fonction de dépasser deux distinctions fondamentales en droit romain. Il s'agit, d'une part, de celle de *ius publicum* et de *ius privatum*, et, de l'autre, de celle de droit des personnes et de droit des choses. Rappelons-nous le fait que *Gewere* signifie parfois, non pas possession, mais tutelle ou garde exercée sur la femme mariée, l'enfant mineur et le serf ou domestique⁶⁴⁹. L'idée s'étend jusqu'à s'appliquer à la paix maintenue par la grande *Gewere* du roi sur l'ensemble de son territoire, c'est-à-dire la paix du roi (*Königsfriede*)⁶⁵⁰. C'est précisément cette confusion de la *Gewere* et de la *Bogtey*, de la saisine et de la tutelle, de l'aspect patrimonial et l'aspect familial qui mérite notre attention, car elle allait produire au fur et à mesure ses effets chez les futures générations de germanistes. Les deux exemples les plus importants sont les concepts de « propriété en main commune » (*Gesamthandseigentum*) et de *Genossenschaft*, qui soutiennent la théorie de personnalité morale de GIERKE et ensuite des codes civils allemand et suisse. Si, habituellement, l'on analyse la problématique de *Gewere* et de ses effets du point de vue de la propriété « germanique », comme ce qu'a fait KROESCHELL, il ne faut pas oublier l'implication de la famille germanique. C'est là où le système de PHILLIPS a fait entremêler les membres de la famille, leurs biens, et les parents collatéraux.

D'ailleurs, P. LANDAU fait remarquer que cette idée de tutelle non seulement s'est

⁶⁴⁸ Karl KROESCHELL. *Germanisches Recht als Forschungsproblem. Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag* / s. dir. Karl KROESCHELL. Sigmaringen : Thorbecke, 1986, p. 5.

⁶⁴⁹ Voir ci-dessus note 623.

⁶⁵⁰ PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 18. Il est intéressant de noter que PHILLIPS évoque l'application restreinte de notre adage en matières féodales, à savoir seulement à l'héritier légitime en ligne directe. Voir PHILLIPS. « Der Todte erbt den Lebendigen ». p. 19-20.

installée dans la grandissante systématique de droit privé germanique, mais correspondait également à la réalité dans les monarchies absolues tardives telles que la Prusse et l'Autriche⁶⁵¹. Cette idée est, selon l'éminent canoniste, issue d'un côté de la pensée physiocrate, en particulier celle de P. MERCIER DE LA RIVIERE (1719-1792), et de l'autre du droit naturel moderne. « Quand », dit-il, « les auteurs de droit privé germanique introduisent dès 1829 le concept profondément germanique de tutelle qui s'oppose au droit romain, ils se mettent sur les épaules des prédécesseurs jusnaturalistes »⁶⁵². Il évoque l'année 1829 en raison de la publication du traité de PHILLIPS que nous venons de consulter. « Ce n'est donc », poursuit le professeur de Munich, « pas que le droit naturel avait gardé des idées germaniques de droit, mais que la germanistique du XIX^e siècle a découvert le droit naturel justement chez les Germains, et pouvait ensuite l'intégrer dans l'édifice doctrinal de droit privé germanique »⁶⁵³.

Quelques critiques ont été faites aux écrits de PHILLIPS, alors qu'ils restent dès lors une référence majeure de l'adage « le mort saisit le vif ». A. L. REYSCHER (1802-1880) s'est attaqué, lors de sa nomination à une chaire de droit germanique à Tübingen en 1837, à la continuité de *Gewere* que PHILLIPS a justifiée par deux arguments⁶⁵⁴. Dans cette leçon inaugurale consacrée aux adages allemands, le professeur wurtembergeois juge que PHILLIPS a raison d'associer notre adage à la notion de *Gewere*, mais qu'il n'a pas expliqué l'adage lui-même. Tout en souscrivant à la perspective germaniste qu'ont adoptée

⁶⁵¹ Peter LANDAU. Die Vormundschaft als Prinzip des deutschen Privatrechts und der Staatstheorie im 19. Jahrhundert. *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag* / s. dir. Gerhard KÖBLER, Hermann NEHLSSEN. München : Beck, 1997, p. 578, 585.

⁶⁵² *Ibid.* p. 589.

⁶⁵³ *Ibid.* Ainsi, LANDAU estime que le discours de GIERKE fait en 1882 doit être au moins partiellement renversé. Nous y reviendrons plus tard.

⁶⁵⁴ Sur la vie et la science de ce juriste et homme politique libéral, nous renvoyons le lecteur aux ouvrages suivantes : Joachim RÜCKERT. *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*. Berlin : Schweitzer, 1974. Joachim RÜCKERT. Reyscher, August Ludwig. *Neue Deutsche Biographie*. T. 21, p. 482-483. Sur son rôle dans le courant germaniste : JOUANJAN. *Une histoire*. p. 78-95.

EICHHORN, ALBRECHT et PHILLIPS, REYSCHER met en relief une double contradiction de l'adage : d'un côté, aucun mort ne succède ; de l'autre, l'on ne peut succéder à un vivant. La contradiction est liée à l'équivocité du verbe « *erben* » utilisé dans la forme allemande de l'adage. Si le verbe français « saisir » dit bien la passivité de l'héritier vis-à-vis de la succession qui tombe sur lui, le verbe allemand est ambigu parce qu'il peut aller dans les deux sens. Il signifie soit « succéder », « hériter », soit « se faire succéder », « léguer ». Dans le premier cas, il donne un autre verbe « *beerben* », tandis que, dans le second, il nous renvoie au verbe « *vererben* ». Or REYSCHER, en rappelant le cas de nullité des libéralités faites par le mourant, estime que le second sens ne lève pas non plus la contradiction⁶⁵⁵. Il avance, en revanche, pour fondement de notre adage, l'« unité juridique entre le *de cuius* et son héritier, en vertu de laquelle celui-ci continue la personne du premier », en bref, *unitas personae*, identité ou bien « unicité » de personne, allusion faite à la formule du Code de JUSTINIEN que nous avons déjà rencontrée⁶⁵⁶. En droit germanique, dit-il, cette unité a lieu lorsque l'héritier en droit romain n'est pas encore *heres*. A part de l'exemple de l'action contre l'aliénation des biens, que nous connaissons déjà, REYSCHER évoque deux autres, notamment la responsabilité subsidiaire de l'héritier pour le *Wehrgeld*, indemnité ou dommages-intérêts pour le temps ancien, dû par le *de cuius* d'un côté, et le droit de l'héritier de la victime de recevoir le montant de *Wehrgeld* de l'autre. Il interprète ainsi la succession de *Gewere* comme un double processus : il s'agit, d'une part, de la diminution graduelle de la capacité de défense, et, de l'autre, de l'entrée graduelle de l'héritier dans la succession. Le moment du dernier souffle n'est donc rien d'autre que l'achèvement de ce processus et la représentation complète de l'unité juridique du père et du fils. C'est de ce point de vue que

⁶⁵⁵ August Ludwig REYSCHER. Die Ueberlieferung der Rechte durch Sprichwörter. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1841, 5, p. 205.

⁶⁵⁶ Notamment, « *pater et filius eadem persona intelleguntur* ». Voir ci-dessus p. 264, note 444, et p. 100, note 190.

REYSCHER lit, d'ailleurs, un autre adage : « le roi est mort ; vive le roi »⁶⁵⁷.

Une autre critique vient du Lausannois huguenot, A. RENAUD (1819-1884), alors professeur extraordinaire à Bern⁶⁵⁸. Après son article portant sur l'art. 2279 du Code civil⁶⁵⁹, il s'est mis à corriger l'interprétation française de l'adage « le mort saisit le vif » par la fameuse « origine germanique » du droit français⁶⁶⁰. Sa position s'inscrit dans la même ligne que celle de KLIMRATH et de son collègue malchanceux à Heidelberg, H. ZÖPFL (1807-1877)⁶⁶¹. Celui-ci caractérise le Code civil français de conciliation entre la philosophie et l'histoire, entre la rationalité et la tradition⁶⁶². L'on sait que cette tendance est partagée non seulement en Allemagne pré-1848, mais également en France bourbonnaise et orléanaise. Dans ses études compréhensives, RENAUD commence comme ses prédécesseurs par esquisser sa représentation de la Germanie archaïque, où les mots *Were* et *Gewere* pesaient lourd. Plus spécifiquement sur notre adage, il suit REYSCHER d'abord en ce que le verbe

⁶⁵⁷ REYSCHER. Ueberlieferung. p. 206.

⁶⁵⁸ RENAUD a fait ses études d'abord à Bern, puis à Heidelberg à Berlin avant d'être promu docteur en droit à Heidelberg sous la direction du romaniste K. A. von VANGEROW (1808-1870). Il a passé un an à Paris, et écrit un ouvrage sur la mort civile publié en 1843. Ayant enseigné à Bern, ensuite à Giessen, il a été nommé professeur à l'Université de Heidelberg en 1851, succédant ainsi à ZACHARIÄ dans l'enseignement de droit franci-badois. Comme son directeur de thèse, il a été deux fois recteur de l'établissement prestigieux (1857/58 et 1872/73). Il y travaillait sur, non pas l'histoire du droit franco-germanique, mais le droit des affaires, en particulier la société anonyme. Voir Caroline HERGENHAHN. Renaud, Achilles. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 28, p. 203-207.

⁶⁵⁹ Voir Achilles RENAUD. Beitrag zur vergleichenden Gesetzgebung. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1845, 17, p. 137-172, 212-232. Un jeune avocat alsacien a fait un compte rendu de cet article : Victor CHAUFFOUR. L'art. 2279 du Code Napoléon interprété par ses origines germaniques. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, 1-2, p. 371-379, 381-389.

⁶⁶⁰ Achilles RENAUD. Die französische Rechtsregel « le mort saisit le vif », aus ihrem romanischen Grundlage und dem droit coutumier erläutert, und deren Anwendung in Civilcodex. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1847-1848, 19, 20, n° 1-3, 1, p. 99-137, 279-305, 376-412, 155-183. Le même CHAUFFOUR a établi un compte rendu pour les trois premières parties : Victor CHAUFFOUR. La règle, le mort saisit le vif, expliquée par ses origines romanes et par le droit coutumier. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, 2-3, p. 74-97, 325-345, 355-370.

⁶⁶¹ Sur sa vie et sa carrière, voir Klaus-Peter SCHROEDER. Heinrich Zöpfl (1807-1877). Eine Heidelberger Gelehrtenkarriere mit Hindernissen. *Humaniora : Medizin, Recht, Geschichte ; Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag* / s. dir. Bernd-Rüdiger KERN. Berlin : Springer, 2006.

⁶⁶² Voir Heinrich ZÖPFL. Ueber das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechtes, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzbücher. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1840, 4, p. 91-123. Heinrich ZÖPFL. Ueber das germanische Element im Code Napoléon. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1841, 5, p. 110-132. Heinrich ZÖPFL. De l'élément germanique dans le Code Napoléon. *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 161-180.

erben peut signifier *vererben*, à savoir « se faire succéder » ou « léguer », et ensuite à l'égard de la fiction selon laquelle le père mourant est réputé mort en droit⁶⁶³. Cependant, le jeune Suisse a bien lu ce qui divise PHILLIPS et REYSCHER. Celui-ci, d'après l'auteur suisse, s'est appuyé sur la succession universelle, institution exprimée par l'*unitas personae* chez REYSCHER, qui était inconnue en droit germanique ancien dont l'adage est issu⁶⁶⁴. Par rapport aux deux premiers auteurs, RENAUD fonde son argument également sur la famille germanique, mais au sens large du terme. Rejetant implicitement le modèle de succession du père par son fils aîné qu'avaient adopté PHILLIPS et REYSCHER, RENAUD prétend que la transmission de *Gewere* s'opère entre le *de cuius* et un « ami de sang » (*Blutsfreund*), synonyme de « successeur » (*Erbe*), ou, à défaut, un parent consanguin (*Blutsverwandter*)⁶⁶⁵. Il justifie cette lecture par l'idée de garantie familiale qui, selon lui, est, avec la *Gewere* ou saisine, l'un des fondements de la société germanique ancienne, et ces deux institutions fonctionnent ensemble dans la nation, ou bien en son propre terme, *Volkgenossenschaft* ou *Volksgemeinde*, pour garantir la paix publique⁶⁶⁶. Elles ont une signification, dit-il, « de droit public »⁶⁶⁷. RENAUD rappelle que la garantie familiale consiste, précisément, en la responsabilité que nous pourrions qualifier de solidaire, et que chaque membre de famille supporte, selon le germaniste, pour le fait d'un autre membre ; cette responsabilité est plus immédiate pour les proches du coupable et subsidiairement pour les autres⁶⁶⁸. Partant de l'idée de garantie familiale, l'intérêt de la paix publique exige que la gestion de terre demeure, pour la *Volksgemeinde*, ininterrompue⁶⁶⁹.

⁶⁶³ RENAUD, « Le mort saisit le vif », 1^{re} partie, 110.

⁶⁶⁴ *Ibid.* 1^{re} partie, 111.

⁶⁶⁵ *Ibid.* 1^{re} partie, 112.

⁶⁶⁶ Voir *ibid.* 1^{re} partie, 100-106.

⁶⁶⁷ *Ibid.* 1^{re} partie, 100.

⁶⁶⁸ *Ibid.* 1^{re} partie, 101.

⁶⁶⁹ *Ibid.* 1^{re} partie, p. 114.

Ce serait injuste de comparer la contribution des trois auteurs que nous venons d'étudier en ce qui concerne notre adage, comme l'objet et la latitude de chaque article sont assez différents. Celui de RENAUD se veut une étude globale du droit ancien et moderne à la fois. Pourtant, il a pris en compte l'influence du droit romain, et notamment l'introduction des catégories d'action possessoire et d'action pétitoire. Il ne renonce pourtant pas à la conviction germaniste selon laquelle les coutumes françaises sortent du même moule germanique. Cela sous-entend que le droit français – au moins dans les pays coutumiers – a connu un sort semblable à celui de son cousin allemand : l'un et l'autre avaient conservé les croyances et pratiques archaïques de la nation jusqu'à leur confusion avec le droit romain.

Après 1848, cette croyance romantique s'est heurtée également à des critiques de la part d'auteurs, non pas français, mais allemands. L'échec politique de 1848 ayant frustré, parmi d'autres, le courant germaniste du milieu des juristes allemands⁶⁷⁰, sa représentation romantique de la famille germanique comme souche du droit de la propriété national a connu à peu près deux décennies de contestation jusqu'à la publication de l'ouvrage du juriste bâlois A. HEUSLER (1834-1921)⁶⁷¹. C'est C. G. BRUNS (1816-1880) qui a lancé une des premières critiques. Dans *Le droit de la possession dans le Moyen Âge et le temps présent* (1848), ouvrage surnommé le « second tome du traité de la possession de SAVIGNY »⁶⁷², l'auteur a représenté un Moyen Âge juridique qui n'était ni purement romaniste, ni purement germaniste, mais composé des éléments romains, germaniques et, ce que l'on évoquait moins souvent à l'époque, canoniques. Tout en concédant l'originalité du droit germanique de possession par rapport au droit romain, le jeune professeur estimait pourtant qu'en raison de quelques coïncidences et surtout du rôle de l'Eglise au Moyen Âge, le droit germanique

⁶⁷⁰ Voir WHITMAN. *The legacy of Roman law*. p. 205-210.

⁶⁷¹ Voir Andreas HEUSLER. *Die Gewere*. Weimar: Böhlau, 1872.

⁶⁷² Ernst LANDSBERG. Bruns, Karl Georg. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 47, p. 308.

ancien et ses idées n'avaient, à son avis, laissé aucune trace de quelque influence *directe* que ce soit⁶⁷³. BRUNS lui-même ne s'est prononcé ni sur l'origine, ni sur le contenu de la maxime « le mort saisit le vif ». S'il est possible d'inférer de ses mots que le droit germanique ancien protégeait la continuité d'une sorte de droit de propriété chez les propriétaires particuliers, il ne faut pas exagérer les propos de BRUNS. En effet, le jurisconsulte a précisé que le principe n'allait pas jusqu'au bout à cause de la « légèreté » (*Leichtigkeit*) des preuves requises pour l'action de *vindicatio* : il suffisait de prouver une *bonae fidei possessio* pour gagner la cause, et il était assez probable que le gagnant était un possesseur sans titre⁶⁷⁴.

A la suite de BRUNS, B. DELBRÜCK (1817-1868), magistrat à la Cour de Greifswald, prétendait, à son tour, que le mot *Gewere* était équivoque, que l'action possessoire en droit germanique protégeait, non pas la possession, mais la propriété, et que l'adage « le mort saisit le vif » ne devait pas signifier la transmission automatique de possession au sens romain⁶⁷⁵. Il cherchait à mettre en évidence que la soi-disant conquête du droit romain sur le point d'action possessoire et l'affaiblissement du droit germanique n'existaient effectivement pas, car, selon lui, les idées de la transmission de possession de plein droit, c'est-à-dire de *Gewere*, de protection de propriété ou d'action réelle, se propageaient dans un grand nombre de statuts de villes italiennes et de droits locaux allemands, ainsi que, bien entendu, dans le droit français⁶⁷⁶. C. TRUMMER (1792-1858), en renvoyant l'adage au droit romain, soutenait la même opinion que DELBRÜCK⁶⁷⁷.

⁶⁷³ Voir Carl Georg BRUNS. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen : Laupp, 1848, p. 283-341. Son insistance.

⁶⁷⁴ *Ibid.* p. 285, 305.

⁶⁷⁵ Berthold DELBRÜCK. *Die dingliche Klage des deutschen Rechts : Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt*. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1857, p. 289-294.

⁶⁷⁶ *Ibid.* p. 295.

⁶⁷⁷ Carl TRUMMER. *Das Hamburgische Erbrecht. Ein historisch dogmatischer Versuch*. 2 tomes, t. 2. Hamburg : Perthes-Besser und Mauke, 1852, p. 82.

Par ailleurs, avant la publication de RENAUD sur l'adage en question, G. BESELER (1809-1888) avait déjà lancé son offensive contre cette confusion, qui pour lui est plutôt la contamination du droit national (*Volksrecht*) par un droit des juristes (*Juristenrecht*) et un malheur du peuple⁶⁷⁸. En plein essor, l'école germaniste n'a pas encore connu la déception politique énorme de 1848. Leurs activités ont été rapportées en France, et l'on savait que BESELER était l'un des plus radicaux⁶⁷⁹. Or il n'y a plus besoin de rappeler qu'en France, l'esprit pragmatique des rédacteurs du Code se contentait de dire que la saisine de plein droit était un droit commun de France. Les intérêts que l'adage « le mort saisit le vif » suscitait dans son pays natal étaient d'ordre pratique que scientifique. La présence et l'ascension de TROPLONG contribuaient, en quelque sorte, à dater l'application de l'adage en France à un temps relativement récent. En revanche, l'on faisait face, en Allemagne, où le droit actuel devait être purgé des taches romaines, à deux types de questions, l'un de nature historique et historiographique, l'autre d'ordre doctrinal. D'un côté, l'on voulait connaître l'état du droit germanique ancien antérieur à la réception officielle du droit romain dans le Saint Empire en 1495. L'on s'interrogeait pour savoir si les glossateurs médiévaux, eux-mêmes aussi d'origines barbares, s'étaient soumis au droit romain aux dépens du droit germanique, ou bien ont bien défendu celui-ci en faisant plier des règles romaines à, pour ainsi dire, la réalité sociale. De l'autre, il fallait trouver une place pour la *Gewere* ou saisine en droit des biens contemporain. L'observation de RENAUD sur la remarque de REYSCHER a bien montré que, même vingt ans après l'ouvrage d'ALBRECHT, les germanistes éprouvaient encore le besoin de travailler sur les sources de leur droit national avec des outils conceptuels, non pas

⁶⁷⁸ Voir Georg BESELER. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig : Weidmann, 1843, p. 84-85. Sur BESELER en général, voir Bernd-Rüdiger KERN. *Georg Beseler. Leben und Werk*. Berlin: Duncker und Humblot, 1982. Joachim RÜCKERT. Compte rendu de *Georg Beseler. Leben und Werk*, par Bernd-Rüdiger Kern, Berlin : Duncker und Humblot, 1982, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 1987, 104, p. 399-405.

⁶⁷⁹ Voir la chronique de Rodolphe DARESTE. Congrès des germanistes à Lubeck. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, 3, p. 282.

empruntés au droit romain, mais propres au droit germanique. Ces deux types de questions nous amèneront plus tard à la notion de *Genossenschaft* de GIERKE.

Chapitre II Version française

Nous avons mis en relief les discussions sur la saisine et l'adage « le mort saisit le vif » entreprises dans le débat entre KLIMRATH, LAFERRIERE et TROPLONG⁶⁸⁰. Ce débat encadre décidément la perception postérieure de l'adage chez les juristes : les auteurs français entre les années 1840 et la fin des années 1860 ont été sensibilisés par le contraste entre la thèse de copropriété germanique et celle de lutte anti-féodale. Ce contraste a alors divisé le milieu des juristes français en deux camps : le germanistes d'un côté, et ce que nous appelons « gallicaniste » de l'autre. Par le terme « gallicaniste », nous entendons, non pas faire recours au gallicanisme religieux, mais souligner le fait que les partisans de ce second camp croyaient en une sorte de particularité de leur histoire nationale par rapport à celle d'un peuple voisin. La question décisive concernant l'adage « le mort saisit le vif », nous nous en souvenons, c'est son origine historique. Celle-ci n'est pas une question isolée, puisqu'à travers elle, des questions plus grandes issues de la multiplicité d'origines du droit français se posent également. Cela doit être une des raisons pour lesquelles le chartiste P. VIOLLET, dans son édition critique des Etablissements de Saint Louis, a, en évoquant l'adage comme un « curieux exemple », fait remarquer le danger de la forme « pittoresque » de brocard, d'adage ou de formule. En effet, ce genre de phrase, à son avis, « se prête à des usages très différents », il risquerait de devenir « une arme dont chacun se sert à sa guise », ou seulement « un mot dans le vocabulaire »⁶⁸¹.

Bien que le camp germaniste n'ait jamais cessé de prospérer, le camp gallicaniste a, nous semble-t-il, exercé davantage d'influence à l'égard de notre adage. Certainement, il ne s'agissait ni de division absolue ni d'antagonisme radical. Quelques gallicanistes se

⁶⁸⁰ Voir ci-dessus p. 246 et s.

⁶⁸¹ Paul VIOLLET. Les Etablissements de Saint Louis : accompagnés des textes primitifs et des textes dérivés. 4 tomes, t. 1. Paris : Renouard, 1881, p. 90.

contentaient de rester au courant des recherches germanistes sans en embrasser toutes les prétentions. Un exemple est l'ouvrage que RENAUD a cité en ce qui concerne la saisine en droit français moderne. C'est, notamment, la thèse doctorale de l'avocat alsacien, V. RIGAUT⁶⁸². Rédigée, apparemment, après le débat historiographique des trois grands auteurs que nous avons étudié plus haut, cette thèse cherche à se mettre dans le juste milieu en citant, d'un côté, ALBRECHT et KLIMRATH⁶⁸³, et en reproduisant, de l'autre, l'argument de LAFERRIERE et TROPLONG : la saisine de plein droit des héritiers étant d'origine germanique, elle a pourtant été effacée vers la fin du neuvième siècle avant d'être ressuscitée « en haine de la fiscalité féodale » au profit des héritiers en ligne directe⁶⁸⁴.

RIGAUT n'est pas le seul Alsacien qui soupçonne la pertinence de la famille germanique relative au droit français. AUBRY et RAU n'ont pas caché non plus leur doute relatif à certaines conséquences de ce qu'ils traduisent par « copropriété de famille ». En général, ils étaient d'accord avec ZACHARIÄ quand celui-ci disait que la copropriété de famille, d'origine germanique, était le fondement du droit des successions de toutes les coutumes, et que celui-ci constituait, à son tour, l'essentiel du droit des successions contenu dans le Code civil, dont l'art. 724 était un des piliers⁶⁸⁵. De sorte qu'ils estimaient que même si les légistes ont, comme ce que pensait TROPLONG, formulé notre adage aux dépens de la fiscalité féodale, ils n'ont fait que « déduire une conséquence rigoureuse de la copropriété de famille, admise dans le droit germanique ancien »⁶⁸⁶. Néanmoins, les deux professeurs

⁶⁸² Victor RIGAUT. De la saisine héréditaire, d'après le droit civil français. *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 35-68, 777-809, 991-1021. Cet article doit provenir de la thèse consacrée à la saisine que l'auteur, Marie-Victor-Joseph RIGAUT, a soutenue à la faculté de Strasbourg en juillet 1840. Voir Adolphe de FONTAINE DE RESBECQ. *Notice sur le doctorat en droit*. Paris : Durand, 1857, p. 63.

⁶⁸³ RIGAUT. De la saisine héréditaire. p. 37-38.

⁶⁸⁴ *Ibid.* p. 44-45, 58, 61-62.

⁶⁸⁵ Karl Salomo ZACHARIÄ. *Cours de droit civil français*, tr. par Charles AUBRY, Charles RAU. 2^e éd. 5 tomes, t. 4. Strasbourg : Lagier, 1844, p. 156, 159.

⁶⁸⁶ *Ibid.* p. 237, note 233.

strasbourgeois avaient du mal à comprendre l'une des conséquences tirées de cette base historique, à savoir la saisine collective de tous les parents au degré successible, et la jugent « paradoxale », car, disent-ils, « le principe de la copropriété de famille, consacré par le droit germanique ancien, n'a jamais été reçu en France d'une manière absolue », à titre d'exemple, la saisine, qui ne valait que pour l'héritier « le plus proche » et non pas de ceux de n'importe quel degré⁶⁸⁷.

L'exemple de ces auteurs strasbourgeois caractérise bien l'état des choses que nous pouvons constater généralement : les hypothèses germaniques en matière de saisine étant connues du milieu français des juristes, elles n'ont jamais été à l'abri des critiques. Si nous nous permettons d'analyser le lectorat par leur attitude envers les prétentions allemandes, une nuance nous est révélée à travers le contraste des concours qu'ont organisés deux grands établissements semble intéressante, notamment l'Académie des sciences morales et politiques d'un côté et la faculté de droit de Paris de l'autre. Quoique marginale au départ, cette nuance a eu, en effet, tendance à se creuser jusqu'à devenir enfin un fossé qui séparait deux camps de juristes : celui gallicaniste d'un côté, et le germanistes de l'autre. L'un, effectivement constitué de magistrats, soutenait la position gallicaniste ou, plus concrètement, celle de TROPLONG ; l'autre, faute de porte-parole, ne pouvait que revenir sans cesse sur l'article fondateur de KLIMRATH, et demeurait, apparemment, minoritaire jusqu'à la fin du Second Empire. La conséquence de cette opposition entre les deux camps de juristes qui nous importe le plus est que le gallicanisme en cette matière, contrairement au germanisme qui faisait recours soit à la *Genossenschaft* germanique, soit à l'*unitas personae* romaine, a éliminé la possibilité de faire sortir de notre adage un concept de personne. Selon ce gallicanisme, « le mort saisit le vif » n'aurait aucune justification doctrinale soutenable, qu'elle soit d'origine

⁶⁸⁷ *Ibid.* p. 241-242, note 218.

germanique ou romaine. Il insistait sur l'aspect fiscal de cet adage et disqualifiait en même temps les interprétations romanistes et germanistes.

Commençons par le camp gallicaniste. Deux textes d'avant 1850 nous paraissent décisifs pour sa position vis-à-vis de l'adage « le mort saisit le vif ». Rédigés par deux praticiens, ces deux textes ont bien exemplifié le scepticisme que bon nombre de juristes gardaient envers les thèses germanistes en question. Ni l'un ni l'autre n'a voulu faire sortir de l'adage d'une personne morale, juridique ou de quelque nature que ce soit, car l'adage, selon eux, n'avait qu'une histoire courte, et ne se justifiait que par son utilité politique.

Section I Modèle de l'interprétation gallicaniste : TROPLONG (1846) et ALAUZET (1849)

En vertu de deux documents, l'Académie des sciences morales et politiques est entrée en rapport direct avec l'adage « le mort saisit le vif ». Le premier, fait par TROPLONG en 1846, ne concernait que les académiciens, tandis que le second, rédigé par un I. ALAUZET (1807-1882) et publié en 1849, a atteint un public plus large. TROPLONG, en s'attaquant à une édition de coutumes locales, a profité des preuves avancées par l'ouvrage recensé pour développer les arguments concernant le relief, prédécesseur du droit de mutation, dont nous avons déjà entendu parler dans son compte rendu de 1839⁶⁸⁸. Le magistrat académicien paraît, une fois de plus, avoir exercé son influence sur ses confrères, de sorte qu'ils ont, deux ans après, décerné un prix à l'ouvrage d'un fonctionnaire du ministère de la justice qui a suivi et renforcé son hypothèse.

⁶⁸⁸ Voir ci-dessus p. 258 et s.

Paragraphe I TROPLONG : à propos des coutumes d'Amiens

Elu sous la coupole en 1840, TROPLONG n'a, évidemment, pas oublié ce qu'il avait prétendu en 1839 dans son compte rendu du traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD. Il croyait, dans le même sens que LAFERRIERE, que le relief et le rachat dont le droit proportionnel de mutation s'était inspiré ressortaient, non pas aux usages germaniques attestés par TACITE, ni aux lois barbares, mais au régime féodal plus récent⁶⁸⁹. Cependant, il devait également se souvenir de la critique de KLIMRATH selon laquelle le magistrat se servait principalement, au lieu des « sources » plus anciennes, de la littérature des XV^e et XVI^e siècle⁶⁹⁰. Grâce à la publication d'A. BOUTHORS (1797-1869), TROPLONG a pu se défendre en s'appuyant sur un exemple de droit coutumier plus solide⁶⁹¹.

Il s'agit, en effet, de la réédition des coutumes recueillies conformément à l'édit du 2 avril 1507 du roi LOUIS XII. BOUTHORS, alors greffier en chef de la Cour d'Amiens, a retrouvé dans son dépôt les originaux de presque tous les procès-verbaux apportés à l'assemblée générale des Trois Etats, et a complété les lacunes des archives dont il était chargé avec des textes conservés à la bibliothèque nationale⁶⁹². Erudit local typique du XIX^e siècle selon A. BOUREAU⁶⁹³, le greffier BOUTHORS était avocat avant d'arriver à son poste,

⁶⁸⁹ Voir ci-dessus p. 257 et surtout 261.

⁶⁹⁰ Voir p. 258, note 432.

⁶⁹¹ Il faut pourtant signaler que le compte rendu de TROPLONG ne touchait que le premier tome publié en 1845. Le tome second n'a vu le jour qu'en 1853, et a, en raison de la recension de DUPIN aîné, suscité le grand débat sur ce que l'on appelle « droit de cuissage ». Voir Alain BOUREAU. *Le droit de cuissage : la fabrication d'un mythe (XIIIe-XXe siècle)*. Paris : Albin Michel, 1995. Alexandre BOUTHORS. *Coutumes locales du bailliage d'Amiens, rédigées en 1507*. 2 tomes, t. 1. Amiens : Duval et Herment, 1845. André-Marie-Jean-Jacques DUPIN. Rapport sur un ouvrage de M. Bouthors, greffier en chef de la cour impériale, intitulé : Coutumes locales du bailliage d'Amiens. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1854, 28, p. 131. Jörg WETTLAUFER. *Das Herrenrecht der ersten Nacht : Hochzeit, Herrschaft und Heiratszins im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*. Frankfurt am Main : Campus, 1999. Sachez que TROPLONG a déjà brièvement évoqué ce point en 1846 sans pourtant susciter trop de réaction. Voir Raymond-Théodore TROPLONG. Antiquité du droit français, féodalité, communes, coutumes, et en particulier coutumes du bailliage d'Amiens, Publiées par M. Bouthors, greffier en chef de la Cour royale de cette ville. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1846, 1, p. 137.

⁶⁹² BOUTHORS. *Coutumes du bailliage d'Amiens (t. 1)*. p. 5.

⁶⁹³ Voir BOUREAU. *Le droit de cuissage*. p. 88-89.

et, en même temps, fondateur ou associé actif de plusieurs sociétés d'histoire et d'archéologie picardes. S'il n'a, selon BOUREAU, montré aucun intérêt pour la doctrine dans toute sa vie, le greffier BOUTHORS se tenait au courant du progrès dans le domaine de l'histoire du droit. Il a notamment pris en compte les trois premiers tomes de coutumes locales recueillies et éditées par J. GRIMM sous le titre de *Weistümer*⁶⁹⁴. D'après D. WERKMÜLLER, ces « records de coutumes » datent majoritairement du bas Moyen Âge, portent seulement sur les rapports entre tenanciers et seigneurs fonciers, et leur importance varie en fonction du pays⁶⁹⁵. C'est précisément la variable géographique que BOUTHORS tenait à mettre en avant à l'entrée de son ouvrage. En effet, il a bien pris en compte le fait que le bailliage qu'il étudiait faisait partie du grand territoire gouverné par un « code de statuts locaux » qui s'étendait « des bords de l'Elbe aux rives de la Meuse et de l'Escaut, des pics de la Suisse aux confins de la Frise et de la Hollande »⁶⁹⁶. Cependant, il estimait que les coutumes françaises, à la différence des *Weistümer* (que l'on traduit par « rapports de droit » ou par « records de coutume ») allemands, ne se formaient que de manière « partielle et restreinte », et laissaient peu de trace dans le souvenir des paysans en raison de la conservation des rapports dans les tribunaux et de la circulation limitée de ces documents parmi les praticiens⁶⁹⁷. En bref, les *Weistümer* gardaient leurs caractères oral et mobile, car ils reflétaient les « impressions naïves » et le « langage pittoresque des habitants de la campagne ». En revanche, les coutumes françaises, qui dispensaient presque totalement de la « preuve par turbes » pratiquée dans les régions germaniques, montraient « plus de simplicité et de netteté »⁶⁹⁸. Cela dit, BOUTHORS constatait une frontière entre les deux types de texte coutumier, et la voyait

⁶⁹⁴ Voir *Weistümer* / s. dir. Jacob GRIMM, Dieter WERKMÜLLER, Ruth SCHMIDT-WIEGAND. 7 tomes. Hildesheim : Olms-Weidmann, 2000.

⁶⁹⁵ Voir Dieter WERKMÜLLER. *Gewohnheitsrecht in deutschen Weistümern. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative de Institutions : La Coutume/2*. Bruxelles : de Boeck, 1990.

⁶⁹⁶ BOUTHORS. *Coutumes du bailliage d'Amiens (t. 1)*. p. vi.

⁶⁹⁷ *Ibid.* p. vi-vii.

⁶⁹⁸ *Ibid.* p. vii.

correspondre, en général, avec celle entre la France et l'ancien Empire germanique⁶⁹⁹. Cette frontière n'était point rigoureuse, car, dit-il, plus l'on allait vers le nord, plus une coutume locale française de la région étudiée ressemblait aux textes germaniques⁷⁰⁰.

La ressemblance des deux types de texte coutumier, qui sous-entend l'idée de différence en écartant celle d'identité, a permis à TROPLONG de renforcer son « gallicanisme » à propos de l'historiographie de la féodalité. Pour lui, la bonne question n'était plus celle de savoir quelle est l'origine du droit français ou de la France elle-même. En se contentant d'énumérer les trois hypothèses, à savoir la gallo-romaine, la germanique et la celtique, il a choisi de souligner la « rançon honteuse » payée contre l'établissement, donc l'affranchissement, de la commune d'Amiens⁷⁰¹. Il s'agissait, en effet, des droits dont celle-ci devait continuer à s'acquitter même après sa fondation, notamment le cens dû à l'évêque au nom du saint patron Firmin, le droit de mariage, et, en particulier, le relief que nous avons déjà mentionné⁷⁰². Nous n'avons rien à répéter sur le rapport entre ce fameux relief et le droit proportionnel de mutation moderne, ni sur les enjeux pratiques de celui-ci.

Au fond, l'idée que TROPLONG a émise en 1846 n'était pas différente de celle de 1839 contenue dans la rencension du traité de CHAMPIONNIERE et RIGAUD. Le magistrat a, il l'a bien dit, repris l'avis de de Laurière. Résumons-la rapidement : la maxime « le mort saisit le vif » était « toute française », « inventée par les légistes en haine du droit féodal », pour « but d'utilité » et sans fondement solide⁷⁰³. Cet adage aurait été « une arme politique et le drapeau d'une profonde modification dans la propriété »⁷⁰⁴, en visant à « enlever à la

⁶⁹⁹ *Ibid.* p. viii.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ TROPLONG. *Antiquité du droit français*. p. 14, 138.

⁷⁰² *Ibid.* p. 137-138.

⁷⁰³ *Ibid.* p. 147-148. Voir ci-dessus, p. 261-262.

⁷⁰⁴ *Ibid.* p. 149.

féodalité le profit de succession »⁷⁰⁵. Il ne découlerait pas, comme ce que prétendaient, parmi d'autres, PARDESSUS et KLIMRATH, des lois ripuaires⁷⁰⁶. L'intervention des seigneurs féodaux s'expliquerait par deux raisons « combinées »⁷⁰⁷. D'une part, ils auraient récupéré les anciens pouvoirs civils et judiciaires devant lesquels s'effectuaient les formalités de l'investiture, à savoir celles que l'on lisait dans la loi salique⁷⁰⁸. De l'autre, les seigneurs se prétendaient « propriétaires originaires de toutes les terres situées dans leur souveraineté », et croyaient jouir de la propriété « directe » et « supérieure » qui aurait à se manifester à chaque changement de tenancier⁷⁰⁹. L'adage s'est fait consacrer par les Etablissements de saint Louis, mais n'aurait pas conquis son ennemi féodal du jour au lendemain. Selon l'ouvrage de BOUTHORS, il aurait fallu attendre jusqu'en 1507 pour constater plus globalement le succès de l'adage en Picardie, « terre classique du droit féodal »⁷¹⁰.

Nul n'ignore le fait que TROPLONG a été, avant sa collaboration dans le coup d'Etat de Louis-Napoléon BONAPARTE, longtemps libéral. Il est également vrai que sa lecture des coutumes picardes représente l'image d'une évolution linéaire de la propriété privée au sens de son époque. Or rien n'empêche un libéral d'avoir raison. Au moins sur plusieurs points historiques, l'on voit, presque cent ans après, un Marc BLOCH réaffirmer l'avis de TROPLONG. Tous les deux rejettent la validité des légendes germaniques et valorisent, pour reprendre le titre de l'un des ouvrages de BLOCH, des « caractères originaux de l'histoire rurale française »⁷¹¹. Voici le gallicanisme historiographique à notre sens qui est arrivé jusqu'à BLOCH en passant par, non pas les historiens du droit dans les facultés de droit, mais

⁷⁰⁵ *Ibid.* p. 147.

⁷⁰⁶ *Ibid.* TROPLONG n'a pas nommé KLIMRATH en l'occurrence.

⁷⁰⁷ *Ibid.* p. 146.

⁷⁰⁸ *Ibid.* p. 145.

⁷⁰⁹ *Ibid.* p. 145-146.

⁷¹⁰ *Ibid.* p. 147, 149, 146.

⁷¹¹ Voir Marc BLOCH. *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*. Nouvelle éd. Paris : Colin, 1999.

des juristes praticiens, et surtout par le romaniste N. D. FUSTEL DE COULANGES (1830-1889), qui s'est fait médiéviste après 1870⁷¹².

Prenons quelques exemples concrets de ce gallicanisme historique, et nous verrons vite son désaccord vis-à-vis de l'organisation de la famille que le germanisme chérissait.

Notre premier exemple porte sur la primogéniture. Tandis que l'idée de défense semble, pour tous les états (*Stände*) confondus, justifier le droit d'aînesse et la préférence masculine en matière des successions germaniques⁷¹³, TROPLONG, sensible à la nécessité de séparer les cas de la noblesse et des roturiers, a fait remarquer la préférence des enfants puînés – souvent des cadets et sans distinction de sexe – en succession roturière dans plusieurs coutumes, y compris celles du Kent en Angleterre et de Westphalie en Allemagne⁷¹⁴. Si TROPLONG n'a pas cherché à réfuter totalement la fameuse idée de défense, celle-ci ne lui suffisait pas non plus pour expliquer toutes les formes de succession que la littérature de l'époque avait relevées. Au contraire, il s'est déterminé à prendre le parti que l'on peut qualifier d'« ethnologique » : ce n'était, d'après lui, pas moins raisonnable de préférer les aînés que de réserver l'héritage pour les cadets. En évoquant la solution de coutumes d'origines celtiques et saxonnes, TROPLONG croyait en relever l'argument favorable aux puînés selon lequel les plus forts des enfants pourraient soit défendre le sol natal, soit partir à la guerre, dans la marine, ou à l'aventure en laissant leurs frères et sœurs besogneux se nourrir des héritages familiaux⁷¹⁵. Selon ses propres termes, « il n'y a de vérité ni dans le droit

⁷¹² Voir en général, François HARTOG. *Le XIX^e siècle et l'histoire : le cas Fustel de Coulanges*. Paris : Seuil, 2001, p. 126-152. Voir ci-dessous p. 427.

⁷¹³ Voir ci-dessus p. 341.

⁷¹⁴ TROPLONG. *Antiquité du droit français*. p. 155.

⁷¹⁵ *Ibid.* p. 155-156.

d'aïnesse, ni dans le droit des cadets », les uns et les autres seulement justifiés par l'utilité publique⁷¹⁶.

Un second exemple concerne l'indivision successorale que la copropriété familiale germanique implique. A travers les textes réunis de BOUTHORS, TROPLONG admettait également que la plupart des coutumes picardes acceptaient l'indivisibilité de la succession *ab intestat*. Néanmoins, cette règle, qui lui paraissait « exorbitante » et « impitoyable », n'a pas résisté au principe libéral de partage⁷¹⁷. Il s'agissait, en effet, de l'anecdote d'un mensonge qu'inventa un lieutenant-général du bailliage d'Amiens lors de l'homologation des coutumes de la région en 1509. Ne cachant point son soupçon envers cette « fable »⁷¹⁸, TROPLONG nous a rapporté que le fameux officier retarda le processus d'homologation sous prétexte que son chien détruisit un manuscrit original, texte dont BOUTHORS disposait pourtant. La conséquence vraie de cette anecdote peu crédible était la suppression *de facto* du principe d'indivisibilité, auquel se substitua le droit de partage de la coutume générale d'Amiens⁷¹⁹. La leçon que TROPLONG voulait tirer de cette fable était que, historiquement, les législateurs se servaient de « moyens artificieux » afin d'« arriver à de bonnes fins »⁷²⁰.

Quoique « libérale », l'opinion de TROPLONG sur plusieurs points correspond à peu près à ce que BLOCH nous apprend. Sans doute très différents l'un de l'autre, les deux auteurs partagent pourtant la même perspective, pour ne pas dire « méthodologie », envers l'histoire médiévale. L'un et l'autre prêtaient plus d'attention au concret, aux variations, aux particularités qu'aux règles abstraites, générales et permanentes. En ce qui nous concerne, TROPLONG a, en adoptant cette perspective, placé l'adage « le mort saisit le vif » sur un

⁷¹⁶ *Ibid.* p. 157-158.

⁷¹⁷ *Ibid.* p. 158.

⁷¹⁸ *Ibid.* p. 159.

⁷¹⁹ *Ibid.* p. 158-159.

⁷²⁰ *Ibid.* p. 158.

plan autre que celui des germanistes allemands. Le point de départ de ceux-ci est, rappelons-nous, une notion réputée fondamentale du droit des biens germanique, celle de *Gewere* ou de saisine, l'adage en question n'en étant qu'un exemple parmi d'autres. En revanche, TROPLONG a « historicisé » l'adage et la norme juridique que celui-ci était censé illustrer, ce qui lui permettait de voir, comme BLOCH, plutôt la rupture que la continuité sur ses thèmes choisis. Par ailleurs, cette rupture, signalée de B. GUERARD (1797-1854), académicien et chartiste, devait être connue aussi bien de TROPLONG que de BLOCH : l'un à travers l'avant-propos du recueil de BOUTHORS, l'autre par sa propre lecture de l'œuvre de GUERARD⁷²¹. Telle rupture signifie donc, *a contrario*, la discontinuité des anciennes institutions germaniques. Quelque description que TACITE ait faite sur la vie des ancêtres des Allemands, elle ne devrait pas s'appliquer telle quelle aux siècles postérieurs sans scrupule. Si nous empruntons ses propres termes, TROPLONG a, dans les rapports de coutumes picardes, relevé « des singularités qui font un grand contraste avec la forme régulière et les idées rationnelles de notre jurisprudence »⁷²².

Avec le même goût pour le concret, nous retrouvons, dans *la Société féodale*, les affirmations suivantes. Dans le même ordre que celui de notre discussion, nous pouvons relever, premièrement, l'écart franco-allemand à l'égard du relief, ensuite, la préférence des puînés et même des cadets aux aînés, la succession féminine et, enfin, la faiblesse du principe de l'indivisibilité du fief. En ce qui concerne le relief, le grand historien a fait observer qu'il fut, en Allemagne, très tôt limité au cas de succession des fiefs de rang inférieur accordés aux officiers seigneuriaux, et que la redevance était moins significative que les services dus des mêmes tenures⁷²³. En revanche, ce droit féodal connaissait, selon BLOCH, un champ

⁷²¹ Voir BLOCH Marc. *La société féodale*. Paris : Albin Michel, 1998, p. 195, 603. BOUTHORS. *Coutumes du bailliage d'Amiens (t. 1)*. p. v.

⁷²² TROPLONG. *Antiquité du droit français*. p. 154-155.

⁷²³ BLOCH. *La société féodale*. p. 293.

d'application beaucoup plus vaste en France et en Angleterre normande, et continuait, après l'épuisement des fiefs comme source des services, à apporter des revenus considérables aux seigneurs jusqu'à devenir une charge purement financière⁷²⁴. Ce processus faisait, nous semble-t-il, partie de la plus grande évolution de la patrimonialisation du fief : si aucun fief ne se transmettait sans l'intervention du seigneur concerné qui, normalement payante, s'appelait « investiture », BLOCH nous a rappelé que la réinvestiture de l'héritier du vassal mort ne se voyait refuser que dans une proportion de cas très limitée⁷²⁵. Au fond, le co-fondateur des *Annales* voyait également, dans le célèbre établissement de l'hérédité des fiefs, auquel il a consacré tout un chapitre, un triomphe « des forces sociales sur un droit périmé »⁷²⁶. A un degré différent, la même formule aurait probablement valu aussi à l'égard de la succession féminine : malgré le refus persistant de certains droits, la successibilité des femmes nous paraît avoir, plus en France et en Angleterre qu'en Allemagne, gagné du terrain à mesure que le mariage est devenu un moyen politique⁷²⁷. Quant à la préférence successorale due à l'ordre de naissance et à l'indivisibilité de la succession, BLOCH a mis en avant le conflit entre, d'un côté, les besoins de l'organisation féodale relatifs à la prestation des services, et, de l'autre, l'égalité des héritiers du même rang, une règle commune à la plupart des droits des successions européens de l'époque⁷²⁸. En bref, l'éventail des solutions constatées variait, selon BLOCH, en fonction de lieux, de temps, de la nature et de l'importance du fief, et, bien sûr, des rapports de force⁷²⁹. Autrement dit, la famille germanique, son régime de copropriété et l'idée fondamentale de défense risquent de trop simplifier les vicissitudes non négligeables.

⁷²⁴ *Ibid.* p. 293-294.

⁷²⁵ *Ibid.* p. 271, 292.

⁷²⁶ *Ibid.* p. 271.

⁷²⁷ *Ibid.* p. 285-286.

⁷²⁸ *Ibid.* p. 288.

⁷²⁹ Voir *ibid.* p. 289-292.

La conséquence la plus importante de cette interprétation de l'adage « le mort saisit le vif » est, pour notre propos, l'absence de notre mot-clé, « personne ». Contrairement aux textes allemands que nous avons consultés, celui de TROP LONG, nous venons de le voir, n'a soumis le célèbre adage à aucune doctrine, et n'a non plus cité aucune formule de droit romain. De sorte que ni l'*unitas personae* qu'a évoquée REYSCHER, ni l'idée de famille germanique comme *Genossenschaft* ne se retrouve dans cette représentation gallicaniste ou, si l'on veut, réaliste. Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure ce gallicanisme historiographique allait contribuer au grand arrêt de 1857, où le Premier président TROP LONG a fait adopter l'avis qu'il soutenait au moins depuis 1839. Or cette position nous permet au moins de rejeter, en l'espèce, la cause germaniste. Quelque influence que celle-ci ait exercé sur le milieu des juristes universitaires, elle peinait à élargir son lectorat parmi les magistrats et les praticiens.

Nous allons voir un autre jeune magistrat poursuivre, quoique de façon moins convaincante, le chemin qu'avait frayé TROP LONG.

Paragraphe II ALAUZET : saisine, prescription et possession

I. ALAUZET (1807-1882), moins connu comme historien du droit que comme commercialiste⁷³⁰, a fait inscrire son nom dans le débat sur la saisine grâce à son mémoire couronné par l'Institut de France⁷³¹. Sans titre de docteur, ce juriste était alors chef de bureau au ministère de la justice, et allait y rester jusqu'à devenir juge au tribunal de Seine en 1870⁷³². Cette carrière de fonctionnaire laisse entrevoir sa position historiographique. Il a notamment réitéré ce que nous venons d'entendre parler, tout en, pour ainsi dire, revenant sur le thème

⁷³⁰ La plupart de ses écrits porte sur le droit des affaires. Voir par exemple Isidore ALAUZET. *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*. 3^e éd. 8 tomes. Paris : Marchal et Billard, 1879.

⁷³¹ Voir Isidore ALAUZET. *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, précédée d'une introduction sur le droit de propriété*. Paris : Imprimerie nationale, 1849.

⁷³² Une biographie brève est disponible. Voir BÜRGE. *Das französische Privatrecht*. p. 527.

principal de l'époque, à savoir la saisine. Marginale chez TROPLONG, la saisine a joué un rôle plus important chez ALAUZET. Celui-ci, à son tour, a cherché à relativiser les thèses et les distinctions qu'ont faites ALBRECHT, KLIMRATH et RENAUD.

Avant d'entrer dans le mémoire d'ALAUZET, il convient de s'arrêter un instant pour éclaircir davantage son contexte. Nul ne saurait ignorer le *timing* sensible de sa publication. Le mémoire s'est fait imprimer en 1849, mais le texte a, nous semble-t-il, été rédigé en 1848 dans le cadre du concours organisé par la section de législation, de droit public et de jurisprudence de l'Académie des sciences morales et politiques. Il s'est agi effectivement d'un sujet de concours déjà proposé en 1845, notamment « de l'origine des actions possessoires, et de leur effet pour la défense et la protection de la propriété », dont le prix était 1.500 francs⁷³³. Probablement à défaut d'offres, l'Académie des sciences morales et politiques a relancé ce sujet de concours pour l'année 1847 avant de le proroger jusqu'à l'année suivante⁷³⁴. Sans décerner le grand prix à personne, l'Académie a accordé au mémoire d'ALAUZET une « première mention honorable » avec une médaille de mille francs⁷³⁵. Le résultat final de ce concours étant publié dans le recueil des comptes rendus du second semestre de l'année 1848, nous sommes invité à croire que la décision de récompense a eu lieu quelques mois après la révolution. L'on vivait alors dans la nouvelle république.

Dans l'ambiance politique et sociale de l'époque, ALAUZET s'est déterminé à ajouter à son mémoire couronné un texte que l'Académie n'avait pas pris en compte lors de sa

⁷³³ Sujets de prix et programmes adoptés par l'Académie pour être mis aux concours des années 1846, 1847 et 1848. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1845, 7, p. 413-414. Pour donner une idée sur l'importance du prix, comparons-le avec la rémunération des magistrats. Selon l'art. 5 de l'ordonnance royale du 2 novembre 1846, la plupart des juges de premières instances ne touchait, à l'époque, qu'un traitement annuel de 1.800 francs. Voir *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 46. Paris : Guyot et Scribe, 1846, p. 406.

⁷³⁴ Sujets de prix et programmes adoptés par l'Académie pour être mis aux concours des années 1847, 1848 et 1849. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1846, 9, p. 447. Décisions au sujet des prix proposés pour l'année 1848. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1848, 14, p. 132.

⁷³⁵ Décisions au sujet de prix (1848). p. 132.

délibération. Ce texte, intitulé *introduction sur le droit de propriété* et, apparemment, emballé de son idéologie, a choqué certains lecteurs, parmi lesquels R. DARESTE (1824-1911), avocat, chartiste et recenseur de l'ouvrage couronné sur la *Revue de législation et de jurisprudence*⁷³⁶. Le compte rendu critique de celui-ci a ensuite suscité un échange de feu entre les deux auteurs⁷³⁷. Contentons-nous de souligner les propos dont DARESTE s'est surtout indigné. Selon l'archiviste paléographe, ALAUZET a soutenu dans son introduction polémique que la propriété n'était « pas de droit naturel », n'existait « que par la sanction des lois positives », n'avait d'autre fondement que « l'utilité publique », et pourrait dans certains cas « être absorbée tout entière par l'impôt »⁷³⁸. L'accent mis sur le rapport entre l'impôt et la propriété paraissait particulièrement choquant à DARESTE de sorte qu'il a reproduit dans son compte rendu les phrases suivantes :

Les lois attribuent au fisc, sous le nom d'impôt, une large part du produit de la propriété ; sous le nom de droits de mutation, une large part de la propriété même ; la quotité en a été changée à diverses reprises dans le cours du demi-siècle qui vient de s'écouler ; elle pourra l'être encore si l'intérêt public l'exige⁷³⁹.

Nous n'aborderons pas les autres grands thèmes de l'époque tels que la propriété, le socialisme ou la réforme du régime fiscal, sur lesquels la littérature abonde déjà. Nous n'attirons l'attention du lecteur que vers le rapport immédiat entre la propriété et les droits de mutation, car celui-ci nous ramène à la grande problématique du droit de l'enregistrement dont relève l'affaire de l'arrêt du 23 juin 1857, dans laquelle TROPLONG a fait accepter sa

⁷³⁶ Rodolphe DARESTE. Compte rendu de *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, par Isidore Alauzet, Paris : Imprimerie nationale, 1849, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1849, 3, p. 317-320.

⁷³⁷ Correspondance. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1849, 3, p. 409-410.

⁷³⁸ DARESTE. Compte rendu de l'*Histoire* par Alauzet. p. 317. Voir Isidore ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. iv-v, xvii-xviii, xix. Ce parti pris a, ALAUZET l'a bien dit, été emprunté à E. de VATTEL (1714-1767), juriste suisse. ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. iv-v.

⁷³⁹ ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. xix.

conception de propriété annoncée en 1839⁷⁴⁰. ALAUZET n'était certainement pas le seul juriste de l'époque qui constatait, pour ainsi dire, la longue durée des droits de mutation, « partie purement fiscale » du régime foncier féodal exprimé par une autre maxime, aussi célèbre que celle que nous sommes en train d'étudier, à savoir « nulle terre sans seigneur »⁷⁴¹.

En effet, ALAUZET s'est appuyé à maintes reprises sur des avis de TROPLONG, aussi bien dans l'introduction controversée que dans le reste de l'ouvrage⁷⁴². D'ailleurs, nous sommes également prêt à croire que le soutien de l'académicien avait été décisif, sinon indispensable, pour la récompense décernée au fonctionnaire. Ainsi, ce n'est plus surprenant de voir que l'adhésion d'ALAUZET au système de TROPLONG s'étend jusqu'à l'interprétation sur le fameux adage que celui-ci avait avancée en 1846⁷⁴³. L'un et l'autre souscrivaient à l'enseignement de de Laurière selon lequel, répétons-nous, l'adage « le mort saisit le vif » ne fut inventé qu'à cause de la « haine qu'inspirait le droit féodal », ne devait pas remonter « plus haut que le commencement de la lutte que [le droit féodal] eut à soutenir contre le droit coutumier », et n'avait d'autre justification que celle d'« utilité publique »⁷⁴⁴. ALAUZET était, apparemment, d'accord avec TROPLONG en ce qui concerne la discontinuité du droit germanique ancien en France, la célébration des formalités archaïques devant les nouveaux seigneurs suzerains, et l'instauration de la propriété féodale⁷⁴⁵. Jusqu'ici, rien n'était nouveau. Le mémoire d'ALAUZET, comme beaucoup d'autres textes du même genre, se bornait, sans surprise, à rassembler et à résumer la littérature disponible. Ou bien, d'un autre point de vue, cela montre également combien l'opinion de TROPLONG, qui, quant à elle, valorisait le droit de l'enregistrement, était partagée.

⁷⁴⁰ Voir ci-dessus p. 239 et s.

⁷⁴¹ ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. 91-92.

⁷⁴² Voir *ibid.* p. xii-xiv.

⁷⁴³ Voir *ibid.* p. 79-80.

⁷⁴⁴ *Ibid.* p. 95, 93-94.

⁷⁴⁵ *Ibid.* p. 86-88. Voir aussi ci-dessus p. 363.

Malgré les points en commun avec TROPLONG, le thème imposé par l'Académie a obligé ALAUZET à considérer, à la différence du compte rendu de TROPLONG sur BOUTHORS, la problématique de saisine. Face à l'étude de KLIMRATH, sans doute la plus grande autorité francophone en la matière avant lui⁷⁴⁶, ALAUZET s'est permis d'avancer quelques propos critiques dont le plus important portait sur la subdivision de la notion de saisine qui, rappelons-nous, était venue de W. ALBRECHT à KLIMRATH⁷⁴⁷. Alors que ceux-ci parlaient de la saisine de fait, de la saisine de droit, et ainsi de suite, ALAUZET prétendait qu'il n'y avait qu'une seule saisine, qui était « conférée », avant l'introduction de l'adage « le mort saisit le vif » donnant lieu à une saisine de plein droit⁷⁴⁸. Les deux types de saisine, ne différant l'un de l'autre que par la manière d'en acquérir, partageaient, selon lui, le même nom, et finissaient par s'assimiler complètement, car, disait-il, « c'était le seul moyen d'en faire une arme pour battre en brèche le droit féodal »⁷⁴⁹. ALAUZET soutenait qu'une nouvelle appellation et catégorie de saisine, notamment la « saisine de fait » ou « *saisina facti* », ne s'est ajoutée à ces deux types réunis ou confondus sous un seul nom qu'à une époque plus tardive où « la saisine fut acquise par le seul laps de temps », l'ancienne saisine étant, par opposition, nommée « saisine de droit » ou « *saisina iuris* »⁷⁵⁰. D'après ALAUZET, cette « saisine de fait », qui s'établissait désormais sans l'investiture, « amena comme suite nécessaire la restauration des règles de la prescription, qu'on alla chercher dans les Pandectes »⁷⁵¹. Elle était, en bref, « la possession juridique donnant ouverture à la plainte »⁷⁵². Quant à la « saisine de droit », dont l'adage « le mort saisit le vif » n'était que l'extension du principe préexistant, ALAUZET, l'a interprétée comme « simple envoi en

⁷⁴⁶ Voir ci-dessus p. 254 et s.

⁷⁴⁷ Voir ci-dessus p. 255 et s., et p. 335 et s.

⁷⁴⁸ ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. 96.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ *Ibid.* p. 97.

⁷⁵¹ *Ibid.* p. 99.

⁷⁵² *Ibid.* p. 100. Voir ci-dessous p. 386 et s.

possession de l'ayant droit présumé, sauf tout recours qui restait toujours ouvert », qui « ne pourrait créer un droit qui n'existait pas déjà »⁷⁵³.

Résumons ainsi les prétentions principales de TROPLONG et d'ALAUZET : l'adage « le mort saisit le vif » ne remonterait pas au droit germanique ancien, et ne s'expliquerait par aucun principe général de *Gewere* ou de saisine non plus. Sa justification relèverait plutôt de l'utilité que de telle ou telle grande tradition de droit, car l'on l'aurait invoqué au profit des héritiers en ligne directe, et à l'encontre de l'intérêt des suzerains jusque-là défendu par la règle « nulle terre sans seigneur ». Ayant d'abord exonéré les héritiers en ligne directe du fameux relief, l'adage « le mort saisit le vif » s'est fait ensuite inscrire dans des grands monuments d'histoire du droit français, avant d'être rationalisé par le biais du droit romain.

Section II Absence du mot et du concept de « personne » en droit civil

La conséquence pour nous la plus importante de l'historiographie gallicaniste que nous venons d'étudier est l'absence de « personne », tant comme vocabulaire que comme concept. Malgré les ouvrages de certains sympathisants de la thèse germaniste, il nous semble que l'interprétation gallicaniste de l'adage en question faisait perdurer la terminologie classique : tant en jurisprudence qu'en doctrine, la succession demeurait un « être moral », et le terme « personne » ne paraissait pas courant. Quant à la question de savoir pourquoi et quand cet « être moral » s'est déplacé du plan des personnes à celui des biens comme ce qu'a énoncé l'arrêt de 1857, il faut, à notre avis, chercher les réponses ailleurs.

Cependant, cette observation ne vaut que pour le langage de droit civil. Les publicistes contemporains de TROPLONG et d'ALAUZET, quant à eux, ne devaient, en aucun cas,

⁷⁵³ *Ibid.* p. 91, 100.

ignorer une autre maxime aussi célèbre que celle étudiée jusqu'ici, à savoir « le roi est mort ; vive le roi », qui mérite, tout de même, quelques parenthèses dans le travail présent.

Paragraphe I Indifférence à la doctrine

TROPLONG et ALAUZET ayant été consultés, nous ne croyons pas pouvoir relever la moindre trace du mot et du concept de « personne » dans l'historiographie gallicaniste que les deux auteurs ont illustrée. Celle-ci était destinée, non pas à renverser l'ordre établi, mais à le conserver malgré son enracinement dans le passé condamné. Très attachée au droit de l'enregistrement en vigueur, l'écriture historique examinée plus haut se contente de traiter les aspects historique et patrimonial de l'adage, et renonce à produire des conséquences sur le niveau du droit positif. Il en résulte que même la doctrine civiliste partisane de cette historiographie ne peut tirer de cette historiographie qu'une simple négation de la pure thèse germaniste. Cette conséquence est, évidemment, peu intéressante.

Nous n'avons pas à trancher entre ALAUZET et ses adversaires germanistes, parmi lesquels, son recenseur DARESTE, et, bien sûr, KLIMRATH⁷⁵⁴. Il nous suffit, pour l'instant, de rappeler que les traits principaux de l'interprétation gallicaniste de l'adage « le mort saisit le vif » : celui-ci n'était issu ni de la jurisprudence romaine, ni de la mémoire des vieilles coutumes germaniques, mais, au contraire, forgé aux dépens du pouvoir seigneurial. Se voulant réaliste, cette interprétation n'a pas laissé de marge de manœuvre pour toute conceptualisation éventuelle. En d'autres termes, ni la copropriété de la famille germanique, ni l'*unitas personae* de droit romain ne pouvait y trouver leur raison d'être. Cela revient à dire que la lecture gallicaniste de l'adage n'a, malgré l'influence de TROPLONG en l'occurrence, guère contribué à la nouvelle qualification de la succession vacante. Celle-ci, rappelons-nous,

⁷⁵⁴ Son recenseur lui a notamment reproché de n'avoir parler de la *Gewere* « que pour l'écarter ». Voir DARESTE. Compte rendu de l'*Histoire* par Alauzet. p. 319.

avait été un être moral tenant lieu du défunt ou de l'héritier, et est devenue un « être moral non encore personnifié » depuis l'arrêt de 1857⁷⁵⁵. Il faut, en conséquence, chercher ailleurs l'origine de cette réification, patrimonialisation, ou, pour ainsi dire, « dé-personnification » de la succession, chez SAVIGNY par exemple.

Il est vrai que l'historiographie gallicaniste exemplifiée par TROPLONG et par ALAUZET se préoccupait peu, sinon du tout, de l'embarras de la Cour de cassation relatif aux cas de succession vacante que nous avons étudiés, et que les deux auteurs auraient, sans doute, connu. Cette historiographie se bornait à repousser les thèses germanistes en la matière, et ne s'est pas attribué une mission historique aussi grande que celle de SAVIGNY évoquée dans son très célèbre pamphlet, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*⁷⁵⁶. La différence aux niveaux politique, administratif et législatif entre les deux rives du Rhin dans ces années-là ne doit échapper aux yeux de personne, même pas à KLIMRATH⁷⁵⁷. En France, les controverses sur le droit de l'enregistrement relevaient, à la fois, de l'actualité et de l'histoire. Elles n'attendaient pas, et ne pouvaient pas non plus attendre une nouvelle discipline de l'histoire du droit comme celle fondée en Allemagne, car toutes ces controverses-là ressortaient du fonctionnement réel, concret et quotidien de la Régie de l'enregistrement, qui, elle-même, était une bureaucratie largement tributaire du passé, comme, d'ailleurs, le Code civil. Faute d'intervention de l'histoire du droit, le droit positif ne pouvait que continuer à se servir de la littérature du droit féodal dans la manière que reproduisait le traité de

⁷⁵⁵ Voir ci-dessus p. 239 et s.

⁷⁵⁶ Voir SAVIGNY. *De la vocation...* THIBAUT, SAVIGNY, HATTENHAUER. *Thibaut und Savigny*. p. 95-192. Voir aussi ci-dessus p. 307 et s.

⁷⁵⁷ XIFARAS. *Propriété*. p. 435.

CHAMPIONNIERE et RIGAUD. En d'autres termes, la vieille formule qu'a évoquée L. LAFERRIERE valait toujours : « point de bon domaniste où n'est pas bon feudiste »⁷⁵⁸.

L'on serait tenté de qualifier ce parti pris de « libérale », comme il semblait relever de l'idée de la propriété privée que partageaient TROPLONG et ALAUZET. L'étiquette nous paraît pourtant trop vague et même erronée. En effet, la propriété privée, au moins pour les deux auteurs, a été et devait toujours être conditionnée par le droit fiscal. Sa justification pourrait relever du droit naturel, dans quelque sens que ce soit, et sa disposition pourrait également être réalisée de la manière la plus absolue comme ce que dit l'art. 544 du Code civil. Cette prétention ne nous semble pas fausse, mais ne nous amène pas loin non plus. TROPLONG et ALAUZET étaient probablement, tous les deux, « libéraux », et ils représentaient également une histoire de l'émancipation de la propriété privée. Or cette histoire glorieuse a abouti à une conclusion paradoxale que G. DEMANTE a fait remarquée en 1855⁷⁵⁹. Techniquement, aucune mutation de propriété n'aurait lieu sans paiement d'un frais que certains croyaient, jusqu'en 1857, « inhérent » à toute propriété privée. L'arrêt de 1857 n'a porté aucune modification aux champs d'application du droit de mutation. Il a seulement inventé une nouvelle justification pour lui. Dans ce sens-là, ne vaut-il pas mieux dire que TROPLONG et ALAUZET incarnaient la vision plutôt feudiste et fiscaliste, sinon étatiste, que « libérale » de la propriété privée ?

Faute d'impact sur la doctrine, l'interprétation gallicaniste de notre adage ne pouvait que produire des conséquences négatives pour la littérature civiliste postérieure. En effet, les civilistes partisans de cette historiographie, convaincus de l'originalité de l'histoire anti-féodale de leur patrie, prétendaient, à tort ou à raison, le caractère *sui generis* du Code

⁷⁵⁸ Voir ci-dessus p. 243.

⁷⁵⁹ Voir ci-dessus p. 211.

civil, et prônaient, par conséquent, une méthode d'interprétation propre à cette œuvre monumentale. Reconnaisant la pluralité des références historiques du Code, cette méthode se définissait en prenant leurs autorités pour égales. En d'autres termes, les références historiques-là étaient toutes dignes d'attention, et aucune d'entre elles ne devait prévaloir sur les autres. Qu'il s'agisse de l'éclectisme, du pragmatisme ou d'une simple confusion d'idées, rappelons-nous que cette méthode n'était point nouvelle. Elle n'a fait qu'adapter, pour l'état des choses des années 1850, la célèbre phrase tirée du discours préliminaire du projet de code civil qu'avait prononcé PORTALIS : le Code civil, « transaction entre le droit écrit et les coutumes »⁷⁶⁰, serait également une transaction entre le droit romain, le droit canonique, le droit germanique ancien, le droit féodal et les coutumes. Autrement dit, le germanisme ne devrait, en aucun cas, s'imposer tout seul.

Paragraphe II Confrontation entre de « petits auteurs »

Pendant les années 1850 et 1860, l'adage « le mort saisit le vif » n'a pas connu beaucoup de nouveau développement. Les révolutions de 1848 ont, évidemment, bouleversé les échanges intellectuels et, en particulier, l'agenda des revues scientifiques. En fait, l'on entendait parler moins de l'Ecole germaniste allemande, dont l'actualité avait, jusque-là, été régulièrement suivie en France. Il en était ainsi pour plusieurs raisons. A part des problèmes sur le transport de textes entre l'Allemagne et la France, la participation très active d'un grand nombre de juristes à la vie politique des deux pays nous paraît plus importante. Prenons un exemple. Alors que V. CHAUFFOUR (1819-1889) a présenté, sur la *Revue de législation et de jurisprudence*, les trois premières parties de l'article d'A. RENAUD, la quatrième et dernière partie, quoique publiée en Allemagne, n'en a pas paru en français⁷⁶¹. Le sort de ce

⁷⁶⁰ *Recueil complet (t. 1)* / s. dir. FENET, p. 481.

⁷⁶¹ CHAUFFOUR. « Le mort saisit le vif ». Voir ci-dessus p. 347, notes 659 et 660. Dans le numéro suivant de la revue, celui de janvier-avril 1848 publié après la révolution, CHAUFFOUR a publié le compte rendu d'un traité de MITTERMAIER au lieu de continuer l'article de RENAUD.

dernier texte de RENAUD nous étant inconnu, nous savons pourtant que CHAUFFOUR, nommé professeur suppléant à la faculté de droit de Strasbourg en 1848, a été élu, d'abord, à l'Assemblée constituante en avril de la même année, ensuite, à l'Assemblée législative en 1849 avant de perdre son poste universitaire à cause de son opposition au coup d'Etat de 1851⁷⁶². Du côté allemand, si le Lausannois RENAUD était peu impliqué dans la politique post-révolutionnaire, beaucoup d'autres juristes germanistes l'étaient. Dans le célèbre Parlement de Francfort (*Frankfurter Nationalversammlung*), W. ALBRECHT, G. BESELER, J. GRIMM, C. MITTERMAIER et, pour ne citer qu'eux, G. PHILLIPS étaient tous députés. Ces détails-là s'inscrivaient dans des contextes plus larges dont l'étendue dépasse la portée de notre travail. Il suffit de se rappeler que l'expérience allemande de 1848 a profondément marqué aussi bien l'école romaniste que l'école germaniste. D'une part, l'on s'est rendu compte de l'échec des programmes politiques des romanistes. De l'autre, l'antagonisme entre les deux écoles avant 1848 s'est fait considérablement apaiser⁷⁶³.

Sous-paragraphe I F. Esquirou DE PARIEU

Certes, toute participation politique emportait, à cette époque, toujours des risques, ce que les victimes de l'affaire de « sept de Göttingen » comme ALBRECHT et GRIMM en Allemagne, et, un peu plus tard, CHAUFFOUR en France, devaient connaître mieux que les autres⁷⁶⁴. Il en était autrement pour ceux qui en profitaient. C'était comment, par exemple, F. Esquirou DE PARIEU (1815-1893) a eu l'occasion de se prononcer en matière de saisine et de possession⁷⁶⁵. Investi successivement de plusieurs hautes fonctions publiques sous trois

⁷⁶² Voir Victor, Marie CHAUFFOUR (1819 - 1889). Base de données des députés français depuis 1789, [en ligne] Assemblée nationale. [réf. du 21 septembre 2010]. Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche.asp?num_dept=10499

⁷⁶³ WHITMAN. *The legacy of Roman law*. p. 209-210. Voir aussi ci-dessus p. 307 et s.

⁷⁶⁴ Voir ci-dessus p. 335.

⁷⁶⁵ Marie-Louis-Pierre-Félix Esquirou DE PARIEU fut élu représentant en 1848, ministre de l'instruction publique et du culte en 1849, conseiller d'Etat sous le Second Empire avant de devenir vice-président de la même institution en 1865. Il fut sénateur et conseiller général sous la Troisième République. Voir une synthèse

régimes différents, cet avocat chanceux a pu, d'emblée, publier intégralement ses anciens textes consacrés aux actions possessoires en 1850, ensuite, établir un compte rendu de l'important ouvrage de C. G. BRUNS⁷⁶⁶. La thèse du juriste cantalien nous paraît difficile à classer, parce qu'elle comporte, à la fois, des éléments germanistes et gallicanistes. Pour son recenseur A. RENAUD, l'ouvrage de ce « collaborateur doué » a bien montré que « le fondement du droit français contemporain est essentiellement germanique »⁷⁶⁷. Néanmoins, le professeur de Heidelberg n'a pas manqué de mettre en cause la distinction entre la *Gewere* allemande et la saisine française que prêchait DE PARIEU⁷⁶⁸. Pour le recenseur, le germanisme de l'auteur français n'est pas allé jusqu'au bout.

Alors, finalement, de quel côté était-il DE PARIEU ? Il faut comprendre cette ambiguïté qui, à notre avis, s'inscrivait dans l'opposition entre les courants germaniste et gallicaniste de ces années-là. Même si RENAUD a fait remarquer que DE PARIEU était l'un des adhérents minoritaires de la thèse germaniste, il s'agissait d'une version plus modérée que celle soutenue par les Germanophones. Cela se laisse, précisément, entrevoir en ce qui concerne notre adage « le mort saisit le vif ». En effet, DE PARIEU a, en général, souscrit à l'interprétation que TROPLONG a émise en 1839⁷⁶⁹. Le député était, d'une part, d'accord sur le fait que l'enjeu fiscal était au cœur de la question soulevée par l'adage⁷⁷⁰, et, de l'autre, conscient du fait que les citations romaines qui soutenaient l'adage dans les Etablissements de

de ses données biographiques sur le site du Sénat : *de PARIEU Marie*. Anciens sénateurs IIIème République [en ligne]. [réf. du 22 septembre 2010]. Disponible sur : http://www.senat.fr/senateur-3eme-republique/de_parieu_marie0358r3.html

⁷⁶⁶ Voir BRUNS. *Das Recht des Besitzes*. Félix Esquiou DE PARIEU. *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*. Paris : Joubert, 1850. Félix Esquiou DE PARIEU. *Compte rendu du Droit de la possession dans le Moyen Âge et le temps présent*, par Charles-Georges Bruns, Tübingen : Laupp, 1848, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1851, 2, p. 175-180. Voir aussi ci-dessus p. 672-674.

⁷⁶⁷ Achilles RENAUD. *Die Besitzklagen nach französischem Recht*. *Compte rendu des Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, par F. Esquiou de Parieu, Paris : Joubert, 1850, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1853, 25, p. 306-307.

⁷⁶⁸ *Ibid.* p. 323.

⁷⁶⁹ PARIEU. *Etudes historiques et critiques*. p. 74. Voir aussi ci-dessus p. 262.

⁷⁷⁰ *Ibid.* p. 73-74.

Saint Louis ne furent ajoutées que « pour les habitudes du temps »⁷⁷¹. Il partageait l'opinion de TROPLONG et d'ALAUZET dans la mesure où il justifiait les coutumes par l'utilité, ou par des « besoins sociaux » selon ses propres termes⁷⁷². Cependant, il n'a pas hésité à mentionner, prudemment, il est vrai, les « traditions du vieux droit germanique » à côté de l'argument de TROPLONG⁷⁷³. Par rapport à sa position vis-à-vis de notre adage, DE PARIEU s'est montré plus explicitement germaniste ailleurs. Il a, en effet, critiqué LAFERRIERE en s'appuyant sur TACITE, à propos des « instincts guerriers des peuplades germaniques », et de la loi salique, à laquelle il attribuait l'origine de la possession annale⁷⁷⁴. Malgré tout cela, ce lecteur français d'ALBRECHT s'est élevé non seulement contre KLIMRATH le grand germanophile, mais également contre RENAUD, et, un peu plus tard, contre BRUNS⁷⁷⁵. DE PARIEU est allé jusqu'à déplorer, dans son compte rendu, le fait que BRUNS avait traité les origines du droit de possession français « sous point de vue trop germanique »⁷⁷⁶.

Sous-paragraphe II J. SIMONNET

Parallèlement à l'ouvrage précité d'ALAUZET, une autre monographie non moins germaniste a vu le jour, notamment le mémoire de J. SIMONNET (1824-1875). Celui-ci a été reçu docteur en droit à la faculté de Paris juste avant la révolution de 1848, et remporté le prix du concours de l'année 1848-1849 ouvert par la faculté de droit de Paris⁷⁷⁷. Consacré au

⁷⁷¹ *Ibid.* p. 74.

⁷⁷² Voir *ibid.* p. 52-53.

⁷⁷³ *Ibid.* p. 74.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 42-43, 45-46, 50, 54.

⁷⁷⁵ Voir *ibid.* p. 65, 74 note 63, 78-80.

⁷⁷⁶ PARIEU. Compte rendu du *Droit de la possession* de Bruns, p. 176. Voir aussi PARIEU. *Etudes historiques et critiques*. p. 79.

⁷⁷⁷ Jules SIMONNET. *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions de biens par décès*. Paris : Durand, 1851. Gabriel-Henry-Jules SIMONNET est né à Vassy (Yonne) dans une famille de magistrats, et mort à Dijon. Ayant fait ses études de droit à Paris, il est devenu avocat en 1840, magistrat en 1851 grâce à son livre et monté jusqu'à la fonction de conseiller à la Cour de Dijon. Il a d'ailleurs été membre et puis président de l'Académie de Dijon, et officier d'instruction publique. Voir FONTAINE DE RESBECQ, *Notice*. p. 103, J. R.

thème de « saisine héréditaire », son ouvrage devait nécessairement envisager l'adage « le mort saisit le vif », et son positionnement historiographique nous intéresse. Il est intéressant de nous reporter, d'abord, sur l'intention de l'organisatrice du concours. La faculté avait, en effet, imposé une bibliographie obligatoire. Dans celle-ci, les auteurs les plus incontournables pour entrer dans un champ de recherche que « l'Allemagne semble revendiquer comme son domaine », étaient, selon la faculté, KLIMRATH du côté français, et ALBRECHT, EICHHORN et MITTERMAIER du côté allemand⁷⁷⁸. Un peu plus loin, les noms de CHAUFFOUR, de RENAUD et d'ALAUZET, pour ne citer qu'eux, ont été mentionnés⁷⁷⁹. Apparemment, c'était une bibliographie germaniste en bonne et due forme. Ainsi orienté, l'objectif de SIMONNET consistait à démontrer que le mot de saisine était « français par excellence », que la saisine comme institution était d'origine germanique et avait été combinée avec le droit des successions romain, et, enfin, que la jurisprudence et les coutumes avaient coordonné les deux dans l'héritage qu'elles avaient laissé au Code civil⁷⁸⁰.

Cela étant, nous ne sommes point surpris d'entendre parler des éléments constitutifs de l'interprétation germanique de notre adage. L'auteur bourguignon a effectivement mis en avant la copropriété de la famille germanique⁷⁸¹, la solidarité familiale en matière de *Wehrgeld*⁷⁸², la confusion de la garde et de la tutelle⁷⁸³, l'institution de *Gewere* fondée sur l'idée de garantie et de défense⁷⁸⁴, et, enfin, la propriété germanique⁷⁸⁵. Ces éléments-là reposaient, chez SIMONNET, sur sa définition préalable de la « succession », qui, nous

Nécrologie. *Journal de la Société d'archéologie et du comité du Musée lorrain*, 1875, 24, p. 221. Nous rappelons qu'il a traduit une biographie de DONEAU rédigée en latin. Voir ci-dessus p. 41, note 82.

⁷⁷⁸ SIMONNET. *Histoire et théorie*. p. vii.

⁷⁷⁹ *Ibid.* p. viii.

⁷⁸⁰ *Ibid.* p. x, 4.

⁷⁸¹ *Ibid.* p. x-xi, 34-35.

⁷⁸² *Ibid.* p. 35-38. Voir aussi ci-dessus p. 347.

⁷⁸³ *Ibid.* p. 38-40, 42-43.

⁷⁸⁴ *Ibid.* p. xii, 5, 48.

⁷⁸⁵ *Ibid.* p. 43-44.

semble-t-il, relevait du droit romain. Il s'agissait, disait-il, de « la transmission de la personnalité juridique du défunt », faute de laquelle « son patrimoine resterait vacant si la loi civile n'appelait pas une personne vivante à prendre sa place »⁷⁸⁶. Evidemment, il ne parlait pas dans le sens moderne de la « personnalité juridique », dont chaque individu est doté, car celle-ci ne saurait se transmettre d'un individu à un autre. SIMONNET parlait, au contraire, de l'idée classique, qui était une catégorie dans laquelle les individus pourraient entrer, et qui allait dans le même sens que la *persona* dans le terme *unitas personae* que REYSCHER a emprunté au droit romain de JUSTINIEN.

Ainsi, la thèse de continuité se heurtait inévitablement à celle de rupture que TROPLONG défendait. Face à ce qu'il appelait « opinion générale » d'après laquelle « le mort saisit le vif » fut invoqué « en haine du régime féodal »⁷⁸⁷, SIMONNET a choisi de mettre l'accent sur la portée limitée de l'adage aux XIII^e et XIV^e siècle, ce que, rappelons-nous, les gallicanistes majoritaires admettaient également⁷⁸⁸. En effet, le jeune docteur croyait que « la saisine héréditaire s'est perpétuée depuis le droit germanique, à travers le chaos des siècles de formation, jusqu'aux coutumes »⁷⁸⁹. Il s'est appuyé sur l'opposition entre le droit commun contenu dans les lois barbares et le droit féodal, qui, pour lui, était postérieur au premier, et de nature « contractuelle et arbitraire »⁷⁹⁰. Voici une autre caractéristique du germanisme historiographique : ce dualisme du « *Lehnrecht* » (droit des fiefs) et du « *Landrecht* » (droit général du pays), selon M. BLOCH, n'existait que pour l'Allemagne, et pas pour la France, car, là-bas, le droit féodal fut, dit-il, « conçu de bonne heure sous les espèces d'un système à part, dont les règles, applicables seulement à certaines

⁷⁸⁶ *Ibid.* p. 1.

⁷⁸⁷ *Ibid.* p. 67.

⁷⁸⁸ *Ibid.* p. 68-69.

⁷⁸⁹ *Ibid.* p. 73.

⁷⁹⁰ *Ibid.* p. 74.

terres ou à certaines personnes, ressortissaient à des tribunaux spéciaux »⁷⁹¹. Quoiqu'il en soit, SIMONNET était persuadé que le droit commun a réussi à vaincre le droit féodal en lui faisant accepter l'adage « le mort saisit le vif » au XI^e siècle, une époque où la féodalité était encore en pleine vigueur⁷⁹².

Sous-paragraphe III J.-B.-A. HUREAUX

L'ouvrage de SIMONNET était, à notre connaissance, le dernier coup des germanistes français en matières de saisine et de possession sous le Second Empire. Il a fallu attendre jusqu'en 1870 pour que l'article de H. THIERCELIN, qui nous est peu significative, soit publié⁷⁹³. Quant à la majorité gallicaniste, son indifférence à la doctrine a laissé quelques traces sur le discours postérieur en matières des successions que nous pouvons relever dans les écrits d'un magistrat de province, J.-B.-A. HUREAUX (1809-1874)⁷⁹⁴. Faisons attention à sa définition de succession ou d'hérédité et à sa formulation de saisine. Dans son *Traité de droit de succession*, ouvrage réunissant ses articles antérieurs, il s'est donné comme point de départ une notion d'apparence romaniste. L'hérédité était, à ses yeux, une « universalité juridique », un « être de raison qui existe indépendamment de son importance pécuniaire », une « chose incorporelle », ou bien, comme l'on disait traditionnellement, un « être moral », même, au sens de SAVIGNY, une « personne morale »⁷⁹⁵. La raison pour laquelle HUREAUX a ainsi défini l'hérédité au prix de « faire apparaître un fantôme » était, précisait-il, l'utilité que présentait telle définition aux cas d'acceptation sous bénéfice

⁷⁹¹ BLOCH. *La société féodale*. p. 257.

⁷⁹² *Ibid.* p. 75-76.

⁷⁹³ Voir Henri THIERCELIN. De la saisine coutumière. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, 37, p. 80-94.

⁷⁹⁴ Il a été juge, vice-président et président au tribunal de Charleville. Voir Chronique. *Polybiblion. Revue bibliographique universelle*, 1874, 11, p. 341.

⁷⁹⁵ Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. Notion de l'hérédité et de la saisine des héritiers légitimes. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, 8, p. 317, 318, 337, 338. Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 1. Paris : Marescq, 1868, p. 219, 220, 254, 256.

d'inventaire et de succession vacante, qu'il appelait « régimes collectifs »⁷⁹⁶. Il a laissé entendre qu'il fallait, dans ces dernières situations, combler une « lacune entre la personne du défunt et celle de ses héritiers » qui n'aurait pas lieu en cas de saisine de plein droit⁷⁹⁷.

Quant à la saisine, HUREAUX s'est concentré sur la saisine définie par ce qu'il appelait « l'école d'association », dont faisaient partie plusieurs grands jurisconsultes français des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècle⁷⁹⁸. Cette école d'association avait, selon lui, enseigné que la saisine était l'« idée d'une *investiture*, d'un acte *de tradition* ou de *translation de la possession* », qui devait être « *indifférente* à la question de la représentation juridique *de la personne* du défunt, sous le rapport du paiement des dettes héréditaires, *etiam ultra vires* »⁷⁹⁹. En effet, il a attribué la notion de saisine de cette école à DOMAT, LEBRUN et POTHIER, qui, selon lui, avaient poursuivi la tradition qui allait d'A. TIRAQUEAU (1488-1558) à LOYSEAU en passant par DUMOULIN⁸⁰⁰. Cette saisine serait, d'après lui, « un mélange » des règles coutumières et romaines qui était, en même temps, « plus rationnel » que les deux grandes traditions⁸⁰¹. Rejetant les ouvrages avant le XVI^e siècle, il ne semblait intéressé ni par l'idée de tutelle ou de garde, ni par la copropriété germanique, ni par la solidarité de la famille,

⁷⁹⁶ Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 320. Il n'a mis en évidence les champs d'application de sa définition qu'en édition de 1868 : Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 1. Paris : Marescq, 1868, p. 225. Il convient de noter que le terme « régimes collectifs » était rare dans la littérature civiliste. HUREAUX nous semble l'auteur qui l'a le plus souvent employé. Cela devait être la forme abrégée de « régime de séparation collective des patrimoines » qui se trouve par exemple chez J.-B.-H. BLONDEAU. Voir Félix BERRIAT-SAINT-PRIX. *Compte rendu du Traité de la séparation des patrimoines, considérée spécialement à l'égard des immeubles*, par J.-B.-H. Blondeau. Paris : Videcoq, 1840, *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 232. Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. Etude historique et critique sur la séparation des patrimoines. *Revue de droit français et étranger*, 1846, 3, p. 527, 529. Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 2. Paris : Marescq, 1868, p. 350.

⁷⁹⁷ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 320. Au lieu de « celle de ses héritiers », il a mis « celle de son héritier » en 1868. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 224.

⁷⁹⁸ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 331-332. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 235, 246-247.

⁷⁹⁹ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 325. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 235. La mise en italique est de lui. Sachez qu'il n'a pas encore donné la seconde remarque en 1856. Il nous semblait avoir faire une synthèse des avis de plusieurs grands professeurs de son siècle. Voir HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 235, note 232.

⁸⁰⁰ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 333, 335. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 237, 250, 251. Notons qu'il a ajouté le nom de D'AGUESSEAU à l'édition postérieure.

⁸⁰¹ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 340. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 259.

ni par le « système si curieux des différentes saisines que KLIMRATH nous a enseigné »⁸⁰². Son rejet ne nous paraissait pas issu de l'ignorance, parce qu'il était non seulement au courant des textes de DE PARIEU et de SIMONNET, mais les jugeait favorables⁸⁰³. Ce qu'il envisageait, c'était de rendre au Moyen Âge ce qui était vraiment de cette période, autrement dit, d'enfermer les arguments germanistes dans les périodes qu'ils concernaient, ou bien, tout simplement, de les historiciser. En même temps, ce que TROPLONG et ALAUZET avaient écrit à propos de l'émancipation de la propriété privée ne semblait pas l'intéresser non plus.

Le magistrat vétérinaire a fermement pris une position progressiste à l'égard des références d'histoire du droit. A ses yeux, le Code civil contenait, au moins dans le domaine des successions, de meilleures solutions que les grands monuments auxquels il n'était que « subsidiaire »⁸⁰⁴. En ce qui concerne le droit romain, le juge de Charleville a bien dit que celui-ci n'était qu'« un moyen d'élucider nos Codes », malgré ses nombreuses citations du *Corpus iuris civilis*⁸⁰⁵. Il a, comme ce que MERLIN de Douai avait fait pour la décision importante du 9 prairial an XII (29 mai 1804) de la Cour de cassation (ci-dessus arrêt n° 3), fait référence explicite à la catégorie d'hérédité jacente⁸⁰⁶. En même temps, HUREAUX a suivi MERLIN en mettant le droit romain à distance. L'un et l'autre ont revendiqué le droit romain avec des réserves. Tandis que MERLIN avait pour but de rationaliser une règle indéniablement féodale, HUREAUX semblait vouloir défendre la supériorité du Code civil par rapport aux droits anciens. En particulier, il n'a pas hésité à mettre en cause les deux écoles historiques allemandes. D'une part, il a salué les dispositions du Code civil sur la

⁸⁰² HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 331. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 245-246.

⁸⁰³ HUREAUX a loué le livre de SIMONNET comme un « travail de Bénédictin ». HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 332. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 244.

⁸⁰⁴ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 320. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 224.

⁸⁰⁵ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 320. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 223. Il a écrit « éclairer les origines de nos Codes » pour l'édition de 1868.

⁸⁰⁶ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 319, 337-338. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 222, 254-256. Voir ci-dessus 225 et s.

saisine héréditaire aux dépens du régime d'héritier sien (*suus heres*) du droit romain que soutenait SAVIGNY⁸⁰⁷. De l'autre, il a longuement dénoncé le germanisme ainsi que ses sympathisants français :

... Quoiqu'il en soit, il ne faut pas croire que les travaux modernes tiennent lieu de la lecture de ces auteurs, et nous avons été étonné de voir M. Edouard LABOULAYE écrire que la découverte des nouveaux textes avait rendu presque inutiles les travaux de nos anciens jurisconsultes [...] Sans doute, la science a fait depuis quarante ans des progrès indéniables ; mais il n'est pas moins vrai que les ouvrages d'outre-Rhin tant vantés en France, sont trop souvent d'une sécheresse nébuleuse et fatigante, et qu'en réalité, nos grands maîtres du XVI^e siècle [...] peuvent en revendiquer leur bonne part⁸⁰⁸.

Ce qui nous paraît intéressant, c'est que le « grand maître du XVI^e siècle » par excellence du point de vue de HUREAUX est, justement, DONEAU, l'un des auteurs préférés de SAVIGNY. La position gallicaniste, sinon nationaliste, de HUREAUX a été clairement exprimée lorsqu'il a décrit DONEAU comme « chef incontestable et incontesté de l'école dogmatique », qui « est allé, à la honte de sa patrie, porter à l'étranger la méthode qui a immortalisé son nom, et qui, depuis, a fait faire tant de progrès à la science »⁸⁰⁹. Il est vrai que le magistrat s'est écarté de TROPLONG et d'ALAUZET en s'appuyant, à propos de l'origine germanique de la saisine héréditaire de plein droit, sur HEINECCIUS⁸¹⁰. Or HUREAUX cherchait, malgré cette concession, toujours à honorer, pour ainsi dire, l'origine française du renom des intellectuels allemands, qui, d'ailleurs, ne l'auraient, selon lui, pas mérité.

⁸⁰⁷ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 340, note 342. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 259, note 252. Il a écrit « nous croyons le droit français supérieur au droit romain sous ce rapport » en 1856, et « nous croyons le droit français bien supérieur au droit romain, au cas particulier » en 1868. HUREAUX a fait référence à l'occurrence où SAVIGNY avait pris notre adage, tel que TIRAQUEAU interpréta, comme un des exemples des législations modernes contredisant le droit romain. Voir Friedrich Carl von SAVIGNY. *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*. 6e éd. Giessen : Heyer, 1837, p. 377, note 372. Friedrich Carl von SAVIGNY. *Traité de la possession en droit romain*, tr. par Charles FAIVRE D'AUDELANGE. Paris : Delamotte, 1841, p. 354, note 353. Sur l'héritier sien, voir Yan THOMAS. L'enfant à naître et l'« héritier sien ». *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007, 62, n° 1, p. 29-68.

⁸⁰⁸ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 333-334, note 331. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 248, note 241.

⁸⁰⁹ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 333, note 331. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 248, note 241.

⁸¹⁰ HUREAUX. Notion de l'hérédité. p. 330-331. HUREAUX. *Traité (t. 1)*. p. 244-245.

Bien que HUREAUX ait rédigé la partie essentielle de son traité en 1856, sa formulation d'hérédité nous paraît représentative pour le langage civiliste, au moins pour celui des magistrats et des praticiens, des années 1850 et 1860. Cette formulation a vu le jour à un moment critique. D'un côté, la traduction française du *System* de SAVIGNY venait d'être publiée, et la Cour d'appel de Paris avait rendu l'arrêt du 13 mars 1855, dans lequel elle considérait l'Etat comme le « propriétaire primitif » de toutes les propriétés privées⁸¹¹. De l'autre, l'on attendait encore l'arrêt du 23 juin 1857 de la Cour de cassation, qui, en cassant celui de 1855 et, du même coup, renversant la solution établie par MERLIN, a déclaré que l'hérédité était un « être moral non encore personnifié dans un héritier connu »⁸¹².

HUREAUX n'était pas le premier à nommer la succession ou l'hérédité « être moral ». C'était courant dans la littérature civiliste⁸¹³. Or le magistrat s'est fait distinguer des autres auteurs par deux choses. D'une part, il a mis en avant la nécessité de faire de l'hérédité la « tête » qui « supporterait » tout ce que le défunt a délaissé. De l'autre, il est allé plus loin que les autres en ajoutant à cet être moral la qualité de raison. Cette qualité supplémentaire faisait, nous semble-t-il, allusion à la définition théologique de « personne » dont nous avons parlé plus haut⁸¹⁴. Néanmoins, HUREAUX n'avait, à la différence de la doctrine allemande, aucune intention de faire surgir une « personne » juridique ou morale de la jurisprudence romaine en matière d'hérédité jacente. En effet, il a bien dit que l'hérédité était également une « chose

⁸¹¹ Voir ci-dessus p. 239, note 384, et p. 245, note 391.

⁸¹² Voir ci-dessus p. 237 et s.

⁸¹³ Les grands auteurs parlaient à des occasions précises de la succession comme « être moral » sans y attacher aucune qualité. Voir par exemple Charles DEMOLOMBE. *Traité des successions*. 1^{er} éd. 5 tomes, t. 3. Paris : Durand, 1859, p. 363. Alexandre DURANTON. *Cours de droit français suivant le Code civil*. 4^e éd. 22 tomes, t. 1. Paris : Thorel, 1844, p. 305. Victor-Napoléon MARCADE. *Eléments du droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du code civil*. 3^e éd. 3 tomes, t. 1. Paris : Cotillon, 1847, p. 261. Victor-Napoléon MARCADE. *Explication du tit. XX., liv. III du Code Napoléon*. Paris : Cotillon, 1854, p. 164. Raymond-Théodore TROPLONG. *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*. 5^e éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Hingray, 1856, p. 442. Raymond-Théodore TROPLONG. *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*. 4^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1857, p. 422. Pas de changement dans les éditions antérieures des ouvrages consultés.

⁸¹⁴ Voir ci-dessus p. 100 et s.

incorporelle ». En revanche, à la différence de l'arrêt de 1857, cette chose incorporelle n'était point passive non plus, car elle était susceptible de personnification. Parlant effectivement le même langage juridique que MERLIN, HUREAUX employait couramment les termes « personne du défunt » et « personne de l'héritier », et rappelait son lecteur que l'hérédité pouvait être « personnifiée »⁸¹⁵. Même si HUREAUX n'a, dans ses textes, donné aucune définition générale de « la personne », nous nous permettons de présumer sa méfiance envers la doctrine de SAVIGNY dont la version française était largement diffusée à partir de 1855.

Quand H. THIERCELIN, longtemps co-rédacteur du répertoire Dalloz, a écrit en 1870 qu'« à certains égards », le travail de KLIMRATH consacré à la saisine ne laissait « rien à dire après soi »⁸¹⁶ – phrase que HEUSLER a citée dans l'avant-propos de son propre ouvrage sur *Gewere*⁸¹⁷ – c'était, probablement à son insu, la fin des entreprises scientifiques de la génération pré-1870 en cette matière. Même si THIERCELIN avait pour but de compléter et de corriger la doctrine de KLIMRATH, son article bref n'était en mesure de contester ni le fond germaniste qui constituait l'arrière-plan de KLIMRATH, ni les références allemandes de l'auteur alsacien. La problématique de *Gewere*, de saisine et d'investiture allait continuer à se développer, après 1870, sous l'emprise de la littérature allemande, avant de connaître des interventions venant, d'une part, du renouvellement des études historiques en France, et, de l'autre, des études canonistes⁸¹⁸.

Paragraphe III Deux particularités françaises

Les deux courants historiographiques que nous étudions jusqu'ici, notamment le germanisme, d'un côté, et, de l'autre, le gallicanisme à notre sens, ne se sont pas constamment

⁸¹⁵ Voir, à propos de l'action en partage : Jean-Baptiste-Auguste HUREAUX. *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 3. Paris : Marescq, 1868, p. 478.

⁸¹⁶ THIERCELIN. De la saisine coutumière. p. 80.

⁸¹⁷ HEUSLER. *Die Gewere*. p. vi.

⁸¹⁸ Voir par exemple Ernest CHAMPEAUX. *Essai sur le vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*. Paris : A. Fontemoing, 1898.

opposés l'un à l'autre. Il nous semble que, de bonne heure, certains des gallicanistes ont, à côté des deux itinéraires connus, battu le sentier pour une troisième voie, qui était le droit canonique. En outre, nous devons également rappeler, pour conclure notre parcours sur l'adage « le mort saisit le vif », sa dimension de droit public représentée par deux autres maximes, elles aussi très françaises, à savoir « le roi ne meurt jamais », ou « le roi est mort ; vive le roi ».

Sous-paragraphe I Saisine, Gewere et le droit canonique

En ce qui concerne l'histoire du droit français des XIX^e et XX^e siècles, le droit canonique n'occupe, dans la littérature moderne, qu'un terrain borné⁸¹⁹. Si l'historiographie gallicaniste du droit que LAFERRIERE exemplifiait avait prêté l'attention à ce domaine-là, le droit canonique ne servait, chez lui, qu'à civiliser les Français barbares et à les préparer à la législation royale postérieure⁸²⁰. Autrement dit, LAFERRIERE ne se rendait pas encore compte de la continuité du droit canonique en droit positif de son temps. Or il nous paraît important de signaler que le gallicanisme historiographique a, sans faire recours à la littérature allemande, perçu l'importance du droit canonique lorsqu'elle s'attaquait à la saisine, et, plus globalement, aux actions possessoires. Faute de rapport direct avec la recherche présente sur le mot « personne », nous nous contenterons ici d'esquisser rapidement cet épisode.

Alors que l'ouvrage monumental d'ALBRECHT se servait des droits coutumiers spéciaux des Etats allemands, les auteurs français intéressés par les actions possessoires devaient se rendre compte de l'art. 23 du Code de procédure civile de 1806. « Les actions possessoires », dit le code, « ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible,

⁸¹⁹ Pour une contribution récente, voir Jean-Paul DURAND. Code civil et droit canonique. *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2003, 4, n° 107, p. 59-79.

⁸²⁰ Voir ci-dessus p. 252, note 412.

par eux ou les leurs, à titre non précaire »⁸²¹. L'un des rédacteurs de ce texte, en commentant l'article, a divisé ces actions en trois types : la complainte, la réintégrande, et la dénonciation du nouvel œuvre⁸²². L'on disait que la disposition précitée remontait à l'ordonnance de 1667 et à la Coutume de Paris, et qu'elle exigeait, pour former une action possessoire recevable, la « possession d'an et jour » ou « possession annale » de l'objet en question⁸²³. Cette possession annale était nommée « saisine »⁸²⁴. L'on était généralement d'accord sur le fait que cette saisine était un droit ou un titre donnant ouverture à des recours judiciaires, même si, à la rigueur, elle n'était pas nécessairement fondée sur un droit de propriété dûment justifié⁸²⁵.

Cependant, il faut préciser que les trois espèces d'action ne supposent pas toutes la saisine au sens de possession annale. Celle-ci n'est nécessaire que pour la complainte, d'une part, et, de l'autre, que pour la dénonciation de nouvel œuvre, qui est en dehors de nos propos. Malgré les termes généraux de l'art. 23 précité, il nous paraît que l'action en réintégrande, aussi bien dans l'ordonnance de 1667 que dans le code de procédure civile de 1806, serait recevable même sans possession annale préalable⁸²⁶. Au moins, c'était la solution retenue par

⁸²¹ Actuellement l'art. 1264 du même code.

⁸²² Eustache Nicolas PIGEAU. *Commentaire sur le code de procédure civile*. 2 tomes, t. 1. Paris : Brière, 1827, p. 43. L'auteur (1750-1818) était également le premier titulaire de la chaire de procédure civile à la faculté de Paris depuis 1805 jusqu'à sa mort. Le commentaire posthume dont nous nous servons était revu par F.-F. PONCELET et P. LUCAS-CHAMPIONNIERE.

⁸²³ Par exemple, Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER. *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 13 tomes, t. 11. Paris : Warée, 1823, p. 138-140, n° 129. Sachez que deux éditions de 1823 par la même maison de Warée sont disponibles. Consultez p. 170-172 dans l'autre.

⁸²⁴ POTHIER. *Œuvres de Pothier* (t. 10). p. 308, n° 385. TOULLIER. *Droit civil français* (2^e éd., t. 11). p. 135-136, n° 125-126.

⁸²⁵ POTHIER. *Œuvres de Pothier* (t. 10). p. 307-308, n° 384. TOULLIER parlait même du « droit de saisine ». TOULLIER. *Droit civil français* (2^e éd., t. 11). p. 136, n° 127.

⁸²⁶ *Dictionnaire de procédure civile et commerciale* / s. dir. Charles Jules Armand BIOCHE, Charles GOUJET. 5 tomes, t. 1. Paris: Videcoq, 1834, p. 125-126, n° 119. *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative* / s. dir. Désiré DALLOZ. 12 tomes, t. 1. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1824, p. 231. François-Xavier-Paul GARNIER. *Régime des eaux*. 3^e éd. 4 tomes, t. 2. Paris: s.n., 1839, p. 258-260. Pierre-Paul-Nicolas HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires du président Henrion de Pansey*. Paris : Dussillon, 1843, p. 149. PIGEAU. *Commentaire*. p. 49. Les propos de GARNIER ont également été intégrés dans son *Traité des actions possessoires*, ouvrage de plusieurs rééditions en 1833, 1847, 1853, etc. Dans le sens contraire : Guillaume-Louis-Julien CARRE. *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des cours sur le Code de procédure civile*. 2 tomes, t. 1. Rennes : Danelle, 1811, p. 28, n° 68. TOULLIER. *Droit civil français* (2^e éd., t. 11). p. 138-140, n° 129. Philippe-Antoine MERLIN. *Recueil alphabétique des questions de droit* 4^e éd. 8 tomes, t. 4. Paris : Garnery, 1828, p. 239-242.

la Cour de cassation, surtout par HENRION DE PANSEY lui-même : en tant que président de la section des requêtes de la Cour de cassation, il a rendu avec ses collègues l'arrêt du 28 décembre 1826 qui a rejeté le pourvoi accompagné d'une consultation signée de TOULLIER et de deux autres juristes renommés de Rennes⁸²⁷. En fondant la réintégrande sur la fonction de maintenir la paix publique, la décision l'a qualifiée d'action possessoire extraordinaire et, par conséquent, l'a estimée recevable sans possession annale⁸²⁸. L'on expliquait cette différence par les natures respectives des deux actions : la complainte, appelée « complainte en cas de saisine et de nouvelleté » par la fameuse ordonnance et par la coutume de Paris, était destinée à protéger le possesseur contre les troubles désigné par le mot « nouvelleté »⁸²⁹. En revanche, l'action en réintégrande, jadis nommée complainte « pour force » ou « pour dessaisine », était accordée à celui qui était « dépouillé » ou « dépossédé » par voie de fait ou violence⁸³⁰. Son objectif était, disait-on en invoquant BEAUMANOIR, d'éviter le cercle vicieux de « mouvement de haine et de mortelle guerre » entre les possesseurs et les dépossesseurs⁸³¹. Autrement dit, la réintégrande aurait pour effet, non pas de statuer définitivement sur l'appartenance de l'objet disputé, mais de restaurer seulement l'état antérieur à la violence ou la voie de fait. En conséquence, une possession d'un jour, comme le disait PIGEAU, ou, plus radicalement encore, une « simple détention naturelle au moment de la violence ou voie de fait », comme le disait l'arrêt de 1826, suffirait pour intenter une action en réintégrande⁸³². A cet effet, l'on faisait recours à la maxime citée par les Etablissements de

L'on nous a également rapporté les échanges entre TOULLIER et DALLOZ suscités par le soutien de l'avis de HENRION DE PANSEY par celui-ci. *Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* / s. dir. Désiré DALLOZ, Charles Vacher de TOURNEMINE. Paris : Bureau de jurisprudence générale, 1827, p. 106-107, note 1.

⁸²⁷ Notamment G.-L.-J. CARRE (1777-1832), professeur à la faculté de Rennes, et F.-M. GAILLARD DE KERBERTIN (1789-1845), avocat et élève de TOULLIER.

⁸²⁸ *Recueil périodique Dalloz (1827)* / s. dir. DALLOZ, TOURNEMINE, p. 107.

⁸²⁹ HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires*. p. 109. POTHIER. *Œuvres de Pothier (t. 10)*. p. 308, n° 385.

⁸³⁰ HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires*. p. 149. PIGEAU. *Commentaire*. p. 48. POTHIER. *Œuvres de Pothier (t. 10)*. p. 317, n° 106.

⁸³¹ HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires*. p. 149.

⁸³² *Recueil périodique Dalloz (1827)* / s. dir. DALLOZ, TOURNEMINE, p. 107. PIGEAU. *Commentaire*. p. 49.

Saint Louis et aussi par l'arrêt de 1826 : *Spoliatus ante omnia restituendus*. L'on devrait, d'après la maxime, faire restitution à ceux qui ont été dépouillés avant toutes les choses⁸³³.

Résumons ainsi le débat doctrinal précédent : tandis que HENRION DE PANSEY et la chambre des requêtes présidée par lui insistait, d'une part, sur la continuité entre les législations ancienne et moderne, et, de l'autre, sur la particularité de la réintégrande par rapport à la complainte, ses opposants mettaient l'accent sur, d'un côté, la portée générale de la possession annale à l'égard de toutes les espèces d'action possessoire, et, de l'autre, sur l'abrogation des anciennes lois et coutumes par l'art. 1041 du code de 1806. Sur le plan législatif, la question a été réglée par la loi de 25 mai 1838 sur les justices de paix. Elle a soutenu HENRION DE PANSEY en mettant la réintégrande et les deux autres types d'actions sous la rubrique d'actions possessoires⁸³⁴.

Quant à l'origine des actions possessoires, les lecteurs de POTHIER suivaient le jurisconsulte en remontant jusqu'à certains interdits de droit romain⁸³⁵. D'un autre côté, HENRION DE PANSEY a, dans son célèbre ouvrage consacré à la compétence des juges de paix (1805), mis en cause ce lieu commun en prétendant que les actions possessoires du code de procédure civile découlaient de la loi salique, et sont arrivées à son époque en parcourant les grands monuments du droit français⁸³⁶. Autrement dit, ces actions-là seraient d'origine germanique, ou plus précisément, franque. Le magistrat s'appuyait, non pas sur quelque ouvrage allemand, mais sur C. DUPLESSIS, auteur du XVII^e siècle. Néanmoins, l'autorité du

⁸³³ *Recueil périodique Dalloz (1827)* / s. dir. DALLOZ, TOURNEMINE, p. 107. PIGEAU. *Commentaire*. p. 49.

⁸³⁴ Art. 6, para. 1. Voir *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 38. Paris : Bousquet, 1839, p. 354.

⁸³⁵ POTHIER. *Œuvres de Pothier (t. 10)*. p. 307, n° 384. Voir aussi *Répertoire Dalloz (t. 1, 1824)* / s. dir. DALLOZ, p. 231. Guillaume-Jean FAVARD DE LANGLADE. *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*. 5 tomes, t. 1. Paris : Didot, 1823, p. 588.

⁸³⁶ Nous nous servons du recueil posthume de ses textes : HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires*. p. 105. Dans le même sens : Jacques CURASSON. *Traité des actions possessoires, du bornage, et autres droits de voisinage*. Dijon : Lagier, 1842, p. 76, note 71. TOULLIER. *Droit civil français (2^e éd., t. 11)*. p. 135, 136, n° 124, n° 127.

Premier président de la Cour de cassation a été défiée par un futur successeur à sa fonction, à savoir TROPLONG. Celui-ci a mis en évidence le rôle que le droit canonique avait joué en matière d'actions possessoires, et cet avis était, ensuite, copié par presque tous les auteurs postérieurs. Trois ans avant la promulgation de la loi de 1838 précitée, soit l'année de la mort de TOULLIER, TROPLONG, en continuant le traité inachevé du doyen décédé, s'est pourtant élevé contre lui. Il a accusé HENRION DE PANSEY pour avoir « trompé » TOULLIER et aussi MERLIN⁸³⁷. Selon TROPLONG, alors président de chambre à la Cour de Nancy, son prédécesseur à la Cour de cassation :

N'ayant pas abordé les premiers temps de notre histoire avec les notions approfondies de l'école moderne [...] considérait la France comme une grande unité monarchique, ayant eu, depuis la conquête, un droit public invariable dans ses principes ; gouvernée par des rois plus ou moins constitutionnels, depuis CLOVIS et CHARLEMAGNE jusqu'à LOUIS XIV, et formant une nation identique à elle-même, et descendant en droite ligne des Barbares du Nord qui désolèrent les Gaules⁸³⁸.

C'était, d'après TROPLONG, la raison pour laquelle attribuer l'origine de la complainte à la loi salique au lieu du droit romain impliquerait « l'honneur national » pour HENRION DE PANSEY. Celui-ci lui semblait un possesseur d'un « amour patriotique et presque filial pour les Francs », et, comme ce que KLIMRATH disait de TROPLONG lui-même, demeurait tributaire de la littérature du XVI^e siècle⁸³⁹.

Contraint par la forme de commentaire, TROPLONG n'a pas pu amplement développer son hypothèse sur l'histoire des actions possessoires dans son ouvrage de 1835.

⁸³⁷ Raymond-Théodore TROPLONG. *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1835, p. 471, n° 291, note 473.

⁸³⁸ *Ibid.* p. 471, n° 291.

⁸³⁹ *Ibid.* p. 472-473, n° 291. Voir HENRION DE PANSEY. *Œuvres judiciaires*. p. 106. Nous ne nous occupons pas, pour l'instant, de l'historiographie de la loi salique, et nous contentons de renvoyer le lecteur à : Hans-Achim ROLL. *Zur Geschichte der Lex Salica-Forschung*. Aalen : Scientia, 1972.

Cependant, il s'est, tout de même, efforcé de montrer que les actions possessoires du code de procédure civile relevaient de l'ancienne jurisprudence française, qui, sans subir d'influence substantielle des lois barbares, avait, d'un côté, refondu les différents interdits romains en une seule action de complainte, et, de l'autre, inventé la condition de possession d'an et jour préalable⁸⁴⁰. A l'égard de la réintégrande, TROPLONG tenait à préciser que cette action fut adoptée par LOUIS IX au nom du droit canonique – en l'occurrence, une décrétale attribué au Pape INNOCENT III (1160 ou 1161-1216) – afin de diminuer la violence des guerres privées⁸⁴¹. C'était à la décrétale que TROPLONG a rapporté la maxime *spoliatus ante omnia restituendus*, que le roi français aurait, selon lui, exagérée dans le sens contraire à la jurisprudence canonique et jusqu'au point de réintégrer même un spoliateur sans juste titre⁸⁴². Or TROPLONG considérait cette exagération comme motivée par le besoin réel, pour ainsi dire, de sécurité qui, éprouvé par les gens de la fin du XIII^e siècle, n'existait plus dans le XIX^e siècle⁸⁴³.

Bien que TROPLONG n'ait pas gagné la cause pour la possession annale relative à la réintégrande, il a bien sensibilisé ses contemporains à la valeur du droit canonique aussi bien pour le droit civil que pour l'histoire du droit. Les juristes de l'époque pouvaient encore accéder à la littérature pré-révolutionnaire où l'on se rappelait encore le ressort originaire de l'action en réintégrande⁸⁴⁴. Grâce à la traduction française de la grande monographie de SAVIGNY consacrée à la possession, la réintégrande remontait encore plus haut dans le

⁸⁴⁰ TROPLONG. *Prescription* (1^e éd., t. 1). p. 476-477, 482-483, n° 294, 295, 300.

⁸⁴¹ *Ibid.* p. 478-479, n° 296.

⁸⁴² *Ibid.* p. 479-480, n° 297.

⁸⁴³ *Ibid.* p. 489-490, n° 304.

⁸⁴⁴ Voir par exemple ABBE BERTOLIO. Complainte. *Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières : jurisprudence*. T. 3, p. 103-109. Claude FLEURY, Antoine-Gaspard BOUCHER D'ARGIS. *Institution au droit ecclésiastique*. Nouvelle éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Herissant, 1763, p. 61-62. Giovanni Paolo LANCELLOTTI. *Institutes du droit canonique*, tr. par Pierre-Toussaint DURAND DE MAILLANE. 10 tomes, t. 7. Lyon : Bruyset, 1770, p. 118-128, 173-225.

temps en se faisant attribuer à PSEUDO-ISIDORE du IX^e siècle⁸⁴⁵. Ainsi, ALAUZET et DE PARIEU ont, l'un comme l'autre, pris en compte les sources canoniques dans leurs écrits⁸⁴⁶. DE PARIEU, malgré son attitude plutôt favorable à la littérature allemande, a même pris le soin de réfuter l'opinion de MITTERMAIER selon laquelle les dispositions canoniques relatives aux actions possessoires avaient subi des influences du droit germanique⁸⁴⁷. Enfin, nous pouvons également relever dans le traité de HUREAUX des passages consacrés au rapport entre la réintégrande en droit civil moderne, le *remedium spoli* canonique et la fameuse règle *spoliatus*⁸⁴⁸.

A travers les discussions sur les actions possessoires, le droit canonique est, nous semble-t-il, redevenu un domaine d'histoire du droit à part entière, lorsque l'Académie de Toulouse, un des promoteurs principaux français du germanisme historiographique⁸⁴⁹, a, dans sa séance de 1^{er} juillet 1854, lancé un concours portant sur le thème suivant : « apprécier l'influence que le droit canonique a exercé sur les progrès et sur la formation de la législation française ». Le lauréat de ce concours, G.-M. D'ESPINAY (1829-1908), ayant fait ses études à la faculté de Poitiers, alors substitut à Segré et plus tard conseiller à la Cour d'Angers, a consacré à ce sujet de concours une monographie de trois cents pages⁸⁵⁰. Sa maîtrise des

⁸⁴⁵ Voir SAVIGNY. *Traité de la possession*. p. 581.

⁸⁴⁶ Voir ALAUZET. *Histoire de la possession...* p. 191-224. PARIEU. *Etudes historiques et critiques*. p. 93-104.

⁸⁴⁷ PARIEU. *Etudes historiques et critiques*. p. 98-99. L'étude de DE PARIEU était différemment accueillie en France et en Allemagne. Alors que DARESTE l'estimait avoir « étudié de plus près les textes et qui en a tiré le système le plus satisfaisant » parmi « tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière hérissée de difficultés », RENAUD considérait, d'une part, ses paragraphes consacrés au droit canonique largement inférieurs à l'ouvrage de BRUNS que DE PARIEU a recensé, et défendait, de l'autre, MITTERMAIER. Voir Rodolphe DARESTE. *Compte rendu des Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, par Félix Esquiou de Parieu, Paris : Joubert, 1850, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1850, 2, p. 409. RENAUD. *Die Besitzklagen nach französischem Recht*. p. 321.

⁸⁴⁸ HUREAUX. *Traité* (t. 3). p. 69. Il convient de savoir que SIMONNET, dont le mémoire était imprégné du germanisme de la période antérieur à 1848, n'a pas mentionné le droit canonique dans son ouvrage. Il en était ainsi probablement en raison de l'impertinence dudit domaine avec son thème.

⁸⁴⁹ Voir ci-dessus p. 324, note 590, et BÜRGE. *Das französische Privatrecht*. p. 167-169.

⁸⁵⁰ Gustave D'ESPINAY. *De l'influence du droit canonique sur la législation française*. Toulouse : Bonnal et Gibrac, 1856. Sachez que l'auteur a remporté un autre concours sur la féodalité : Gustave D'ESPINAY. *La féodalité et le droit civil français*. Saumur : Godet, 1862.

sources lui a valu le louage de WARNKÖNIG, qui peut froter les oreilles des Français. En effet, ce professeur allemand croyait que « l'érudition historique de l'auteur ne laisse plus rien à souhaiter, de sorte que l'on pourrait le prendre plutôt pour Allemand que pour Français »⁸⁵¹. En ce qui concerne la question de *Gewere*, le jeune magistrat a, sans doute, pris en compte la contribution énorme de BRUNS, et souligné l'influence du droit canonique sur les actions possessoires de droit français. S'il était incliné à croire que « l'origine germanique du terme annal nécessaire pour acquérir la saisine, est très probable », cette possession de l'an et jour « n'était, en effet, que l'ancienne prescription annale, qui s'était transformée en possession annale, après que la législation eût admis la distinction de la propriété et de la possession, et que les délais nécessaires pour prescrire eussent été prolongés conformément aux dispositions du droit romain »⁸⁵². Il tenait pourtant à préciser que l'action possessoire n'était pas passée telle quelle dans le droit français, mais, au contraire, à travers le droit canonique : « C'est au droit romain », disait-il, « modifié par le droit canonique, que notre ancienne jurisprudence a emprunté l'interdit *unde vi*, d'où est venue la réintégrande, avec le délai d'un an, dans lequel elle doit être intentée », de même, pour les « conditions que doit remplir la possession annale pour que le possesseur puisse intenter l'action possessoire »⁸⁵³. Ce qui est encore plus intéressant, c'est la mise en relief de D'ESPINAY lorsqu'il s'est attaqué au vice de spoliation, selon lui, le « point sur lequel le droit canonique a exercé la plus grande influence »⁸⁵⁴. Il voulait montrer que la maxime canonique *spoliatus ante omnia restituendus* s'est fait non seulement admettre par la jurisprudence ecclésiastique, mais a également été « la source de nombreuses dispositions des lois féodales », qui allaient des assises de Jérusalem jusqu'au Grand coutumier, en passant par les Etablissements de Saint Louis, dont, d'ailleurs, il a fait en

⁸⁵¹ Leopold August WARNKÖNIG. Compte rendu du Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse 1855-1856 ; G. D'ESPINAY, de l'influence du droit canonique sur la législation française. Toulouse 1856, *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, 1859, 5, p. 19.

⁸⁵² ESPINAY. *Influence du droit canonique*. p. 192.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.* p. 193.

1880 un compte rendu des études philologique de P. VIOLLET⁸⁵⁵. En bref, « le *remedium spoli* », disait-il, « était universellement admis au Moyen Âge »⁸⁵⁶. Il n'a pas pris la peine de réfuter les thèses germanistes avancées avant 1848, mais ses observations n'étaient pas loin de ce que G. KÖBLER et E. CONTE nous ont récemment appris à propos de l'origine de la *Gewere* : il ne faut pas, comme ce que la littérature germaniste prétendait, se concentrer sur l'investiture, sur *vest* et *devest* ; l'on doit, tout au contraire, tenir compte des impacts du droit canonique en haut Moyen Âge⁸⁵⁷.

Sous-paragraphe II « Le roi ne meurt jamais » ou « le roi est mort ; vive le roi »

Avant de conclure cette section, il convient de faire remarquer que l'historiographie gallicansite n'a entamé que les dimensions civiliste et feudiste du fameux adage. Afin de demeurer dans le domaine de recherche que nous nous sommes attribué, contentons-nous d'observer que « le mort saisit le vif » comptait autant pour les civilistes que pour les publicistes. Ceux-ci parlaient plus souvent d'une maxime aussi célèbre que la nôtre, à savoir « le roi est mort ; vive le roi ». Celle-ci suit, dans une édition récente des *Institutes* de LOISEL, un autre adage, notamment « le roi ne meurt jamais »⁸⁵⁸. Il est intéressant de noter que, même à l'égard des deux dernières maximes, nous relevons, dans la littérature, une divergence d'approches comparable à celle concernant « le mort saisit le vif ». E. H. KANTOROWICZ (1895-1963) et son disciple, R. E. GIESEY, sont des représentants majeurs de leur approche d'histoire intellectuelle qui valorise la littérature juridique. En revanche, J.

⁸⁵⁵ *Ibid.* p. 193-195. Voir Gustave D'ESPINAY. Les sources des établissements de saint Louis, par M. Paul Viollet. *Mémoires de la Société d'agriculture, sciences et arts d'Angers*, 1881, 22, p. 51-68. Paul VIOLLET. *Les Sources des Etablissements de Saint-Louis*. Paris : Champion, 1877.

⁸⁵⁶ *Ibid.* p. 195.

⁸⁵⁷ Voir en particulier : CONTE. *Gewere, Vestitura, Spolium*. p. 274-277. KÖBLER. Die Herkunft der *Gewere*. p. 203-208.

⁸⁵⁸ LOISEL. *Institutes coutumières*. p. 32. Nous apprenons de la note sous cette maxime que Loyseau l'a évoquée en 1610. Ce sera un effort vain de la chercher dans l'édition 1608 : Antoine LOISEL. *Institutes coutumières*. Paris : Angelier, 1637. Réimpression de l'édition de 1608.

KRYNEN, sans ignorer les deux auteurs précédents, a également proposé une explication plus contextualisée et, pour ainsi dire, plus gallicaniste.

En effet, KANTOROWICZ a rapporté la maxime « le roi ne meurt jamais » à la règle romaine « *dignitas non moritur* » (littéralement, « la dignité ne meurt pas ») qu'une certaine décrétale a transmise, tout en admettant la difficulté de dater sa première apparition⁸⁵⁹. Cependant, le médiéviste allemand tenait également à distinguer les deux maximes semblables dont la confusion remontait, à son avis, au moins, à 1600, l'une s'appliquant à beaucoup d'autres dignités ou fonctions, l'autre se faisant entendre dans les funérailles royales qui se déroulaient à l'abbaye de Saint Denis⁸⁶⁰. Exprimée par la formule funéraire, l'idée du roi qui renaît à l'instant même de la mort expliquerait, selon l'historien d'origine juive, la raison pour laquelle la couronne de France était liée avec le symbole de phénix⁸⁶¹. L'intellectuel émigré a, en particulier, évoqué TIRAQUEAU, lecteur du jurisconsulte BALDE, qui, selon lui, a rassemblé notre adage, « le mort saisit le vif », le proverbe cité par BALDE, « *Mortuus aperit oculos viventis* » (« le mort ouvre les yeux au vivant »), et la formule de JUSTINIEN que nous connaissons, « *pater et filius eadem persona intelleguntur* »⁸⁶². Inscrit dans la droite ligne tracée par son maître exilé, GIESEY a représenté une image plus complexe qui était composée des sources de registres divers. Il a, en effet, pris en compte les ressorts qui vont du droit divin (en ce qui concerne le sacre des rois) à l'adage

⁸⁵⁹ KANTOROWICZ. *The King's Two Bodies*. p. 409, note 319. KANTOROWICZ n'a donné aucune référence publiée avant 1610.

⁸⁶⁰ *Ibid.* p. 410, note 320.

⁸⁶¹ Voir *ibid.* p. 385-401.

⁸⁶² *Ibid.* p. 393-394, note 268. L'auteur a, entre temps, noté que TIRAQUEAU considérait ces formules-là inapplicables aux successions aux dignités. Voir ci-dessus p. 100, note 190, p. 264, note 444, et p. 346, note 656, p. 383, note 807.

féodo-coutumier « le mort saisit le vif », en passant par le droit romain, la loi salique et le droit canonique⁸⁶³.

« Le mort saisit le vif » et « le roi ne meurt jamais » se ressemblant l'un à l'autre, ils ne concernent pourtant pas les mêmes enjeux. J. KRYNEN a mis en évidence comment la règle de succession instantanée a été invoquée lors de certaines crises dynastiques. Au début du XIV^e siècle, disait-il, les premiers Valois ont commencé à éprouver les inconvénients juridiques du défaut d'héritier mâle⁸⁶⁴. D'emblée, disait l'historien, l'on se servit sous le règne de CHARLES V (1364-1380) de la fameuse loi salique, non pas pour s'identifier avec les Francs, mais pour écarter les filles de la succession du trône⁸⁶⁵. Abstraction faite des discussions sur les autres enjeux, nous nous contentons de retenir ce que KRYNEN a observé à propos du *Songe du vergier*, texte important de la seconde moitié du XIV^e siècle. L'adage « le mort saisit le vif » portait, selon lui, directement sur l'effet du sacre, ou, plus généralement, sur l'effet de toute formalité relative à la succession royale. Grâce à la formule célèbre, l'on disputerait vainement sur l'effet de l'onction pour l'avènement au trône d'un successeur royal⁸⁶⁶. Si, au XIV^e siècle, l'on se souvenait encore du principe de l'élection et de ses mérites, CHARLES VI (1368-1422), roi depuis 1380 et père fou d'un enfant en bas âge, affirma et renforça, rappelle KRYNEN, le principe de l'hérédité en consacrant l'instantanéité de la succession royale par les ordonnances de 1403 et de 1407⁸⁶⁷. Parmi toutes les justifications doctrinales que l'on a évoquées pour la législation royale, KRYNEN nous a

⁸⁶³ Voir Ralph E. GIESEY. The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne. *Transactions of the American Philosophical Society*, 1961, 51, n° 5, p. 3-47.

⁸⁶⁴ Voir Jacques KRYNEN. *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII^e-XV^e siècle*. Paris : Gallimard, 1993, p. 127. L'auteur a intégré au livre cité l'article qu'il avait publié ailleurs. Voir Jacques KRYNEN. « Le mort saisit le vif ». Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française. *Journal des savants*, 1984, p. 187-221.

⁸⁶⁵ KRYNEN. *L'empire du roi*. p. 133-134.

⁸⁶⁶ *Ibid.* p. 136-138.

⁸⁶⁷ *Ibid.* p. 142-146.

rapporté deux rapprochements avec le droit romain : d'un côté, l'héritier sien (*suus heres*) investi de plein droit de la succession, de l'autre, l'identité du père et du fils⁸⁶⁸.

En renonçant à davantage de développement sur cette histoire pourtant très intéressante, nous nous bornons à observer que même le cas spécifique de succession royale ne semble point décisif pour l'émergence de nouvel emploi du mot « personne ». Les deux maximes, « le roi ne meurt jamais », « le roi est mort ; vive le roi », nous paraissent plutôt conformes à la grammaire traditionnelle en raison de leur rapport avec la littérature ancienne. Il est difficile, à notre avis, d'imaginer que l'on ait méconnu le sens du principe contenu dans les deux maximes. CHATEAUBRIAND, dans un article écrit à l'occasion de la mort de LOUIS XVIII, nous a appris qu'il s'agissait, en effet, d'un « double principe politique » tiré de la loi salique, à savoir, disait-il, « l'hérédité de la famille souveraine », d'une part, et « l'immortalité de l'Etat », de l'autre⁸⁶⁹. Il avait raison lorsqu'il écrivait que la succession de CHARLES X à l'avant-dernier roi bourbon produisait d'« immenses conséquences ». Il en était ainsi, non seulement parce que LOUIS XV, qui disparut en 1774, était le dernier « monarque mourant au milieu de ses sujets, et transmettant son héritage à son successeur »⁸⁷⁰, mais, rappelons-nous, également parce que c'était, à l'insu du grand écrivain, la toute dernière succession du trône en France.

Il est temps de clore ce dossier de l'adage « le mort saisit le vif ». Nous espérons qu'il complète notre étude sur la jurisprudence de l'enregistrement. Notre conclusion est simple : dire que quelqu'un « est » une personne, autrement dit, l'emploi absolu de « personne », était, en langue juridique traditionnelle, du non-sens. C'était, non pas la littérature française, mais la

⁸⁶⁸ *Ibid.* p. 137, 148. Voir ci-dessus p. 100, note 190, p. 264, note 444, p. 346, p. 383.

⁸⁶⁹ François-René de CHATEAUBRIAND. *Œuvres complètes de M. le vicomte de Chateaubriand*. 28 tomes, t. 3. Paris : Ladvocat, 1827, p. 287-288.

⁸⁷⁰ *Ibid.* p. 307.

doctrine allemande qui, sous l'influence de SAVIGNY, a préparé la terre où elle allait semer le nouveau concept quadruple de personne.

Les semblables de DE PARIEU et de HUREAUX n'allaient pas survivre à l'Empire qu'ils servaient. Après l'écroulement du régime, la forte participation de magistrats dans la publication scientifique allait subir, d'abord, l'épuration de la magistrature, et, ensuite, la montée des universitaires. Ces magistrats que l'on jugeait démodés ne pouvaient que tomber dans l'oubli, et le langage qu'ils parlaient serait évincé de la science juridique française sous la Troisième République.

Titre III Du langage prétorien au langage doctrinal

Si l'on nous suit jusqu'ici, le lecteur voit clairement que ce travail a, par rapport à la littérature consacrée aux concepts de personne et de personnalité, accordé davantage d'importance à la jurisprudence qu'à la doctrine. Si la richesse de la doctrine mérite d'être prise au sérieux, sa liberté lui permet de franchir des frontières, de forger de nouveaux mots et de transformer la tradition. Il en est autrement pour la jurisprudence, surtout pour celle de cassation. Le langage prétorien était, par rapport celui doctrinal, rouillé, traditionnelle, ou conservateur sur les niveaux de vocabulaire, d'emplois de mots, d'expressions, de construction de phrase, etc. Dans ce dernier titre de notre travail, nous comparerons les dossiers de contrat de société et d'erreur dans la personne avec la masse doctrinale qui se constituait sous la Troisième République jusqu'à la Grande Guerre. Nous verrons pousser un bourgeon doctrinal du concept de SAVIGNY vers la fin du Second Empire. Ce bourgeon doctrinal, quoique couvert du vieux cortex de société taisible, était porté par un jeune arbre de mouvement social, notamment le mouvement coopératif, et rejoindrait ainsi le courant allemand de *Genossenschaft* dont s'inspirait R. SALEILLES. Nous examinerons également le dossier d'erreur dans la personne auquel les gens se réfèrent en discutant sur un jugement de l'annulation du mariage pour le mensonge sur la virginité. Là aussi, la Cour de cassation a fait un revirement, mais le vainqueur n'était pas le même que la jurisprudence de l'engistement. Cette fois-ci, le Premier président TROPLONG n'a pas réussi à se faire imposer. Ces deux dossiers de l'époque impériale seront confrontés à une vue globale des ouvrages doctrinaux les plus importants des années républicaines, notamment le grand traité de O. von GIERKE (1881) et le cours de susdit SALEILLES, qui a introduit la monographie allemande de manière selective et avec des

insinuations vis-à-vis des grands événements de 1901 et de 1905.

Chapitre I Jurisprudence sur l'« erreur dans la personne »

Dans notre lecture des travaux préparatoires, nous avons pris connaissance du débat entre BONAPARTE et ses conseillers à propos de la définition de l'« erreur dans la personne ». Le Premier consul s'appuyait, rappelons-nous, sur la doctrine de POTHIER et voulait limiter cette cause de nullité de mariage au seul cas de ce que l'on appelle « supposition de personne », c'est-à-dire l'erreur sur l'identité, ou, d'après la formule de POTHIER, le scénario où « je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour Marie »⁸⁷¹. En revanche, MALEVILLE et A.-C. THIBAudeau prétendaient que la « personne » dans laquelle une erreur pouvait se produire se divisait encore en deux espèces, la « personne physique », d'un côté, et la « personne sociale » ou « civile », de l'autre⁸⁷². Si, de nos jours, il n'y a d'autre personne, ni d'autre identité que « la personne » et « l'identité » *tout court*, l'on se rappelait, pendant la codification de BONAPARTE, toujours des emplois traditionnels de ces deux mots, qui sont inscrits dans l'opposition entre le naturel et le social.

Cela dit, ces emplois ont-ils survécu ? N'ont-ils pas disparu au fil du temps à cause du concept de SAVIGNY, en particulier, ou du germanisme, en général ? Afin de savoir comment ces termes bizarres s'employaient dans la pratique d'autrefois, il faut jeter un coup d'œil dans la jurisprudence sur l'erreur dans la personne. Par rapport au dossier de l'enregistrement, cette question paraît beaucoup moins discutée, et il n'y a que peu d'arrêts importants – tant mieux que l'on ne se soit pas souvent trompé avant de se marier ! Toutefois, l'un d'entre eux est revenu dans l'actualité à travers le jugement du 1^{er} avril 2008 du tribunal

⁸⁷¹ Voir en général p. 120 - 127 ci-dessus, et surtout la note 231.

⁸⁷² Voir ci-dessus notes 222 et 229.

de grande instance de Lille, que l'on appelle l'affaire de l'annulation d'un mariage pour erreur sur la virginité de l'épouse⁸⁷³.

Section I Espèce et le premier arrêt de cassation

Avant l'affaire de Lille, la référence en cette matière était l'affaire BERTHON sur laquelle la Cour de cassation a deux fois prononcé : la première fois par l'arrêt du 11 février 1861, la seconde par celui du 24 avril 1862⁸⁷⁴. Le premier, quoique rendu sous la présidence de TROPLONG, n'a pas réussi à convaincre la Cour d'appel d'Orléans, qui, chargée de trancher l'espèce renvoyée, a décidé dans le même sens que l'arrêt du 4 février 1860 de la Cour impériale de Paris. Le second pourvoi en cassation a, par conséquent, été porté devant les chambres réunies de la cour suprême.

Paragraphe I Espèce et les décisions attaquées

L'affaire concerne le mariage contracté le 10 mars 1856 à Paris entre un BERTHON et une Zoë HERBIN. Au moment du mariage, le mari a caché le fait qu'il avait été condamné à quinze ans de travail forcé par la Cour d'assises de la Drôme pour avoir, à l'âge de seize ans, aidé, avec connaissance de cause, les auteurs d'un assassinat commis en 1842. Sa peine finit en 1855 après une commutation et deux remises partielles. La dame BERTHON prit connaissance de ce passé infameux de son conjoint en novembre 1856, et demanda, ensuite, au tribunal de la Seine d'annuler son mariage pour cause d'erreur dans la personne. Le

⁸⁷³ Ce jugement a été infirmé par *Arrêt du 17 novembre 2008 rendu par la Cour d'appel de Douai*. Bulletin d'information, Cour de cassation [en ligne]. [réf. du 8 mai 2010]. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informat ion_2009_2866/no_699_2978/jurisprudence_2980/cours_tribunaux_2985/arret_publie_integralement_12343.htm l

⁸⁷⁴ Nous citons : *Journal du Palais* / s. dir. Th. GELLE, t. 73. Paris : Bureaux de l'administration, 1862, p. 484-494. *Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE, Antoine-Auguste CARETTE, Pierre GILBERT. Paris : Bureaux de l'administration du recueil, 1861, 1^{re} partie, p. 241-253. Le second arrêt a été retenu par : Henri CAPITANT, François TERRE, Yves LEQUETTE. *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*. 12^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Dalloz, 2007, p. 256.

tribunal la débouta le 29 juin 1859 en se fondant sur les procès-verbaux des travaux préparatoires, que nous avons étudiés. Le tribunal précisa, en effet, qu'il n'y avait, en l'espèce, pas de « méprise sur l'identité » que voulait le « sens vrai » de l'expression « erreur dans la personne », mais seulement un « mécompte sur l'une des qualités de la personne »⁸⁷⁵. Appelé par la femme, le jugement se fit confirmer par la Cour impériale de Paris le 4 février 1860.

Cette cour d'appel a motivé son arrêt en des termes un peu différents. Elle semblait vouloir concilier les deux propositions opposées que nous avons relevées dans les travaux préparatoires. Elle considérait, en effet, que les mots « erreur dans la personne » avaient « un sens plus étendu que l'« erreur dans l'individu », qui avaient été repoussés par les rédacteurs de l'art. 180 du Code. Selon l'interprétation de la cour, la seconde expression fut rejetée car elle ne signifiait rien d'autre que « la substitution d'une individualité physique à une autre ». En revanche, le mot « personne » devait, pour la cour, entraîner « la pensée d'une individualité civile ». Cependant, la cour d'appel ne soutenait pas l'avis de MALEVILLE et de THIBAUDEAU. Au contraire, il fallait, pour la cour, que « l'erreur porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité », ce qui n'était pas le cas du couple BERTHON. Aux yeux des magistrats chargés de cette affaire, le mari avait « manqué sans doute à un devoir de loyauté, et a trompé la famille à laquelle il s'alliait sur sa situation et ses qualités, mais non sur sa personnalité physique ou civile ». Autrement dit, la Cour d'appel de Paris a bien reconnu au moins deux aspects de la « personnalité », tout en interprétant le texte de la loi en question par « personnalité complète ». Elle a, effectivement, mis en cause la lecture des procès-verbaux faite par le tribunal de la Seine, et ne soutenait que la conclusion de celui-ci.

⁸⁷⁵ *Journal du Palais* / s. dir. Th. GELLE, t. 71. Paris : Bureaux de l'administration, 1860, p. 241-243.

Paragraphe II Conclusions de RAYNAL et la chambre civile

Abstraction faite des arguments des parties, nous attirons l'attention du lecteur aux conclusions de l'avocat général L. (Chaudru de) RAYNAL (1805-1892), qui défendaient vigoureusement l'avis de BONAPARTE⁸⁷⁶. Deux choses dans son avis sautent à nos yeux. D'une part, il a justifié sa lecture des travaux préparatoires en posant une définition de personne qui pourrait paraître semblable à la signification moderne du mot. Tout en avouant la difficulté de donner une définition adéquate, « la personne », disait-il,

C'est l'être humain, intelligent et libre, identique à lui-même, et qui se distingue essentiellement de tout autre être humain ; qui a la conscience de son identité, de sa responsabilité morale, de sa permanence pendant toute sa durée, et même au-delà du tombeau, qui se sépare aisément de toutes les circonstances accessoires, de tous les attributs dont il peut être revêtu accidentellement, en un mot, de toutes les qualités, et de quelque nature qu'elles soient⁸⁷⁷.

En fait, cette définition relève, nous semble-t-il, plutôt de la religion chrétienne, puisque le magistrat de Bourges a tout de suite dit que le Code civil devait au droit canonique sa règle de l'annulation du mariage pour erreur dans la personne⁸⁷⁸. En outre, il a pris pour cible l'argument de DURANTON selon lequel la condamnation à une peine infamante devrait également faire annuler un mariage, puisque l'art. 232 du Code civil la considérait une cause de divorce⁸⁷⁹. A l'encontre de cet argument, RAYNAL tenait à distinguer les condamnations postérieures au mariage, qui, selon lui, étaient visées par l'article, de celles antérieures. Même s'il était d'accord sur le fait qu'une condamnation de cette sorte autoriserait la séparation de corps, l'avocat général a tout de même pointé un défaut du pourvoi : la dame BERTHON

⁸⁷⁶ *Recueil Sirey (1861)* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, GILBERT, 1^e partie, p. 247-253.

⁸⁷⁷ *Ibid.* 1^e partie, p. 247-248.

⁸⁷⁸ *Ibid.* 1^e partie, p. 248.

⁸⁷⁹ « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce ». Sachez que le divorce a été supprimé en 1816.

aurait dû, à son avis, demander comme remède, non pas l'annulation de son mariage, mais le divorce, car le mariage était valable⁸⁸⁰.

Ces conclusions de RAYNAL n'ont pas convaincu ses collègues. La Chambre civile présidée par TROPLONG a, d'un côté, préféré l'emploi civiliste du mot « personne », c'est-à-dire celui de THIBAUDEAU et de MALEVILLE, au sens canonique que RAYNAL soutenait. L'erreur dans la personne devait signifier, d'après la Cour, « non seulement l'erreur dans la personne physique, mais encore de l'erreur dans la personne civile »⁸⁸¹. Elle a, de l'autre, profité de l'argument de DURANTON en évoquant l'idée de diminution de personne civile, qui faisait, nous semble-t-il, allusion à la *capitis diminutio* de droit romain que TOULLIER enseignait encore dans ses ouvrages⁸⁸². En effet, la Chambre civile s'est appuyé sur les art. 28 et 34 du Code pénal de 1810 afin de justifier le manquement à une obligation d'examen de la part du tribunal de la Seine :

Lorsqu'une condamnation à une peine afflictive et infamante a diminué la personne civile du condamné, et l'a privée d'une partie notable de ses droits civils et civiques, par application des art. 28 et 34, Cod. pén., il est du droit et du devoir des tribunaux d'examiner, d'après les faits et circonstance de la cause, jusqu'à quel point l'erreur a porté sur des conditions substantielles, constitutives de la personne civile, a pu opérer erreur dans la personne, et par suite vicier le consentement de l'époux trompé⁸⁸³.

⁸⁸⁰ *Recueil Sirey (1861)* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, GILBERT, 1^e partie, p. 253.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Voir Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER. *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 2^e éd, t. 1. Paris : Warée, 1819, p. 139-140.

⁸⁸³ *Recueil Sirey (1861)* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, GILBERT, 1^e partie, p. 253. L'art. 28 du Code pénal de 1810 : « (al. 1) Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la réclusion ou du carcan, ne pourra jamais être juré, ni expert, ni être employé comme témoin dans les actes, ni déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements. (al. 2) Il sera incapable de tutelle et de curatelle, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de sa famille. (al. 3) Il sera déchu du droit de port d'armes et du droit de servir dans les armées de l'empire ». L'art. 34 du même code : « La dégradation civique consiste dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, et dans la privation de tous les droits énoncés en l'article 28 ».

En d'autres termes, la « personne civile » était non seulement quelque chose à avoir ou à porter, mais également susceptible de réduction graduelle. Dans le langage de l'arrêt du 11 février 1861, il ne s'agissait pas de l'idée d'une existence intégrale qui pouvait seulement être ou ne pas être. Au contraire, la « personne » en question était plutôt une tête, *caput*, qui pouvait subir plusieurs degrés de diminution. A propos, l'anéantissement total de cette tête, c'est-à-dire la mort civile, avait été aboli en 1854 pour des raisons pragmatiques⁸⁸⁴.

Si l'arrêt devait décevoir l'avocat général RAYNAL, P. PONT, alors conseiller à la Cour de Paris et aussi continuateur du traité de MARCADE, s'est félicité de la solution de la chambre civile. Il adhérait surtout à la thèse de la diminution de personne ou de personnalité. Selon ses propres termes, « le forçat libéré est, par les suites mêmes de la condamnation qu'il a subie, dans une situation où la personne civile est modifiée et notablement diminuée »⁸⁸⁵. Sans évoquer la *capitis diminutio*, l'auteur y fait allusion. « Certes », disait-il, « à moins de supposer la suppression complète de la personnalité civile, ce qui ne peut plus se produire depuis que la mort civile a été rayée de nos lois, il est difficile d'imaginer un état dans lequel la personnalité civile soit plus profondément atteinte et altérée »⁸⁸⁶. Voici, selon lui, l'avis d'un grand nombre de juristes français les plus renommés⁸⁸⁷. D'ailleurs, il a rejeté la distinction de condamnation postérieure et de celle antérieure en prétendant que l'art. 232 était plutôt un remède que le législateur voulait donner à l'époux qui, après six mois de cohabitation, ne pouvait plus demander l'annulation du mariage⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Voir ci-dessus p. 282, note 473.

⁸⁸⁵ Paul PONT. Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. Des qualités du consentement en matière de mariage. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1861, 18, p. 308.

⁸⁸⁶ *Ibid.* p. 309.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.* p. 310-311.

Section II Revirement rapide

Paragraphe I Seconde cour d'appel

Renvoyée à la Cour impériale d'Orléans, l'affaire BERTHON a été redécidée le 6 juillet 1861. Si cette cour d'appel a largement suivi l'arrêt précédent de la haute juridiction, elle a rejeté la demande d'annulation du mariage du couple BERTHON. L'arrêt de la cour d'Orléans, en revenant sur les procès-verbaux cités plus haut, rappelait que l'erreur au sens de l'art. 180 du Code civil « ayant pour objet la personne même, doit, au point de vue physique ou moral, faire naître une question d'identité »⁸⁸⁹. Comme Zoë HERBIN n'a pas méconnu la personne physique de l'homme avec lequel elle s'est marié, il a fallu que la personne civile de celui-ci ne fût plus la même. Or « quant à la personnalité ou identité civile de BERTHON », estimait la cour, « quelque graves que soient les conséquences de la dégradation civique encourue par lui, cette peine, tout en lui enlevant des droits considérables, qui affectent toutefois le citoyen plus que l'homme privé, n'a pu avoir pour effet de supprimer la personnalité civile inhérente à son individualité »⁸⁹⁰. Ainsi, la cour d'Orléans croyait qu'« à la vérité, sa capacité est diminuée », mais « sa personnalité civile subsiste, malgré ses amoindrissements »⁸⁹¹. De plus, la cour considérait que l'esprit du texte invoqué n'était pas de laisser les tribunaux apprécier de différentes circonstances et décider jusqu'à quel point celles-ci pourraient faire sortir une erreur dans la personne⁸⁹². Ainsi, le jugement du tribunal de la Seine a été confirmé pour la seconde fois.

⁸⁸⁹ *Recueil Sirey (1861)* / s. dir. VILLENEUVE, CARETTE, GILBERT, 2^e partie, p. 486.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Ibid.* 2^e partie, p. 487.

En ce qui nous concerne, il faut dire que le second arrêt d'appel, malgré la différence entre sa conclusion et celle de la cour suprême, partage le même sens de « personne » avec les trois autres décisions évoquées plus haut.

Paragraphe II Conclusions de DUPIN aîné et les chambres réunies

L'affaire est revenue devant la Cour de cassation suite au pouvoi de la dame BERTHON. Cette-fois ci, le champion de la tradition, DUPIN aîné, a été chargé de faire les conclusions. Comme son collègue RAYNAL, il était pour le rejet du pourvoi, donc la validité du mariage. En effet, il n'a pas dédaigné de développer abondamment des doctrines canoniques qu'il croyait avoir fondé l'ancien droit français du mariage, et interprété les termes de l'art. 180 du Code civil comme erreur dans l'identité physique ou de famille. Avec un arrière-plan religieux comparable à celui de RAYNAL, DUPIN a également condamné ce qu'il appelait « dédoublement de l'individu », c'est-à-dire l'opposition d'une personne civile, composée de certains droits, à une personne physique, « la seule que la loi ait eue en vue », l'opposition étant qualifiée de « fiction » par le Procureur général, une fiction qui lui était inacceptable⁸⁹³. Selon lui, « il n'y a pas deux personnes dans le même individu », et « les qualités séparées de la personne physique ne font pas une personne entière. Les qualités sont des abstractions, elles n'ont ni corps ni âme, elles n'ont pas de *moi*. Elles ne constituent pas un être à part, un second être. Essayez de photographier la personne civile ! »⁸⁹⁴. Peu importe ce que l'on peut relever dans cette phrase vigoureuse. Qu'il s'agisse de l'idéalisme allemand de *moi* ou du matérialisme du corps humain, ce qu'il a voulu combattre, c'était ce qu'il appelait « l'artifice du spinosisme, qui sépare les attributs de l'être pour en nier ensuite plus commodément la personnalité, après l'avoir morcelée par ses abstractions »⁸⁹⁵. Ainsi, il a

⁸⁹³ *Journal du Palais* (1862) / s. dir. Th. GELLE, p. 489.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*

repris le langage de BONAPARTE dans les travaux préparatoires : l'erreur dans la personne devait signifier l'erreur dans l'identité, et ce que l'on appelait l'erreur dans la personne civile n'était qu'une erreur sur des qualités.

Laissons de côté les autres parties des conclusions qui nous concernent peu, et tournons-nous vers la décision de la Cour de cassation. Face aux arguments de DUPIN, les chambres réunies se sont trouvées obligées à poser une définition de l'expression discutée afin de terminer le débat : « *l'erreur dans la personne*, dont les art. 146 et 180, Cod. Nap., ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur *la personne elle-même* ». Or la cour suprême ne s'est pas attachée à cette formule seule. « Si », disait la Cour, « la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution franduleuse de personne, au moment de la célébration ; si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à une autre nature ; le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature... »⁸⁹⁶. Voici l'arrêt du 24 avril 1862 qui règnait désormais en matière de mariage pour plus d'un siècle.

Paragraphe III Critiques doctrinales

Faisons attention à la portée de cette jurisprudence : si elle a refusé la soi-disant fiction de dédoublement, ce n'était pas parce que DUPIN et d'autres magistrats de la Cour de cassation avaient lu SAVIGNY et accepté son concept de personne. L'enjeu, pour eux, était un vieux principe religieux respecté dans l'ancienne France.

⁸⁹⁶ *Ibid.* p. 493-494.

P. PONT, sympathisant du premier arrêt de cassation, avait déjà mis en avant la caractéristique principale des partisans du maintien du mariage, qui étaient donc pour la négation de nullité. Il a vu, chez eux, « non pas un système solide s'établissant sur des preuves positives, sur des arguments directs, mais une doctrine qui *s'affirme* en vertu de considérations plus ou moins exactes et sur des inductions que la logique ne saurait toujours avouer. Sa donnée même, c'est la tradition ; son principe ou son point de départ, c'est l'indissolubilité du mariage »⁸⁹⁷. Si ces partisans-là voulaient s'abriter sous l'autorité de l'ancien droit résumé par POTHIER, cet ancien droit régissait, en fait, une société où la forme de mariage était très différente de celle des années 1860. « Quand », disait-il, « sous l'influence des canons et des conciles, le mariage pouvait être contracté le plus secrètement du monde, dans la chambre la plus retirée, et n'en être pas moins valable, pourvu que le consentement des époux se fût changé devant le propre curé et en présence de deux ou trois témoins ; quand, à la faveur des facilités et des tolérances de la législation le mariage était parfaitement valable quoique fait par procuration, les substitutions d'une personne à une autre, l'erreur sur la personne physique étaient possibles et pouvaient même être fréquentes »⁸⁹⁸. Or cette situation était presque impossible sous l'empire du Code civil, qui non seulement interdisait le mariage secret et le mariage par procuration, mais également exigeait sa célébration publique devant l'officier de l'état civil⁸⁹⁹.

PONT poursuivait ce fil conducteur de sa critique en bien faisant remarquer ce que sous-entendait l'arrêt solennel. « Quand le droit ancien », disait-il, « sur cette matière de mariage, s'inspirait du droit canonique, interprète la loi chrétienne, il faudrait dire que là se trouve la règle de notre législation actuelle qui a voulu faire et qui a fait du mariage un acte ou

⁸⁹⁷ PONT. Examen doctrinal (1861). p. 197.

⁸⁹⁸ *Ibid.* p. 199.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

un contrat purement civil ! Cela n'est pas possible... »⁹⁰⁰. PONT s'est élevé en particulier contre le passage de « photographier la personne civile », en y répondant avec la mort civile que les rédacteurs du Code avaient décrétée. « Est-ce que », demandait le magistrat, « l'effet de la mort civile n'était pas précisément d'atteindre et de supprimer, dans la personne, non pas l'individu même, mais l'ensemble de ses qualités civiles, de ses droits civils, la personne civile en un mot et non pas la personne physique ? »⁹⁰¹. A cet effet, résumait-il, ce que le Code civil entendait par « personnes » au pluriel :

Reportez-vous au premier livre du Code Napoléon, au livre intitulé *Des personnes*, et dites si quand il traite successivement de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, de l'absence, du mariage, de la paternité et de la filiation, de l'adoption, de la puissance paternelle, de la minorité et de la tutelle, de la majorité et de l'interdiction, le législateur songe en aucune manière à la personne physique, et si ce qu'il règle est autre chose que ces droits, ces devoirs, ces aptitudes, ces attributs dont l'ensemble constitue l'état et la situation civile de chaque personne, c'est-à-dire la personnalité civile⁹⁰².

Nous espérons avoir clairement montré que la jurisprudence sur l'erreur dans la personne conserve bel et bien l'usage traditionnel du mot « personne ». Même dans les années 1860, l'on ne l'a pas oublié, et l'employait toujours couramment. Si DUPIN et RAYNAL ont proposé une définition unitaire de personne, cela ne relevait point du registre de droit civil, mais plutôt du catholicisme. Le germanisme n'avait rien à faire avec cette controverse proprement française.

⁹⁰⁰ Paul PONT. Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. Des qualités du consentement relatif au mariage et spécialement contracté par erreur avec un forçat libéré. Compte rendu de l'arrêt du 24 avril 1862 de la Cour de cassation, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1862, 20, p. 294.

⁹⁰¹ *Ibid.* p. 298.

⁹⁰² *Ibid.*

Chapitre II Contrat de société

Nous nous rappelons que les discussions dans les travaux préparatoires sur le contrat de société ne nous ont pas donné d'occurrence utile pour nos recherches. Si le tribunal de Rouen a évoqué le terme « personne fictive et morale »⁹⁰³, il s'agissait du vocabulaire du droit naturel moderne, qui, nous le savons déjà, était encore très différent de la « personne morale » au sens moderne. Il en était ainsi, non pas parce que les rédacteurs du Code et les conseillers d'Etat de BONAPARTE étaient tous jacobinistes ou se souciaient des associations secrètes, mais parce que le terme « être moral » sans implication anthropocentriste était beaucoup plus courant. De ce point de vue, la littérature, contrairement à ce que DEWEY rappelle⁹⁰⁴, confond parfois deux choses, notamment, d'un côté, la question de personnalité morale au sens moderne en matières de contrats de société, et, de l'autre, celle d'autorisation préalable pour la création d'une société qualifiée de personne morale. La même confusion a également lieu dans d'autres cas de figures, comme les associations à but désintéressé, les hospices, les congrégations, et ainsi de suite. A cause de cette confusion, il faut parfois se demander s'il s'agit de l'inexistence de « personne morale » à quel sens que ce soit, ou bien de la rigueur excessive de l'autorisation administrative. Avec telle confusion, certains se contentent de faire référence à la loi du 24 juillet 1867, qui autorise la libre création de société anonyme, et qui est également l'une des rares lois promulguées en matières de sociétés civiles et commerciales avant la Troisième République. Nous pouvons, encore, tenir compte de la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales de propriétaires. Or A. LEFEBVRE-TEILLARD, aussi auteur d'une étude connue sur la société anonyme au XIX^e

⁹⁰³ Voir ci-dessus p. 128, note 236.

⁹⁰⁴ Voir ci-dessus p. 314, note 562.

siècle⁹⁰⁵, a raison de faire remarquer que « l'idée que la société forme un corps moral distinct des associés qui la composent est reprise par les rédacteurs du Code civil même si elle n'est pas directement mais indirectement formulée en particulier par l'art. 529 »⁹⁰⁶. Traitant « *persona* » et « personne » comme équivalents⁹⁰⁷, la spécialiste considère que l'on reconnaissait au XIX^e siècle plus aisément la personnalité juridique des sociétés commerciales que celle des sociétés civiles, et que « la distinction entre société civile et société commerciale a permis aux juristes qui se montraient réticents à l'égard de cette notion de refuser aux sociétés civiles la personnalité », d'où était menée une « bataille rude »⁹⁰⁸. Avec quelques difficultés de compréhension de notre part, ces textes-là semblent signifier que les auteurs du XIX^e siècle, dont certains auraient dû être des « exégètes », refusaient, en dépit de l'intention des rédacteurs du Code civil, aux sociétés civiles leur personnalité juridique, tout en l'accordant volontiers aux sociétés commerciales.

Nous posons pourtant une troisième question : la chose que la littérature appelle « personne morale » aujourd'hui avait-elle, dans le passé, un autre nom qui portait un autre sens, et impliquait une autre façon d'exister ? L'on nous objecterait en prétendant qu'il n'y avait qu'une différence de mot, non pas de différence de substance. Nous allons, dans ce chapitre, répondre à cette objection éventuelle mais probablement assez fréquente en montrant qu'en droit, une différence de nom peut entraîner des différences de fonds. Comme ce que nous avons relevé dans le dossier de l'enregistrement et ce que TOULLIER rappelait encore

⁹⁰⁵ Voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD. *La Société anonyme au xixe siècle du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*. Paris : Presses universitaires de France, 1985.

⁹⁰⁶ Anne LEFEBVRE-TEILLARD. *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. Paris : Presses universitaires de France, 1996, p. 92. L'art. 529 était ainsi formulé en 1804 : « (al. 1) Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartenant aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. (al. 2) Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur la République, soit sur des particuliers ».

⁹⁰⁷ Voir ci-dessus note 5.

⁹⁰⁸ LEFEBVRE-TEILLARD. *Introduction historique*. p. 92.

dans les années 1830, l'on ne dit pas « être une personne », car celle-ci est à porter ou à avoir. Un être peut, en conséquence, porter plusieurs personnes en fonction de la scène juridique où il se trouve, et que, bien entendu, il y a plusieurs scènes sur lesquelles l'on peut monter. En d'autres termes, il ne faut pas substantialiser la « personne ». Elle n'a pas trait à une existence permanente. Elle est, pour ainsi dire, circonstancielle.

Section I Société, être moral, « personne civile »

Contrairement à ce que LEFEBVRE-TEILLARD nous apprend, la jurisprudence a très tôt reconnu que la société devait être distinguée de ses associés⁹⁰⁹. Si nous ne parlons que du terme précis de « personnalité juridique », il est vrai que l'on fouillerait en vain la jurisprudence. Or nous avons déjà prouvé qu'il faut chercher, au lieu des termes tardifs comme personnalité ou personne juridique, d'autres termes et expressions, par exemple, celui d'être moral.

En matières des sociétés, nous ne pouvons que relativiser le constat de LEFEBVRE-TEILLARD concernant les batailles entre les civilistes et les commercialistes. En effet, il est facile de relever des occurrences qui évoquent explicitement qu'une société forme soit un être moral, soit une personne morale au sens jusnaturaliste, soit une personne civile. L'essentiel de ces termes est la distinction des deux types d'ayant-droit, à savoir les associés pris individuellement, d'un côté, et la société, de l'autre. La Régie de l'enregistrement, que nous connaissons plutôt bien a, en effet, pris le soin de rédiger l'instruction n° 1686 du 11 février 1843 relative à l'exigibilité des apports⁹¹⁰. L'instruction portait sur une question fondamentale concernant la création de société, notamment celle de

⁹⁰⁹ Voir *ibid.* p. 93.

⁹¹⁰ Voir *Répertoire Dalloz (nouv. éd., t. 22, 1850)* / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 729-730.

savoir si les apports en immeuble constitutifs d'une société étaient passibles du droit proportionnel, qui, rappelons-nous, a lieu pour toute mutation de propriété. Fallait-il faire transcrire ce type d'immeuble et percevoir par là des droits proportionnels ? Ou bien les associés garderaient-ils toujours la propriété des immeubles qu'ils mettaient en commun, et, faute de mutation, n'auraient-ils qu'à s'acquitter des droits fixes ? La question s'est posée à l'égard de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816 qui portait : « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté de 1 1/2 pour 100, et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel ». Une interprétation extensive de l'article a fait imposer le droit de mutation à tout apport en immeuble en vue de créer une société.

Si l'on croit la Regie, toute une ligne de doctrine et de très nombreuses décisions judiciaires de l'époque partageaient l'avis selon lequel « la société forme une personne civile ayant une existence et des intérêts distincts de ceux des associés »⁹¹¹. Elle citait les noms de PARDESSUS, DUVERGIER, DELVINCOURT, DURANTON, PROUDHON, et, pour ne pas prolonger la liste, FAVARD DE LANGLADE et plusieurs arrêts importants. Ce qui mérite notre attention, c'est que l'idée d'existence distincte semble compter beaucoup plus que les termes qui la désignent. Ainsi, nous relevons dans la littérature non seulement « personne civile », mais aussi « personne morale qui a son individualité » (PARDESSUS), « être moral » (l'arrêt du 3 mars 1829 de la Cour de cassation), « individualité civile », « personne sociale » et « tiers détenteur ». Forte des soutiens doctrinaux et jurisprudentiels, la Regie a décidé, par l'instruction évoquée plus haut, de qualifier tout apport en société de mutation de propriété. A propos, il convient de préciser que c'était tout de même

⁹¹¹ *Ibid.* p. 729.

le terme « être moral » dont les cours et tribunaux se servaient le plus souvent. Les exemples sont trop nombreux à citer⁹¹².

Parallèlement à ce vocabulaire varié, nous relevons également des occurrences de « personne juridique » dans la littérature des premières décennies du XIX^e siècle. Or ce terme-là n'avait rien de choquant pour les juristes de l'époque. Il ne signifiait, à notre avis, pas d'autre chose que « personne » tout court au sens technique de droit : il dénotait toujours un rôle à jouer, et n'avait aucune connotation à l'égard du nombre de joueur. Nous croyons que c'était à ce sens-là que la section des requêtes de la Cour de cassation entendait par « personne juridique » dans son arrêt de 24 avril 1811⁹¹³. L'arrêt a été rendu sous la présidence de HENRION DE PANSEY, et concernait le rapport de mandat. Dans cette décision, la section des requêtes a jugé que l'avoué remportant une vente aux enchères formait, avec son mandant, « une même personne juridique », et qu'en conséquence, aucune mutation ne pouvait avoir lieu entre cet avoué dernier enchérisseur et le véritable adjudicataire⁹¹⁴. Cet emploi est, apparemment, très proche de celui qui désigne la fiction de la « même personne » du père et du fils sur lequel nous ne répétons plus⁹¹⁵. La haute juridiction n'aurait encouru aucun risque de malentendu même si elle n'avait pas ajouté à « personne » le qualificatif « juridique ». L'idée d'une seule personne juridique portée par plusieurs a réapparu dans une affaire de la reconnaissance d'un enfant naturel par procuration. Dans le jugement du 25 juillet 1865, qui serait approuvé par la Cour impériale d'Aix en 30 mai 1866, le tribunal de

⁹¹² Voir par exemple : *Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* nouvelle éd. / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ, t. 23. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1852, p. 321-323.

⁹¹³ Voir *Répertoire Dalloz* (t. 7, 1827) / s. dir. DALLOZ, p. 173.

⁹¹⁴ *Ibid.* Voir aussi MERLIN. *Répertoire universel* (4^e éd., t. 2). p. 479. Jean-Baptiste-Joseph PAILLIET. *Manuel de droit français*. 8^e éd. Paris : Desoer, 1838, p. 675, n° 709, note d. Le Manuel de PAILLIET date de 1812.

⁹¹⁵ Voir ci-dessus p. 100, note 190, p. 264, note 444, p. 346, note 656.

Toulon considérait que dans un rapport de procuration, « la personne du mandant » et « la personne du mandataire » ne faisaient qu'« une personne juridique »⁹¹⁶.

Section II Sociétés taisibles, sociétés coopératives

Un autre grand auteur nous apporte davantage d'information, notamment TROPLONG que nous avons à maintes reprises consulté. Il a, la même année que l'instruction précitée, publié un traité consacré aux sociétés civiles et commerciales. Cet auteur a émis à peu près le même avis que la Regie de l'enregistrement, dont l'objectif pratique pourrait faire douter le bien-fondé de ses instructions. « Lorsqu'une société », estimait TROPLONG, « a été légalement constituée par la réunion des conditions intérieures et extérieures, que requièrent les art. 1832, 1833, 1834 du [Code civil], elle donne naissance à un corps moral, qui se distingue des associés pris individuellement »⁹¹⁷. Tout comme l'instruction de la Regie, TROPLONG a également montré sa liberté sur le choix de mots. Cette société ou corps moral, disait-il tout de suite, « forme une personne abstraite, envers laquelle les associés ont des devoirs à remplir ; une personne, dis-je, qui a ses droits, ses prérogatives, son domaine de propriété, son actif et son passif propres »⁹¹⁸. Plus loin, il a expliqué que le contrat attribuait « sous certains rapport, à l'être moral que forme la réunion des associés, la propriété des mises conférées par chacun d'eux »⁹¹⁹. La société serait, d'après lui, une « tierce personne distincte des associés », à laquelle « une fiction utile et expressive investit » des apports, « en lui donnant la consistance d'une personne morale qui se dégage des individus »⁹²⁰. Ces occurrences montrent clairement que « personne » était, aussi bien en doctrine, en

⁹¹⁶ *Journal du Palais* / s. dir. Th. GELLE. Paris : Bureaux de l'administration, 1867, p. 339. *Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE, Antoine-Auguste CARETTE, Pierre GILBERT. Paris : Bureaux de l'administration du recueil, 1867, 2^e partie, p. 74.

⁹¹⁷ TROPLONG. *Contrat de société* (t. 1). p. 75-76.

⁹¹⁸ *Ibid.* p. 76.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ *Ibid.*

jurisprudence que dans la pratique administrative, encore loin d'être un concept, sans parler de définition plus ou moins précise et partagée. Lorsque l'on s'en servait, ce n'était que pour faire varier le texte, autrement dit, pour des raisons d'ordre stylistique. En particulier, une telle « personne », un tel « être » ou « corps », croyons-nous, n'avaient rien de substantiel, car l'on n'en parlait que – n'oublions pas la précision de TROPLONG – « sous certains rapports ». Cela veut dire que l'on ne distinguait pas systématiquement les associés de leur réunion comme s'il s'agissait d'une différence ontologique évidente. Tout au contraire, cela se faisait seulement dans certains cas. Le meilleur aspect pour observer cette nuance est, sans doute, celui de rapport entre la société et les tiers.

En passant, il nous semble intéressant de mettre en relief un autre essai de TROPLONG, notamment celle concernant les sociétés taisibles que nous avons rencontrées dans les travaux préparatoires⁹²¹. Cet essai, qui servait aussi de préface de son traité de contrats de société, a bien illustré comment il a cherché à faire sortir de l'histoire du droit une théorie de société, d'organisation politique, même « de la Société » en majuscule. C'était, en même temps, une tentative digne d'être qualifiée de « publiciste » et de « non germaniste », pour ne pas dire « nationaliste ». Dans cette longue préface, qui dessinait sa propre sociologie, le magistrat s'est efforcé de faire valoir les sociétés taisibles, qui, selon lui, incarnaient l'esprit d'association dans l'Histoire de France. Il croyait qu'au moment où le régime féodal commença à s'affaiblir, « où les classes inférieures vivaient dans le servage de la glèbe, l'on aperçoit les familles agricoles de mainmorte organisées en sociétés tacites héréditaires »⁹²². Cette forme d'organisation spontanée portait, d'après TROPLONG, un sens politique énorme, car c'était « dans la vie commune » et « dans l'union de leurs bras et de leur économie » que les agriculteurs de la même famille allaient « puiser les premiers éléments d'une existence

⁹²¹ Voir ci-dessus p. 127 et s.

⁹²² TROPLONG. *Contrat de société (t. I)*. p. xxxv.

civile indépendante »⁹²³. Les copersonniers, *i. e.* membres d'une société taisible, avaient tous « part au pain, au sel, et à la classe commune »⁹²⁴. En bref, dans une telle société, les gens s'entraidaient et partageaient. Mieux encore, ces sociétés tacites ou taisibles « formaient un corps moral comme les puissantes sociétés de publicains » du temps romain⁹²⁵. Unis en une association par travaux et aides mutuels, les serfs, qui formaient aussi la plupart de la population de l'époque, se trouvaient protégés⁹²⁶, et c'était, pour Trpolong, l'origine de l'esprit d'association qui s'exerçait pendant et après le Moyen Âge dans toutes sortes de groupements aussi bien de caractère civil et de caractère commercial⁹²⁷. Si TROPLONG était d'accord sur le fait que « le droit romain a transmis au droit des nations modernes sur l'existence des sociétés comme corps moral », des sociétés « n'attendirent pas cette époque pour gouverner le droit français », car celles-ci étaient « pour ainsi dire innées dans les sociétés tacites qui couvrirent la France au berceau de la monarchie »⁹²⁸. La valorisation des sociétés taisibles a poussé TROPLONG jusqu'à crier : « Il est étonnant qu'avec de tels exemples nationaux, si décisifs et si frappants, des écrivains, d'un vrai mérite du reste, soient allés chercher dans les sociétés de commerce italiennes l'origine d'une institution qui se perd dans les antiquités du droit français »⁹²⁹. A notre avis, cet essai de TROPLONG fondé sur les sociétés taisibles n'a pas moins de valeur que la théorie allemande de *Genossenschaft*, qui, inspirée de la même forme d'organisation de vie commune, a eu son succès aussi bien dans son pays d'origine qu'à l'étranger. Il est regrettable que le nom de TROPLONG ait été tombé dans l'oubli.

⁹²³ *Ibid.* p. xxxv-xxxvi.

⁹²⁴ *Ibid.* p. xxxvi.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ *Ibid.* p. xl.

⁹²⁷ Voir *ibid.* p. xlviii.

⁹²⁸ *Ibid.* p. 85.

⁹²⁹ *Ibid.*

Les citations que nous avons tirées des textes des années 1840 attestent que le langage juridique français gardait toujours sa tradition même après la publication du grand traité de SAVIGNY. Néanmoins, la réception du concept de personne de SAVIGNY a, sans doute, eu lieu, même si ce ne serait que sur le niveau doctrinal. En effet, elle se réalisait à travers, outre les canaux connus comme le traité de ZACHARIÄ, les organismes germanophiles comme l'Académie de législation de Toulouse que nous venons de mentionner⁹³⁰. Avec l'enthousiasme envers la science allemande d'histoire du droit, cette académie avait, dès sa fondation en 1851, SAVIGNY comme membre honoraire, et, de plus, publié une série d'articles portant sur l'aspect germanique en droit français, dont le meilleur exemple doit être l'article de son secrétaire perpétuel, R.-O. BENECH (1807-1855), qui était consacré aux « élément gallique et élément germanique » dans le Code civil⁹³¹. Ainsi, dans les débats sur les sociétés dites « coopératives », H. ROZY (1829-1882), membre de l'académie et professeur à la faculté de Toulouse, s'est attaqué à la « personnalité juridique » de cette nouvelle forme de société en s'inspirant de la société taissable⁹³². ROZY a bien mis en valeur les « exemples nationaux » de TROPLONG. Alors que celui-ci évoquait les termes « personnalité juridique » ou « personnalité morale », nous savons déjà qu'il ne les employait pas comme nom propre d'un concept déterminé, mais plutôt comme des variantes du terme plus courant d'« être moral ». Cependant, nous relevons, chez ROZY, des occurrences de

⁹³⁰ Voir ci-dessus p. 324, note 590.

⁹³¹ Raymond-Osmin BENECH. De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code napoléon. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1853, 2, p. 5-57. L'article a été lu devant l'Académie le 3 et le 31 mars 1852.

⁹³² Henri ROZY. *Etude sur les sociétés coopératives et leur constitution légale*. Paris : Guillaumin, 1866. La partie historique de ce livre consacrée à la société taissable a été présentée dans Henri ROZY. Mémoire sur les sociétés taissables au Moyen Âge, comparées au mouvement coopératif actuel. *Mémoires lus à la Sorbonne dans les séances extraordinaires du Comité impérial des travaux historiques et des sociétés savantes tenues les 19, 20 et 21 avril 1865. Histoire, philologie et sciences morales*. Paris : Imprimerie impériale, 1866, p. 217-236.

« personnalité juridique » qui signifiait, sans équivoque, ce que SAVIGNY et notre littérature contemporaine entendent par le terme⁹³³.

Il est difficile de mesurer l'impact que les textes de ROZY ont produit, car ils sont arrivés assez tard. Ce dont nous sommes sûr, en revanche, c'est que le terme « personne juridique » apparaissait, de part et d'autre, depuis les années 1850 sans être couramment utilisé. En effet, il nous semble que les lecteurs français de SAVIGNY étaient encore loin de comprendre et d'accepter l'arrière-plan idéaliste de sa terminologie. Parler de la « personne morale » ou de la « personne civile » au milieu du XIX^e siècle ne faisait, nous paraît-il, penser pas à la double opposition savignienne entre le naturel et le juridique et entre le vrai et le fictif. A cet effet, l'article « société » de l'édition 1859 du répertoire Dalloz nous fournit un récapitulatif commode de la langue civiliste de l'époque : si la majorité des auteurs de son siècle voyait, comme ce que nous savons déjà, un être distingué des individus qui formaient une société, cet être s'appelait diversement « être moral », « être collectif », « personne civile », « personne juridique » et « personne morale » au sens de PUFENDORF, c'est-à-dire support de certains droits et de certaines obligations⁹³⁴. En outre, le répertoire nous a bien dit que ces dénominations variées s'appliquaient tant aux sociétés commerciales qu'aux sociétés civiles⁹³⁵. La variété lexicale persistait.

Ce constat était, par ailleurs, soutenu par une ligne de droite de jurisprudence. Déjà dans l'arrêt du 8 novembre 1836, pour n'en citer que celui-ci, la chambre des requêtes présidée par J. ZANGIACOMI (1766-1846) a dit sans ambages que la société civile était, selon les art. 1845, 1850 et 1852 du Code civil, « sans doute, comme la société de commerce, un être moral », dont les intérêts étaient, disait la Cour de cassation, « distincts de ceux de

⁹³³ Voir, parmi d'autres, *ibid.* p. 118, 119, 138.

⁹³⁴ *Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* nouvelle éd. / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ, t. 40. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1859, p. 412-413.

⁹³⁵ *Ibid.* p. 412.

chacun de ses membres »⁹³⁶. Si l'on hésitait, face à l'art. 69, n° 6 du Code de procédure civile⁹³⁷, à reconnaître aux sociétés civiles la capacité d'ester en justice en sa propre nom, il ne faut pas croire que celles-ci étaient entièrement ignorées et passives. Même un cercle qui ne remplissait pas les conditions nécessaires pour créer une société civile pourrait, selon l'arrêt du 25 juin 1866 de la Cour de cassation, bénéficier, pour ainsi dire, des « détours » en passant par des techniques de mandat. Dans cette affaire célèbre du cercle de Montbard (Côte d'or), la chambre civile présidée par le vieux TROPLONG a, sur le rapport d'A.-Ch. RENOUARD (1794-1878), maintenu le jugement du 6 juillet 1864 du tribunal de Semur qui, en qualifiant le cercle en l'espèce de société civile ayant pour but d'acquérir du « bénéfice moral », a repris l'arrêt de 1836 précité⁹³⁸. Tout en concédant que le cercle en question n'était pas de société civile et ne constituait qu'une « réunion d'individus cotisant pour des dépenses communes », la cour suprême a jugé que rien n'empêchait les membres de cette réunion de « donner mandat à quelques-uns d'entre eux à l'effet de réclamer, soit à l'amiable, soit en justice, le recouvrement des sommes pouvant être dues collectivement à tous »⁹³⁹. E. CLUNET (1845-1922), privatiste international et fondateur d'une grande revue, a justement observé en 1909 que la doctrine découlant de cette décision était « précieuse à enregistrer » pour permettre aux associations licites sans « personnalité civile » d'« aboutir [...] à un état

⁹³⁶ *Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1836, 1^{re} partie, p. 414. En d'autres termes, nous ne pouvons pas souscrire à l'avis d'A.-J. ARNAUD selon lequel la question de personnalité morale ne se posait qu'après plusieurs années d'expérience en droit public. L'arrêt du 23 février 1891 relatif aux sociétés civiles qu'il a cité à titre d'exemple n'a, selon nous, fait que reprendre des phrases bien connues. Voir André-Jean ARNAUD. *Les juristes face à la société : Du XIX^e siècle à nos jours*. Paris : Presses universitaires de France, 1975, p. 92-93.

⁹³⁷ « Sont assignés », dit l'article, « les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur maison sociale ; et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés ».

⁹³⁸ *Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1866, p. 334. *Journal du Palais* / s. dir. Th. GELLE. Paris : Bureaux de l'administration, 1866, p. 983-984.

⁹³⁹ *Journal du Palais* (1866) / s. dir. GELLE, p. 984. *Recueil périodique Dalloz* (1866) / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 334.

juridique conventionnel en lequel se fond et s'absorbe le droit de l'individu »⁹⁴⁰. De cet état contractuel à ce que CLUNET appelait « individualité » juridique, disait-il, « il n'y avait qu'un pas », et la haute cour « l'a franchi par ses arrêts ... du 25 mai 1887 et du 2 janvier 1894 »⁹⁴¹. Face à cette jurisprudence, nous nous demandons qui oserait continuer à accuser le droit civil avant 1870 pour perpétuer une version radicale du jacobinisme incarnée par la loi LE CHAPELIER. Avant de se reporter à l'article d'O. von GIERKE consacré aux associations dépourvues de personnalité juridique⁹⁴², les contemporains français de l'éminent professeur auraient pu jeter un clin d'œil sur leurs archives judiciaires.

Certes, l'on rendait compte du fait que l'« existence distincte attribuée à la société par l'effet d'une abstraction » était, disait l'éditeur du répertoire Dalloz, « une pure fiction »⁹⁴³. Or il ne s'agissait pas de la fiction au sens allemand qui s'opposait à la nature ou à la réalité. Au contraire, cette fiction devait, selon le répertoire, s'adapter à son objet « de rendre plus sensibles les relations que le contrat de société crée, soit entre les associés eux-mêmes, soit entre les associés et les tiers »⁹⁴⁴. Cela ne semble rien d'autre que paraphraser les mots de TROPLONG : une société n'« était » un être moral, une personne juridique ou une personne morale que « sous certains rapports ». Aucune substance n'était supposée, et, apparemment, peu d'auteurs s'en occupaient. C'était en ce sens-là que le répertoire parlait de la « personnalité » des sociétés : avoir une personnalité propre, c'était être considéré comme une « tierce personne » selon le répertoire et, autrement dit, un « tiers » tout court⁹⁴⁵. Voici une signification du mot « personnalité » n'ayant pas trait au « personnel » qui s'opposait au

⁹⁴⁰ Edouard CLUNET. *Les Associations au point de vue historique et juridique*. Paris : Marchal et Billard, 1909, p. 185.

⁹⁴¹ *Ibid.* Voir aussi CLUNET. *Les Associations*. p. 181-182.

⁹⁴² Voir Otto Friedrich von GIERKE. *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*. 2^e éd. Berlin : Müller, 1902.

⁹⁴³ *Répertoire Dalloz (nouv. éd., t. 40, 1859)* / s. dir. DALLOZ, DALLOZ, p. 413.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ *Ibid.*

« réel » en droit civil. Néanmoins, nous devons également concéder que le répertoire et ses contemporains ne disaient pas non plus « avoir » ou « porter » une personne au sens latin du terme. Bien que nous n'ayons relevé aucune occurrence de l'emploi absolu de « personne », l'ouvrage usuel a, pour nos propos, bien montré que dans ces années-là, l'on s'habituaît, au fur et à mesure, à énoncer « être une personne » à travers d'autres constructions comme « constituer » ou « former une personne » morale, civile ou juridique.

Le temps allait se bouleverser, et beaucoup d'auteurs de pré-1870 disparaîtraient soit naturellement, soit à cause de leur affiliation politique. Leurs ouvrages passaient plus ou moins brusquement du domaine de droit civil à celui d'histoire du droit, avant d'être attribués en bloc à la fameuse Ecole de l'exégèse.

Chapitre III Victoire du germanisme et la vague de « publicisation »

Section I Rupture

L'année 1870 est un tournant important à beaucoup d'égards. Elle se réfère non seulement à une défaite militaire, à l'humiliation politique, à la perte de territoire, à une guerre civile, mais aussi à un choc total sur l'ensemble des intellectuels français⁹⁴⁶. Il en va de même pour les facultés de droit françaises. L'intervention d'un président de tribunal sur la réforme de l'enseignement du droit nous paraît symptomatique, car il met l'accent, non pas sur la méthode « exégétique » plus tard devenue très négative, mais sur l'enseignement du droit romain⁹⁴⁷. Le magistrat ne pouvait pas ignorer le fait que le vainqueur allemand avait joui d'une énorme gloire de son école pandectiste, qui, d'ailleurs, était également en déclin après la mort de SAVIGNY en 1861.

Le mot de « personne » n'avait plus d'histoire après 1870. Les portes-paroles principaux de l'ancien usage du mot n'étant plus présents, la définition doctrinale de ce terme s'est imposée naturellement. TROPLONG est mort en 1867, et sa maison d'édition a ensuite cessé de publier ses traités. Le travail monumental de DEMOLOMBE s'est achevé au début des années 1880, et l'auteur lui-même a disparu dans la même décennie. Ce qui paraissait encore plus décisif, c'était l'épuration de la magistrature au début de la Troisième République⁹⁴⁸. Parmi les traités de droit civil généralistes, celui de MARCADE continué par

⁹⁴⁶ Voir en général Claude DIGEON. *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*. 2^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 1992.

⁹⁴⁷ A. SELIGMAN. De l'enseignement du droit et spécialement du droit romain dans les facultés de l'Etat. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872-1873, 2, p. 272-290

⁹⁴⁸ Voir en particulier Robert BOUCHERY, Jean-Pierre MACHELON. L'épuration républicaine. 1870-1871 (Siège et parquet) -- 1872-1882 (Parquet). *Histoire de la justice*, 1994, n° 6, p. 69-86. Christophe CHARLE. Etat et magistrats. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1993, 96, n° 1, p. 39-48. Jean-Pierre MACHELON. L'épuration républicaine. La loi du 30 août 1882. *Histoire de la justice*, 1994, n° 6, p. 87-101. Plus généralement, voir Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND. *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*. 4^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2010.

P. PONT, l'un des rares survivants de la Monarchie de Juillet, mettait en cause, souvenons-nous-en, le latinisme du mot « personne », mais gardait, en gros, la langue traditionnelle⁹⁴⁹. Le Luxembourgeois F. LAURENT (1810-1887) s'est plié à la nouvelle terminologie de « personne morale » tout en précisant que la division des personnes physiques et des personnes « morales » ou « civiles » était « de pure doctrine », et que ni le terme de « personne civile », ni celui de « personne morale » ne se trouvait dans les textes de loi⁹⁵⁰.

Malgré cette précision, LAURENT a adhéré à la conception savignienne lorsqu'il réservait le terme « personne » aux hommes, ce qui était, rappelons-nous, plus significatif que l'énonciation des termes « personne morale » et « personne juridique », qui pouvaient signifier d'autres choses. Par là, le professeur à la faculté de Gand a inauguré, avec beaucoup d'autres auteurs francophones, l'âge de l'emploi moderne de « personne » auquel l'on associerait volontiers l'« homme » à la « personne », et, parfois même, les assimilerait. En effet, ces auteurs-là partageaient presque tous le concept général de personne de SAVIGNY, même si son nom était de moins en moins évoqué. Comme le grand jurisconsulte, ses lecteurs non seulement perpétuaient dans leurs manuels et traités de droit civil l'opposition entre les personnes physiques ou naturelles et les personnes morales ou juridiques, mais l'effectuaient également de la même manière, c'est-à-dire prendre comme point de départ l'association de l'homme et de la personne. Dès lors, la « personne » n'était plus quelque chose à « porter », à « tenir », ou à « jouer », mais, au contraire, allait devenir au fur et à mesure quelque chose à « être ». Faute du contrepoids autrefois assuré par le langage des praticiens, le germanisme a ainsi prévalu dans la littérature des universitaires⁹⁵¹. Ensuite, presque tous les manuels de

⁹⁴⁹ Voir ci-dessus p. 329. Voir aussi

⁹⁵⁰ François LAURENT. *Principes de droit civil*. 33 tomes, t. 1. Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 367-368, n° 287.

⁹⁵¹ Voir par exemple Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*. 3 tomes, t. 1. Paris : L. Larose et Forcel, 1882, p. 59-60, n° 102-105. Henri CAPITANT. *Introduction à l'étude du droit civil*.

droit civil de cette époque définissaient « personne » comme les manuels de nos jours. La dichotomie entre la personne physique (ou naturelle) et la personne morale (ou juridique) a été acquise. Si la science française s'est attaquée ensuite à la question de personnalité juridique, celle-ci ne servait, à notre avis, que de prétexte des conflits politiques, sociaux et confessionnels. D'autant que la controverse doctrinale sur la personnalité morale en France dépendait largement de la doctrine allemande. Il y a R. SALEILLES (1855-1912) et L. MICHOUD (1856-1916) comme auteurs principaux sur cette question, mais il n'y a pas de théorie proprement française de personne morale : si beaucoup d'auteurs, en suivant les autorités allemandes qu'ils consultaient, critiquaient la théorie des personnes juridiques ou morales de SAVIGNY, aucun d'entre eux n'était conscient du fait qu'ils partageaient effectivement le même point de départ avec le porte-parole de l'Ecole historique. Quant aux publicistes, ils paraissaient plus méfiants que les civilistes à l'égard des théories allemandes. Au lieu de construire une conception française de personnes juridiques ou morales, nous les voyons soit dénier toute nécessité d'un tel concept (comme L. DUGUIT), soit le détourner par d'autres notions, comme l'institution de M. HAURIOU.

Même si l'histoire du droit se germanisait davantage, l'on n'a pas oublié les sujets de débat avant la guerre. N. D. FUSTEL DE COULANGES, que nous avons ci-dessus évoqué, s'est mis à travailler sur le Moyen Âge français afin de réfuter la manière allemande d'écrire l'histoire, ainsi que les thèses germanistes de l'origine du droit et des institutions français⁹⁵².

Notions générales. Paris : Pedone, 1898, p. 51-52, 107-136. Albert VIGIE. *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme des facultés de droit*. 2^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Rousseau, 1893, p. 50-57.

⁹⁵² Voir Numa Denis FUSTEL DE COULANGES. *Questions historiques*. Paris : Hachette, 1893. Numa Denis FUSTEL DE COULANGES. *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*. 6 tomes. Paris : Hachette, 1888-1892. Pour la littérature consacrée à cet « historien national » de France, voir Alain GUERREAU. Fustel de Coulanges médiéviste. *Revue historique*, 1986, n° 275, p. 381-406. François HARTOG. *Le XIX^e siècle et l'histoire. Le cas Fustel de Coulanges*. Paris : Presses universitaires de France, 1988. Arnaldo MOMIGLIANO. La Cité antique de Fustel de Coulanges. *Problèmes d'historiographie ancienne et moderne*. Paris : Gallimard, 1983. Arnaldo MOMIGLIANO. The Ancient City of Fustel de Coulanges. *A. D. Momigliano : Studies on Modern Scholarship* / s. dir. G. W. BOWERSOCK et T. J. CORNELL. Berkeley : University of California Press,

Ses efforts n'ont pourtant pas réussi à altérer la tendance « germanisante » de l'historiographie française.

La diffusion des termes comme « personnalité juridique », « personnalité morale » et leurs semblables se manifestait par la croissance du nombre des ouvrages consacrés aux notions qu'ils désignaient. Nous n'enregistrons que deux thèses consacrées à la « personnalité juridique » des communes avant 1870, l'une soutenue en 1855, l'autre l'année suivante⁹⁵³. En revanche, une vingtaine d'ouvrages de droit entre 1879 et 1901 portaient, chacun dans leur titre, « personnalité civile », « juridique » ou « morale ». La majorité en était des thèses doctorales des années 1890. Ce *boom* de thèses n'aurait pas eu lieu si la génération des auteurs concernés n'avait pas été formée avec le nouvel emploi du mot « personne ».

A propos, il nous semble que c'était également à partir de la Troisième République que l'on a commencé à employer « personne » et « personnalité » dans les textes réglementaires, voire législatifs. La rareté des occurrences concernées nous interdit d'en tirer la moindre conséquence. De toute façon, c'était sur le plan doctrinal que les controverses sur les notions de personne et de personnalité avaient lieu. Ni le droit positif, ni le droit prétorien ne nous semble pas avoir produit autant d'impact sur la doctrine qu'avant 1870. Désormais, la doctrine française, sans perdre totalement son originalité, penchait de manière plus significative qu'autrefois vers la doctrine allemande. Or l'on parlait de moins en moins de SAVIGNY, mais de plus en plus des auteurs contemporains comme JHERING, B. WINDSCHEID (1817-1892), et, en particulier, GIERKE. C'était surtout de la théorie de la

1994. Claude NICOLET. 1889, Réflexions sur Fustel de Coulanges. *Comptes rendus des séances de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1989, 133, n° 3, p. 721-726.

⁹⁵³ Notamment Victor BOURNAT. *De la personnalité juridique des communes*. Thèse : Droit : Université de Paris : 1855. Joseph-Ferdinand ARCHAMBAULT-GUYOT. *Droit romain : De la publicienne. Droit français : De la tutelle administrative des communes et de leur personnalité juridique*. Thèse : Droit : Université de Paris : 1856.

personnalité morale dite « de la réalité » de ce dernier auteur que bien des auteurs français de l'époque s'inspiraient.

Section II GIERKE, *Genossenschaft* et théorie de la réalité

Si le nom de SAVIGNY est incontournable à l'égard de l'introduction du nouveau concept et du nouvel emploi de « personne » au droit civil français du milieu du XIX^e siècle, celui de GIERKE vaut autant que son éminent prédécesseur pour la fin du même siècle et le début du siècle suivant. Otto Friedrich GIERKE était né en 1841 à Stettin au bord de l'Oder (actuellement Szczecin, Pologne) dans une famille d'hommes d'affaires⁹⁵⁴. Son père, Julius, (1801-1855) était ministre de l'agriculture prussien en 1848. Sa mère, Therese, était issue de la famille de ZITELMANN, dont un des membres, Ernst (1852-1923), lui aussi professeur de droit, a également consacré un ouvrage notable à la problématique des personnes morales ou juridiques⁹⁵⁵. Le jeune GIERKE a fait ses études à Berlin et à Heidelberg avant de soutenir en 1860 sa thèse préparée sous la direction de G. BESELER et K. G. HOMEYER (1795-1874), l'un des plus grands germanistes de l'époque. Ensuite, son entreprise scientifique s'est orientée vers les *Genossenschaften* médiévales, terme que l'on traduit normalement par « compagnonnage » en général⁹⁵⁶. Il a ainsi publié successivement quatre tomes gigantesques que l'on connaît, aujourd'hui, sous le titre *das Deutsche Genossenschaftsrecht*⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Nous nous servons de la biographie suivante : Karl S. BADER. Gierke, Otto Friedrich. *Neue Deutsche Biographie*. T. 6, p. 374-375.

⁹⁵⁵ Voir notamment Ernst ZITELMANN. *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*. Leipzig : Duncker und Humblot, 1873.

⁹⁵⁶ Voir ci-dessus p. 133, note 256.

⁹⁵⁷ Voir Otto Friedrich von GIERKE. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. 4 tomes. Berlin : Weidmann, 1868-1913.

Paragraphe I *Genossenschaft* contre la personne fictive

Nous ne pouvons pas ouvrir, dans le travail présent, le dossier énorme de l'histoire des *Genossenschaften* allemandes⁹⁵⁸. Contentons-nous, pour l'instant, de résumer ce que GIERKE entendait par ce terme. Sur le plan lexical, une *Genossenschaft*, appartenant à la famille du verbe *geniessen* (jouir), est un collectif des *Genossen* qui jouissent ensemble de quelque chose. Nous traduisons volontiers *Genossen* par « copersonnier », en comparant cette forme d'association à la société taissable française. Rappelons-nous qu'une société taissable ou communauté tacite, formée par « la seule cohabitation à pot commun », consiste en vie « sous le même toit et au même pot de feu » dont les membres agissent « dans un esprit de société, en acquérant les uns pour les autres, et se communiquant leurs pertes et leurs profits »⁹⁵⁹. Il en est de même dans une *Genossenschaft*. Le sens « le plus étroit et technique » de ce mot était, disait GIERKE en 1868, « association coutumière fondée sur la réunion libre (des gens) » (*auf freier Vereinigung beruhende deutschrechtliche Körperschaft*), c'est-à-dire « groupement

⁹⁵⁸ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*. Berlin : Duncker und Humblot, 1995. Réimpression de l'édition de 1961, p. 147 et s. Gerhard DILCHER. *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht : ein « Juristensozialismus »* Otto v. Gierkes ? *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974/75, 3/4, p. 319-365. DILCHER Gerhard. *Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft. Recht, Gericht und Policey : Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie* / s. dir. Gerhard DILCHER, Bernhard DISTELKAMP. Berlin : Schmidt, 1986. Otto Gerhard OEXLE. *Otto von Gierkes 'Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft'*. *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900* / s. dir. Notker HAMMERSTEIN. Stuttgart : Steiner, 1988. Martin PETERS. *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes : (1841 - 1921)*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 2001. Christoph SCHÖNBERGER. *Das Parlament im Anstaltsstaat : zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1997, p. 338-360. Reiner SCHULZE. *Genossenschaft – zur Entwicklung eines Rechtsbegriffs. Stadt - Gemeinde – Genossenschaft : Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag* / s. dir. Albrecht CORDES, Joachim RÜCKERT, Reiner SCHULZE. Berlin : Schmidt, 2003. Cette notion existe encore en droit positif allemand. Voir Udo KORNBLUM. *Das Weiterleben der Genossenschaft. Recht, Gericht und Policey : Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie* / s. dir. Gerhard DILCHER, Bernhard DISTELKAMP. Berlin : Schmidt, 1986. En ce qui concerne la littérature italienne, le modèle de *Genossenschaft*, ainsi que la propriété en main commune persistent toujours chez Paolo GROSSI, grand maître florentin et juge constitutionnel nommé par le président G. NAPOLITANO. Voir Paolo GROSSI. « *Un altro modo di possedere* » : *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Milano : Giuffrè, 1977. Paolo GROSSI. *Un altro modo di possedere, rivisitato. Diritto romano attuale*, 2006, n° 16, p. 29-38. Même dans cet article récent, le professeur ne semble pas avoir pris en compte de la critique émise dans Emanuele CONTE. *Droit médiéval : un débat historiographique italien. Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, 57, n° 6, p. 1593-1613.

⁹⁵⁹ Voir ci-dessus p. 130 et s.

avec une personnalité juridique indépendante » (*Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit*)⁹⁶⁰. Or GIERKE voulait élever ce mot-clé à un plus haut niveau en précisant qu'il envisageait, non pas les espèces particulières, mais une idée juridique générale et sous-jacente qui, selon lui, se développait dans l'histoire du droit et des institutions allemande⁹⁶¹. Cette idée était la contrepartie de la notion de pouvoir ou de domination (*Herrschaft*)⁹⁶², impliquait un rapport de partenariat (*Zusammengehörigkeit*) entre les associés ou copersonniers⁹⁶³, et avait pour noyau un concept d'« association en tant que personne collective réelle » (*reale Gesamtperson*) qui s'opposait au « fantôme de *persona ficta* »⁹⁶⁴. GIERKE croyait avoir constaté dans l'antiquité germanique le prototype de son association idéale : la « famille » prise à titre d'exemple, le jurisconsulte l'a analysée en deux « cercles » (*Kreis*), à savoir la « communauté domestique » (*häusliche Gemeinschaft*) plus serrée d'une part, et le lignage (*Geschlecht*) de l'autre⁹⁶⁵. Tandis que le premier, régi par un chef (*Herr*), qui était le père, incarnait le pouvoir (*Herrschaft*), le second, dont les membres étaient, disait-il, rassemblés par la « pensée de l'amitié tribale et populaire » (*Gedanke der Stamms- und Volksfreundschaft*), constituait le cas de figure de *Genossenschaft*⁹⁶⁶. Ces membres-là bénéficiaient de la paix, du droit et de la protection que la collectivité ou un d'entre eux assurait, et participaient ensemble à la défense et à toutes les autres entreprises de la communauté⁹⁶⁷. A la différence de la société taissable française, la *Genossenschaft* gierkienne ne se bornait pas au domaine du droit privé, mais, comme ce que nous avons appris en ce qui

⁹⁶⁰ Otto Friedrich von GIERKE. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. 4 tomes, t. 1. Berlin : Weidmann, 1868, p. 5.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² *Ibid.* p. 12.

⁹⁶³ Voir Otto Friedrich von GIERKE. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*. 4 tomes, t. 2. Berlin : Weidmann, 1873, p. 886, 906.

⁹⁶⁴ Otto Friedrich von GIERKE. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin : Weidmann, 1887, p. 5.

⁹⁶⁵ *Ibid.* p. 12.

⁹⁶⁶ GIERKE. *Genossenschaftsrecht (t. 1)*. p. 13.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

concerne la *Gewere*, valait, à la fois, du point de vue de droit public⁹⁶⁸. Ainsi, dans un célèbre paragraphe du premier tome de son grand ouvrage, GIERKE a déclaré que les Germains avaient un « don » très particulier dont aucun autre peuple ne jouissait, le don, nous le traduisons ainsi, de « formation de communauté coutumière » (*Genossenschaftsbildung*). Selon lui, il s'agissait d'un principe que, non pas les nations romanes, mais seul le peuple germanique a maîtrisé en réconciliant, d'un côté, l'unité de l'Etat et, de l'autre, la liberté des individus⁹⁶⁹.

Dans la littérature francophone, GIERKE est le plus grand champion de la théorie de la personnalité morale ou juridique dite « de la réalité ». Sans reprendre ce que nous avons discuté à propos de WOLFF et de SAVIGNY⁹⁷⁰, nous nous contentons de souligner l'opposition qu'a faite GIERKE entre la « personne collective réelle » et la *persona ficta*. Malgré son apparence latine, celle-ci était d'origine, non pas romaine, mais canonique. Plus généralement, il est bien connu que GIERKE était, à la fois, germaniste et canoniste. Une partie substantielle de sa théorie de la personnalité morale ou juridique s'est fondée sur sa lecture de textes canoniques. L'une de ses plus grandes contributions consiste à attribuer au pape INNOCENT IV (né Sinibaldus FLISCUS, pontificat de 1243 à 1254) la théorie de la

⁹⁶⁸ Voir ci-dessus p. 343 et s. Il faut savoir que la distinction entre le public et le privé de l'époque était en train de se transformer. GIERKE a lui-même expliqué le sens de cette distinction en droit romain : Le *ius publicum* ne concernait pas nécessairement le rapport de pouvoir, car il était, selon lui, un *ius populi*, droit du *populus Romanus*, et le *ius privatum* était, en revanche, un *ius singulorum*, droit d'un particulier, autrement dit, droit détenu et exercé par un *pater familias*, qui ne se bornait pas au domaine patrimonial, mais, le cas échéant, touchait la question de la vie et la mort. Voir Otto Friedrich von GIERKE. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*. 4 tomes, t. 3. Berlin : Weidmann, 1881, p. 35-36. Pour la littérature plus récente : Georges CHEVRIER. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *ius privatum* » et du « *ius publicum* » dans les oeuvres des anciens juristes français. *Archives de philosophie du droit*, 1952, nouvelle série, n° 1, p. 5-77. Georges CHEVRIER. Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale. *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*. Paris Sirey, 1965. Sten GAGNÉR. Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel « öffentliches Recht und Privatrecht » im kanonistischen Bereich. *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte* / s. dir. Joachim RÜCKERT, Michael STOLLEIS, Maximiliane KRIECHBAUM. Goldbach : Keip, 2004.

⁹⁶⁹ GIERKE. *Genossenschaftsrecht* (t. 1). p. 3.

⁹⁷⁰ Voir ci-dessus p. 88, 321-322.

fiction en raison du terme « *persona ficta* » que, d'après GIERKE, le souverain pontife forgea⁹⁷¹. Il s'agissait de la question de savoir si l'on pouvait excommunier une collectivité qualifiée d'*universitas* ou de *collegium*⁹⁷², c'est-à-dire un être dépourvu de l'âme. Le recteur de l'université de Breslau (aujourd'hui Wrocław, Pologne) était d'avis que c'était le pape qui décréta, dans le concile de Lyon (1245), la solution célèbre selon laquelle « *cum collegium in causa universitatis fingatur una persona* »⁹⁷³, ce que l'on serait tenté de traduire par « un *collegium* en ce qui concerne l'affaire commune peut feindre une personne », autrement dit, personne créée par fiction. GIERKE insistait sur le caractère « unitaire » (*einheitlich*) de cette personne fictive, ce qui avait, selon lui, pour conséquence l'écart entre celle-ci et la « collectivité » (*Gesamtheit*), ou bien la « somme » des « sujets de droit naturels » représentés⁹⁷⁴. Or GIERKE croyait que les canonistes n'avaient pas ignoré les idées germaniques d'association et de personnalité juridique. D'après celles-ci, disait-il, une association était un « **être commun** organique » (*organisches **Gemeinwesen***), une « personne juridique », « l'unité de la vie habitant la collectivité » (*der Gesamtheit innewohnende Lebenseinheit*), une collectivité, l'organisme incarnant cette unité⁹⁷⁵.

Se donant comme tâche de défendre le principe de *Genossenschaft* contre la *Herrschaft*, GIERKE aurait probablement commis certaines erreurs à l'égard des textes canoniques dont il s'est servi. Il avait raison de faire remarquer que la problématique de l'excommunication des *universitates* et des *collegii* et la doctrine concernant la censure religieuse en particulier demeuraient désormais des *sedes materiae* des futures discussions sur

⁹⁷¹ Voir GIERKE. *Genossenschaftsrecht* (t. 3). p. 279-282.

⁹⁷² Voir aussi ci-dessus p. 89, note 165.

⁹⁷³ INNOCENT IV in c. 57, X, 2, 20 [= c. 2, VI, 2, 10] Voir *ibid.* p. 279, note 102. Otto Friedrich von GIERKE. *Deutsches Privatrecht*. 3 tomes, t. 1. Leipzig : Duncker und Humblot, 1895, p. 469, note 464.

⁹⁷⁴ GIERKE. *Genossenschaftsrecht* (t. 3). p. 283.

⁹⁷⁵ *Ibid.* p. 284. Son insistance.

la nature de la personne juridique⁹⁷⁶. Grâce à sa propre autorité, GIERKE contribuait également à la revalorisation des matières concernées dans le XX^e siècle⁹⁷⁷. Cela a suscité chez la littérature moderne quelques réactions critiques.

Paragraphe II Critiques

Il nous paraît important de rappeler deux points à l'égard de la théorie de *Genossenschaft* de GIERKE. D'une part, il faut bien reconnaître la particularité, sinon l'originalité, de la construction de *Genossenschaft* gierkienne par rapport à la génération des germanistes pré-1848. De l'autre, l'on se demande si GIERKE a correctement interprété l'occurrence de *persona ficta* et le contexte où elle se trouvait.

Premièrement, le travail de GIERKE ne nous paraît pas un simple rappel d'un certain héritage de l'Ecole germaniste allemande. Bien que le nom de BESELER ait, à maintes reprises, été évoqué, celui-ci n'avait pas élevé la *Genossenschaft* à la même hauteur qu'elle a atteinte chez GIERKE. Il est vrai que l'éminent disciple s'est inspiré des esquisses que son maître avait proposées avant 1848, c'est-à-dire lorsque l'Ecole germaniste allemande était encore très active⁹⁷⁸. Cependant, il serait inutile d'insister sur la différence entre l'époque de BESELER et celle de GIERKE⁹⁷⁹. Celui-ci s'est élevé, selon M. STOLLEIS, contre notamment le positivisme de la science publiciste développé après 1848, en s'appuyant sur le mouvement national du libéralisme organique, et, par la suite, sur la représentation idéaliste

⁹⁷⁶ Voir *ibid.* p. 280.

⁹⁷⁷ Outre son influence sur E. H. KANTOROWICZ, voir par exemple Santiago PANIZO ORALLO. *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. Pamplona : Universidad de Navarra, 1975.

⁹⁷⁸ Voir Georg BESELER. *Die Lehre von den Erbverträgen*. 3 tomes, t. 1. Göttingen : Dieterich, 1835, p. 69-88.

⁹⁷⁹ GIERKE s'est notamment heurté à la doctrine représentée par GERBER et P. LABAND (1838-1918). Voir en général JOUANJAN. *Une histoire*. p. 187-281. Michael STOLLEIS. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft : 1800 - 1914*. 3 tomes, t. 2. München : Beck, 1992, p. 330-348, 359-363.

de l'évolution de la constitution allemande⁹⁸⁰. En effet, GIERKE a même affirmé la priorité méthodologique de l'histoire par rapport à la science positiviste en préconisant que « ce qui doit être scientifiquement saisi doit avant tout être génétiquement expliqué »⁹⁸¹. Ce dont GIERKE se préoccupait était totalement inconnu de BESELER, pour qui l'Ecole pandectiste à son apogée était également historiciste.

Par rapport à la théorisation gierkienne de la notion de *Genossenschaft*, J. SCHRÖDER a raison de faire remarquer qu'au départ, BESELER mettait plutôt l'accent sur, d'un côté, le régime de l'indivision germanique connue sous le nom de « main commune » (*Gesamthand*), et, de l'autre, la réunion des individus d'une manière « associative » (*körperschaftlich*) que sur la forme de *Genossenschaft*⁹⁸². Ce n'était, selon le professeur de Tübingen, dans le texte polémique de 1843 que BESELER a lié le concept de *Genossenschaft*

⁹⁸⁰ BÖCKENFÖRDE. *Deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*. p. 147 et s. Stolleis. *Staatsrechtslehre (Geschichte, t. 2)*. p. 361.

⁹⁸¹ Otto Friedrich von GIERKE. *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Aufsätze und kleinere Monographien. Otto von Gierke / s. dir. Wolfgang PÖGGELER*. Hildesheim : Olms-Weidmann, 2001. Réimpression de *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 1883, 7, p. 1097-1195, p. 287. Stolleis. *Staatsrechtslehre (Geschichte, t. 2)*. p. 360.

⁹⁸² Voir BESELER. *Erbverträgen (t. 1)*. p. 69-88. Jan SCHRÖDER. *Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 403-407. Sachez, en outre, que le régime de copropriété ou d'indivision en main commune existe toujours dans le *BGB* en vigueur, notamment à l'égard du contrat de société (art. 719) et de la communauté entre époux (art. 1419).

H. LÉVY-ULLMANN (1870-1947) a ainsi traduit l'art. 719 : Al. 1 : « Aucun associé ne peut disposer de sa part dans le patrimoine social et dans les objets individuels qui y sont compris ; il n'est pas fondé à exiger le partage » (*Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen*). Al. 2 : « Contre une créance qui fait partie du patrimoine social, le débiteur ne peut compenser une créance qui lui appartient contre l'un des associés individuellement » (*Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen*). *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900 / s. dir. Claude BUFNOIR, Jules CHALLAMEL, Joseph DRIoux et al.* 4 tomes, t. 2. Paris : Imprimerie nationale, 1906, p. 246-247.

Quant à l'art. 1419, ou bien l'art. 1442 dans la première édition du *BGB*, la traduction de F. GENY (1861-1959) porte le texte suivant : Al. 1 : « Un époux ne peut disposer de sa part dans le bien de communauté et dans les objets individuels qui y sont compris ; il n'est pas fondé à exiger le partage » (*Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil am Gesamtgut und an den einzelnen Gegenständen verfügen, die zum Gesamtgut gehören; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen*). Al. 2 : « Contre une créance qui fait partie du bien de communauté, le débiteur ne peut compenser qu'une créance dont le règlement puisse être exigé sur le bien de communauté » (*Gegen eine Forderung, die zum Gesamtgut gehört, kann der Schuldner nur mit einer Forderung aufrechnen, deren Berichtigung er aus dem Gesamtgut verlangen kann*). *Code civil allemand (t. 3) / s. dir. BUFNOIR, CHALLAMEL, DRIoux et al.*, p. 233-234.

à l'indivision en main commune, ce à quoi le germaniste a plus tard renoncé⁹⁸³. Rappelons-nous que cette indivision était une des conséquences tirées de la fameuse copropriété de la famille germanique⁹⁸⁴. Si BESELER visait une certaine prétention de SAVIGNY, sa cible ne pouvait pas être la théorie de la personnalité morale ou juridique du romaniste, car cette théorie n'a été formulée que cinq ans après la critique du germaniste. En revanche, l'on doit, à l'avis de SCHRÖDER, lui reconnaître le mérite de poser, vraisemblablement pour la première fois au XIX^e siècle, en termes explicites, le principe de la liberté de création d'association⁹⁸⁵. Avec cet appel pour la liberté, BESELER a, disait SCHRÖDER, développé sa notion d'association qui allait à l'encontre de celle de corporation, qui, traditionnellement, impliquait l'intervention du pouvoir public.⁹⁸⁶

Cependant, BESELER a, prétend SCHRÖDER, justifié la libre création d'association, non pas par l'autorité de la tradition nationale, ni par n'importe quelle phrase de TACITE, mais par sa définition nouvelle du concept d'association. En traçant l'évolution de la théorie d'association de BESELER, SCHRÖDER le voit formuler, d'emblée, une définition fondée sur la durée des activités communes, et, après tant de critiques sur sa faiblesse apparente, une autre s'appuyant plutôt sur les buts communs inscrits dans le statut⁹⁸⁷. D'après le spécialiste, ce que BESELER avait en vue lorsqu'il construisait cette définition, c'était le sens ancien de corporation enraciné dans la société des ordres et des états (*Stände*)⁹⁸⁸. Ainsi, l'on estime généralement que BESELER faisait partie du libéralisme politique avant le Parlement de

⁹⁸³ Voir SCHRÖDER. *Zur älteren Genossenschaftstheorie*. p. 407-417. Voir aussi ci-dessus p. 351.

⁹⁸⁴ Voir ci-dessus p. 340-341, 348, 355.

⁹⁸⁵ SCHRÖDER. *Zur älteren Genossenschaftstheorie*. p. 426-427. Le professeur à la faculté de Tübingen nous renvoie également à BESELER. *Volksrecht und Juristenrecht*. p. 169-181. KIEFNER. *Das Städtelsche Kunstinstitut*. Christian Friedrich ELVERS. *Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1827, p. 157-247. L'affaire du musée Städel a suscité le soutien de plusieurs auteurs pour la libre création de fondation. Quant à la discussion de ELVERS, il a fait recours, non pas au « droit national » (*Volksrecht*), mais au silence de la loi.

⁹⁸⁶ Voir *ibid.* p. 426-431.

⁹⁸⁷ *Ibid.* p. 426, 430.

⁹⁸⁸ *Ibid.* p. 437.

Francfort, auquel il a également assistée⁹⁸⁹. En revanche, la théorie de GIERKE n'était, apparemment, pas basée sur la même idée d'égalité devant la loi, mais, nous venons de le voir, sur un rapport organique.

Outre la comparaison avec son maître, BESELER, il faut également tenir compte de l'interprétation gierkienne de certains textes canoniques. A propos du passage d'INNOCENT IV que nous venons de citer, R. FEENSTRA a rappelé qu'il ne s'agissait pas de l'occurrence « *persona ficta* » telle quelle, mais de l'idée de telle *persona*. Ce terme devait effectivement être attribué, non pas au fameux pape, mais à un autre canoniste postérieur, notamment Jean d'ANDRE (*Johannes Andreae*, entre 1270 et 1275-1348), qui alla jusqu'à écrire que l'*universitas* « était » une *persona*⁹⁹⁰. GIERKE n'a rien dit sur cette dernière occurrence, ce qui nous semble cohérent avec son identification, pour ne pas dire confusion, des « *persona* » et de « personne ». Il n'a, d'après FEENSTRA, non plus accordé suffisamment d'attention au mot *una* dans la citation pontificale « *cum collegium in causa universitatis fingatur una persona* » : ayant découvert le renvoi d'INNOCENT IV à une loi du Code de JUSTINIEN portant sur *iuramentum calumniae*⁹⁹¹, le médiéviste de Leiden considérait que le terme « *una persona* » devait s'opposer à « plusieurs *personae* » qui faisaient une *universitas*⁹⁹². En croyant que GIERKE était allé trop loin, L'historien néerlandais lisait plus prudemment le texte papal en observant que le souverain pontife paraissait « bien s'être servi plus d'une fois de la construction de la personne juridique » malgré l'unique occurrence de « *fingatur una*

⁹⁸⁹ *Ibid.* p. 437-438.

⁹⁹⁰ FEENSTRA. Histoire des fondations. p. 412. GIERKE. *Genossenschaftsrecht* (t. 3). p. 279, note 104. L'article a été partiellement réimprimé avec la pagination originelle dans Robert FEENSTRA. L'histoire des fondations : à propos de quelques études récentes. *Le droit savant au Moyen Âge et sa vulgarisation*. London : Variorum Reprints, 1986.

⁹⁹¹ Notamment C. 2, 58, 2, 5. Le « serment de calomnie » incombait à l'accusateur avant le procès afin de prouver que son accusation n'avait rien de calomnieux. Voir Jean-Marie CARBASSE. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 2^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2006, p. 40-41. Charles LEFEBVRE. Le « *iuramentum calumniae* » en droit canonique aux XII^e et XIII^e siècles. *Ephemerides iuris canonici*, 1948, 4, p. 564-586.

⁹⁹² FEENSTRA. Histoire des fondations. p. 416.

persona »⁹⁹³, mais « la forme de ses idées » était, aux yeux de FEENSTRA, « rudimentaire »⁹⁹⁴. Le pape n'a nulle part évoqué ni le terme « *persona ficta* », ni celui « *persona repraesentata* »⁹⁹⁵.

Encore plus récemment, P. LANDAU a clairement refusé les apports canoniques que GIERKE avait attribués au soi-disant principe fondamental de *Genossenschaft* en droit germanique. Constatant la méfiance générale des spécialistes contemporains vis-à-vis de presque tous les exemples historiques qu'a évoqués GIERKE, LANDAU a choisi la conception gierkienne de personne comme la plus grande cible⁹⁹⁶. Selon l'éminent canoniste, en effet, le passage d'INNOCENT IV n'avait rien à voir avec une personne juridique de l'*universitas* qui dépassait les membres individuels, mais, au contraire, ne parlait qu'un « point de référence juridique pour l'attribution de droits à l'ensemble des membres *ut universi* avec la fiction de l'abstraction (*nomen intellectuale*) de *persona* »⁹⁹⁷. Ainsi, l'*universitas* était, rappelait LANDAU, non pas une « unité conceptuelle », mais une « unité au sens de visualisation (*Veranschaulichung*) ». Dans ce sens-là, le doyen de la faculté de Munich considérait que GIERKE avait tort en appelant la conception du célèbre pape théorie de « création » ou de « personification » juridique⁹⁹⁸. Le premier cherchait chez le second une théorie d'établissement (*Anstalt*) inexistante, d'après LANDAU, dans les sources médiévales, et n'arrivait pas à lever la contradiction qui résultait de sa propre interprétation historique : si le droit canonique avait pris les personnes juridiques comme établissements réellement

⁹⁹³ *Ibid.* p. 413, note 489.

⁹⁹⁴ *Ibid.* p. 423. Voir aussi FEENSTRA. Histoire des fondations. p. 417. GILLET. Personnalité juridique. p. 163-167.

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ Voir Peter LANDAU. Otto von Gierke und das kanonische Recht. *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen* / s. dir. Joachim RÜCKERT, Dietmar WILLOWEIT. Tübingen : Mohr, 1995, p. 90-91.

⁹⁹⁷ *Ibid.* p. 92. La diversité des termes employés pour la fameuse *persona* n'a pas échappé aux autres auteurs. L'on compte par exemple *nomen iuris*, *nomen intellectuale*, *res incorporalis*. Voir FEENSTRA. Histoire des fondations. p. 417, note 107.

⁹⁹⁸ LANDAU. Otto von Gierke. p. 92.

existants comme le voulait GIERKE, il aurait fallu que ce droit y vît quelque chose de plus que la simple fiction⁹⁹⁹.

Il nous semble que l'interprétation de la thèse d'INNOCENT IV qu'a résumée LANDAU est assez proche de la doctrine, par exemple, de TROPLONG en matières de sociétés en ce que la collectivité d'une *universitas*, pour ainsi dire, n'a, du point de vue ontologique, aucune substance. Alors que bien des juristes français avant 1870 prenaient la société comme être moral « sous certains rapports », LANDAU décrivait l'*universitas* en droit canonique comme une « unité d'effets » (*Wirkungseinheit*) qui n'était ni séparée des particuliers, ni de nature « transindividuelle »¹⁰⁰⁰. De plus, le professeur rappelait que les membres de corporation, n'étant point assujettis à elle, jouissaient du droit à la prébende et du droit de vote¹⁰⁰¹. Contrairement à ce que l'on dit de la théorie de la fiction, l'*universitas* canonique pouvait, selon LANDAU, avoir sa volonté et agir par ses membres, comme elle avait normalement besoin du concours de ses représentants¹⁰⁰². En tout état de cause, le canoniste allemand ne voyait aucun problème dans la « fiction » de la personne juridique constituée par une universalité des biens comme une fondation ou un *beneficium* canonique, car une fiction juridique était déterminée par le but auquel elle était dédié, et n'avait pas à s'appuyer sur aucun substrat du même genre, et il en résultait que le concept canonique de personne juridique ne devait pas être pris comme « entités transpersonnelles »¹⁰⁰³. De là, l'historien du droit renommé ne croyait pas pouvoir trouver le moindre critère de distinction entre l'association canonique et celle germanique¹⁰⁰⁴. Ainsi, LANDAU a conclu que les historiens du droit allemands devraient « enterrer aussi bien la construction d'un droit de

⁹⁹⁹ *Ibid.* p. 91, 92.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.* p. 92.

¹⁰⁰¹ *Ibid.* p. 93.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

Genossenschaft allemand que celle d'une liberté allemande »¹⁰⁰⁵. Rappelons-nous, à l'occasion, la conclusion de KROESCHELL sur la propriété germanique, qui va dans le même sens¹⁰⁰⁶.

Chronologiquement, les critiques pertinentes sur l'interprétation de GIERKE n'étaient disponibles qu'à partir de 1927, quand P. GILLET a publié son ouvrage très important en Belgique qui ne semblait pas largement diffusé en dehors du lectorat francophone¹⁰⁰⁷. Avant 1914, c'est-à-dire le bout de notre parcours, personne n'a pu contester globalement la thèse de GIERKE. Cela s'explique par bien des raisons, mais l'une des plus convaincantes en paraît, non pas le bien fondé de son travail historique car personne ne pouvait l'examiner au fond, mais le parti pris de GIERKE à l'égard de la liberté d'association.

Section III Réception et divergence doctrinale

Si, conformément à la littérature francophone contemporaine, la période entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e est marquée par sa richesse à l'égard du concept de personne morale ou juridique tel que l'on le connaît aujourd'hui, elle nous paraît pauvre du point de vue lexical. Certes, l'on salue la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. Cependant, elle n'a inventé ni le terme, ni le concept de personne ou de personnalité morale ou juridique. Il ne faut pas imaginer qu'avant l'entrée en vigueur de la grande loi, les associations au sens large et de toute nature aient été toutes soumises au régime d'autorisation préalable sous peine de dissolution, ce que bien des auteurs contemporains professent toujours

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* p. 94. Son insistance.

¹⁰⁰⁶ Voir ci-dessus p. 340.

¹⁰⁰⁷ Voir ci-dessus p. 313, note 560, et p. 438, note 994. FEENSTRA a noté que ce livre n'avait pas été cité par celui de P. W. DUFF (1938) que nous avons mentionné dans l'introduction. De même, LANDAU n'a pas observé dans la littérature germanophone l'attention dont l'ouvrage de GILLET mérite. Voir FEENSTRA. Histoire des fondations. p. 414, note 495. LANDAU. Otto von Gierke. p. 87.

en faisant appel à la représentation de MICHOU¹⁰⁰⁸. Ce grand spécialiste – généralement admis comme le plus grand parmi les civilistes francophones – nous semblait avoir en vue, non pas toutes les associations susceptibles, sur le plan doctrinal au moins, d'être qualifiées de « personne morale » à son sens, mais seulement les corporations autorisées et les associations interdites. Nous avons du mal à comprendre pourquoi ces deux catégories épuisent toutes les possibilités. A la différence de l'ouvrage de CLUNET publié parallèlement au sien, le grand traité de MICHOU¹⁰⁰⁸ n'a accordé que peu de place aux clubs et aux cercles qui ne se distinguent pas facilement des associations au sens de la loi de 1901.

En fait, ce qui importe dans la littérature de la décennie 1900 ne nous semble pas le concept de personne morale. Il s'agit, au contraire, de la liberté d'association d'un côté, et de la question sur le rapport entre l'Eglise et l'Etat de l'autre. La majorité, sinon l'ensemble, des discussions sur le concept de personne morale alors faisait une sorte de « rattrapage » de la littérature allemande concernée, alors que cette problématique devenait internationale¹⁰⁰⁹. Outre la doctrine allemande, les travaux préparatoires du futur BGB fournissaient aux auteurs français des matières intéressantes pour comparaison. SALEILLES, traducteur de la partie générale du code allemand, a consacré une série d'études au régime des personnes juridiques renfermé dans cette partie¹⁰¹⁰. A l'instar de SALEILLES, ceux qui militaient pour la liberté de

¹⁰⁰⁸ Voir MICHOU¹⁰⁰⁸. *Theorie (réimpression t. 1)*. p. 406-417.

¹⁰⁰⁹ Il faut notamment rendre compte des contributions italiennes et anglaises. Voir Francesco Ruffini. *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federico Carlo di Savigny*. Torino : Bocca, 1898. Francesco FERRARA. *Le persone giuridiche*. Torino : UTET, 1958. Réimpression de la 2^e édition de 1923. David RUNCIMAN, Magnus RYAN, Frederic William MAITLAND. *F.W. Maitland : state, trust, and corporation*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

¹⁰¹⁰ Voir Raymond SALEILLES. Notice sur le Code civil, pour l'empire d'Allemagne, du 18 août 1896. *Annuaire de législation étrangère*, 1898, p. 142-160. Raymond SALEILLES. Note sur l'acquisition de la personnalité civile dans le Code civil allemand. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899, 28, 260-281. Raymond SALEILLES. Les Associations dans le nouveau droit allemand. *Le Droit d'association. Etudes, notes et rapports présentés au congrès tenu à Paris les 25, 26 et 27 mai 1899, sous la présidence de M. Etienne Lamy*. Paris : Rondelet, 1899. Raymond SALEILLES. Note sur l'article 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899, p. 452-459. Raymond SALEILLES. Notes sur deux articles du Code civil pour l'empire d'Allemagne. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, 29, p. 149-160. Raymond SALEILLES. Les personnes juridiques dans

création d'association mettaient en relief l'art. 21 du BGB selon lequel « une association dont le but ne vise pas une entreprise de caractère économique acquiert la capacité de jouissance des droits par l'inscription au registre des associations du tribunal de baillage compétent »¹⁰¹¹. Toutefois, l'Empire wilhémien a réservé son pouvoir de dissolution par l'art. 43 du même code à l'égard des associations qui, parmi les causes, poursuivaient un but de nature « politique, social-politique ou religieux »¹⁰¹².

La liberté d'association étant privilégiée, les diverses théories de personnalité morale ou juridique se trouvaient, en quelque sorte, instrumentalisées, et, à certains égards, mal comprises. La plus grande victime était, sans doute, la théorie de la fiction de SAVIGNY, dont nous nous sommes efforcé de dissiper quelques malentendus¹⁰¹³. De manière explicite, MICHOUD considérait qu'elle ferait de l'Etat « le maître absolu » de la fiction utilisée pour la création de personnes morales ou juridiques, et que toute personnalité morale serait une sorte de « faveur »¹⁰¹⁴. Avec plus de prudence, SALEILLES estimait que l'ouvrage de ZACHARIÄ traduit par AUBRY et RAU était responsable de la diffusion de la fameuse théorie en France¹⁰¹⁵, et que la thèse de SAVIGNY avait été exagérée et radicalisée par ses « disciples » jusqu'à devenir une théorie concessionniste que nous venons de voir MICHOUD critiquer¹⁰¹⁶. En revanche, SALEILLES tenait à valoriser la théorie de la réalité précisément en raison, nous semble-t-il, de son utilité pour la libre création d'association. Il entendait, en effet, justifier sa position par, non pas une « histoire des théories », mais « l'évolution des

le Code civil allemand [commentaire des art. 21-89]. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1901, 15-16, p. 193-250, 428-464, 212-264.

¹⁰¹¹ *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900* / s. dir. Claude BUFNOIR, Jules CHALLAMEL, Joseph DRIoux et al. 4 tomes, t. 1. Paris : Imprimerie nationale, 1904, p. 22-23.

¹⁰¹² *Ibid.* p. 39.

¹⁰¹³ Voir ci-dessus p. 316-323.

¹⁰¹⁴ MICHOUD. *Théorie (réimpression t. 1)*. p. 17.

¹⁰¹⁵ Raymond SALEILLES. Etude sur l'histoire des sociétés en commandite (1^e et 2^e parties). *Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international* 9, 1895: p. 79.

¹⁰¹⁶ SALEILLES. De la Personnalité juridique. p. 309-311.

faits »¹⁰¹⁷, et son travail avait, en effet, pour but de récapituler ce que le civiliste avait lu chez GIERKE et MOMMSEN. Par rapport à SALEILLES, MICHOD restait dans son domaine « technique » et rendait compte de davantage de critiques postérieures envers le système de GIERKE¹⁰¹⁸. Si l'on nous demande pourquoi, chez SALEILLES, l'historique est, en quelque sorte, devenu normatif, il sera difficile de ne pas songer à sa réaction contre la loi de 1905. Il convient de remarquer que c'était en cette année-là seulement que le catholique convaincu n'a rien publié sur les thèmes d'association et de personnes morales. Dans l'ouvrage collectif qui lui a été dédié après sa mort subite, P. FOURNIER (1853-1935) nous a rapporté que SALEILLES, profondément ému par l'incident politique, s'efforçait toujours de retrouver un statut legal pour l'Eglise de France, et croyait que le vrai obstacle était, non pas l'hostilité aux croyances chez les juristes français de l'époque, mais leurs idées sur la personnalité juridique¹⁰¹⁹. Or les congrégations religieuses n'ont jamais disparu totalement du sol français. Bien au contraire, nous savons que le régime de Concordat avait instauré un cadre institutionnel de cultes reconnus dans lequel une congrégation autorisée était, malgré tout anachronisme, une « personne morale »¹⁰²⁰.

Cela dit, le milieu des civilistes français n'a pas seulement rattrapé les théories de la fiction et de la réalité. Nous devons rappeler deux événements qui, malgré leur pertinence, n'ont que peu de valeur historique. D'une part, certains ont commencé à détacher « personne » et « sujet de droit » en se référant aux conceptions de droit sans sujet, de *Zweckvermögen* et de patrimoine d'affectation. De l'autre, le terme « droit de la personnalité » a fait son entrée dans

¹⁰¹⁷ *Ibid.* p. 45.

¹⁰¹⁸ Voir MICHOD. *Theorie (réimpression t. 1)*. p. 153-155.

¹⁰¹⁹ Paul FOURNIER. R. Saleilles, historien du droit. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris : Rousseau, 1914, p. 178. Quant à la réaction de SALEILLES à la loi de 1905, voir Robert BEUDANT. Les travaux de Raymond Saleilles sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris : Rousseau, 1914.

¹⁰²⁰ Voir en général DURAND. Code civil et droit canonique. Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET. Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation. *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, 82, n° 1, p. 45-69.

le langage juridique français. MICHOU, sans être lui-même partisan d'une théorie de droit sans sujet, se bornait pourtant à définir le concept de personne sans aucun élément humain. Le mot *personne*, inaugurerait-il son ouvrage, « dans la langue juridique, désigne un sujet de droit, c'est-à-dire un être capable d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant »¹⁰²¹. Cette définition inscrite dans une étude « technique » se distinguait du concept quadruple de SAVIGNY, et résonnait avec d'autres tentatives doctrinales¹⁰²². Alors que MICHOU n'a pas pris la peine de discuter si les êtres non humains pourraient être des personnes en droit, l'article R. DEMOGUE (1872-1938), négligé à son époque, a plus tard inspiré, parmi d'autres, J.-P. MARGUENAUD en évoquant la possibilité d'accorder à un animal ou à un monument la qualité de sujet de droit¹⁰²³. Quant au « droit de la personnalité », l'on n'en entendait parler en français qu'à partir de 1909 grâce à l'article de E.-H. PERREAU, qui n'était pas plus célèbre alors que le texte de DEMOGUE¹⁰²⁴. Le professeur à la faculté de Toulouse l'a, en effet, emprunté cette notion à GIERKE, qui avait ainsi défini *Persönlichkeitsrechte* : c'étaient, disait-il, des droits qui assuraient à leurs sujets « le pouvoir sur un élément constitutif de la propre sphère de personnalité » (*Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre*)¹⁰²⁵.

A notre avis, l'un et l'autre événement rappellent les emplois traditionnels de « *persona* ». Puisque le mot *persona*, en passant dans la construction « *personam sustinere* + complément d'objet au génitif », se fait désémantiser, rien n'empêche que l'on attribue la

¹⁰²¹ MICHOU. *Theorie (réimpression t. 1)*. p. 3.

¹⁰²² Voir *ibid.* p. 8.

¹⁰²³ Voir René DEMOGUE. La notion de sujet de droit, caractères et conséquences. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 611-655. Jean-Pierre MARGUENAUD. *L'animal en droit privé*. Paris : Presses universitaires de France, 1992. Jean-Pierre MARGUENAUD. Un statut juridique pour les extraterrestres? *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit, études offertes à Claude Lombois*. Limoges : Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 104-105.

¹⁰²⁴ Voir Ernest-Etienne-Hippolyte PERREAU. Des droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501-536.

¹⁰²⁵ Voir GIERKE. *Deutsches Privatrecht*. p. 702.

qualité de « porter une *persona* de quelqu'un ou de quelque chose » aux êtres non humains. Quant aux droits de la « personnalité », GIERKE a précisé qu'ils ne devaient pas être confondus avec « *Recht der Persönlichkeit* », que nous devons, malgré la ressemblance des deux termes, plutôt traduire par « droit de la personne »¹⁰²⁶ : le premier terme désignait, d'après GIERKE, les « droits (de chacun) sur sa propre personne », autrement dit une personne à « avoir », tandis que le second signifiait tout simplement le droit de se faire reconnaître comme personne au sens juridique, autrement dit une personne à « être »¹⁰²⁷. Malheureusement, l'intérêt des civilistes sur les questions de personne et de personnalité n'a pas survécu à la Grande guerre. Les grands participants du débat doctrinal ont successivement disparu, et leurs travaux restaient, désormais, couverts de poussière.

¹⁰²⁶ *Ibid.* p. 703.

¹⁰²⁷ *Ibid.* p. 703, 265.

Conclusion

Comme ce que nous avons annoncé dans l'introduction de cette étude, la question de « personne » s'est arrêtée pour des raisons extérieures, notamment la Grande guerre et la rupture des échanges intellectuels franco-allemands. Nous espérons que cette étude contribuera, d'une part, à faire relire des ouvrages et surtout la jurisprudence avant 1870, et, de l'autre, à ajouter davantage de droit à l'histoire, et davantage d'histoire au droit.

A travers l'étude présente, nous avons constaté que le mot « personne » ne connaissait, dans la littérature plus ancienne, que des emplois assez limités. Si nous nous permettons d'en énumérer, le mot « personne » est :

A. Généralement, un pronom, et signifie « quelqu'un » avec une valeur positive, ou « nul » lorsqu'il a une valeur négative. Nous rangeons ici l'emploi de substantif où le terme « personne » est défini comme individu humain. Il faut noter qu'un prédicat y est toujours attaché. Autrement dit, il n'y a pas d'emploi absolu, et, conséquemment, la combinaison de « personne + prédicat » est susceptible d'être transformé en adjectif substantivé, ce qui est plus courant en langue allemande qu'en français.

B. I. En langue juridique, quand le mot « personne » a une signification :

1. Le terme « personnes » au pluriel désigne l'un des trois genres les plus fondamentaux auxquels les droits ont trait. Les deux autres sont, notamment, les choses et les actions. C'est le sens utilisé dans le titre du livre I du Code civil. Là, les « personnes » signifient l'ensemble des catégories issues de distinctions diverses dont les critères ne sont ni exclusifs, ni complémentaires les uns des autres. Les personnes et les choses opposées les unes aux autres, l'on parle de la « personnalité des lois »

lorsqu'il s'agit des lois qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories spécifiques de personnes.

2. Par extension, le terme « personne » au singulier signifie le corps, la vie ou le comportement en général. L'on parle du « gouvernement de la personne du mineur » qui s'oppose à l'administration des biens de celui-ci. En outre, l'autorité maritale sur la personne de la femme va dans la même direction.

3. En matière de mariage, la « personne » est l'ensemble des caractéristiques d'un individu. L'on parle de sa « personne physique » (taille, poids, *etc.*) et de sa « personne morale » ou « civile » (nom, état civil, généalogie, *etc.*). Ainsi, le mot « personne » est synonyme du mot « identité », et « personne physique » peut être remplacée par « identité physique ». Ici, « personne » s'emploie au sens figuré de son étymon « *persona* », *i. e.* masque ou rôle, et doit passer avec des verbes transitifs comme avoir, posséder, jouer, ou bien ceux de la famille de « porter ». Cette signification donne le verbe « personnaliser » : telle ou telle caractéristique « personnalise » quelqu'un.

4. Dans le même sens mais plus abstrait encore, « personne » signifie, dans des contextes particuliers, rôle ou position en droit. L'on parle de la « personne publique » et de la « personne privée » ou « civile » du roi. Les verbes à utiliser dans la construction de syntaxe sont les mêmes que dans l'emploi précédent. D'ailleurs, l'on dit que quelqu'un « dispose de sa personne » soit au sens de contracter le mariage, soit au sens de conclure un contrat de location de service. Dans cette expression, le mot « personne » peut avoir ou bien le sens du point 2 ci-dessus, ou bien le sens plus abstrait du point présent : la « personne » à disposer est soit la force physique ou la capacité d'achever un travail, soit l'état civil. L'on met alors sa personne au service

d'un co-contractant en termes convenus, ou change sa position juridique en se mariant.

5. En droit pénal, les « crimes et délits contre les personnes » concernent la vie, la santé, l'intégralité du corps, l'honneur et même le cadavre d'un individu humain. L'on parle de « l'attentat à la personne » de quelqu'un à ce sens pénaliste. Il faut noter que « personne » ici est toujours à la position de complément d'objet.

6. Spécifiquement, l'on traduit en français la *persona moralis* de PUFENDORF en « personne morale ». Bien des catégories sont nommées « personnes morales » par le jurisconsulte. Dans ce contexte précis, l'on dit par exemple qu'un contrat de société, une compagnie de commerce ou bien une communauté entre époux « est », « forme » ou « constitue » une personne morale.

B.II. Toujours en langue juridique, quand le mot « personne » est n'a pas de sens par lui-même :

1. Dans la locution « *personam sustinere, gerere, etc.* + complément d'objet au génitif » qui veut dire « tenir (le) lieu de », « prendre la place de », « représenter ». Une autre locution semblable, « *locum optinere, etc.* + complément d'objet au génitif », a la même signification. Comme *persona*, le mot « *locus* » (lieu, endroit) ne peut, dans cette construction, avoir un sens particulier non plus.

2. Par extension, l'on disait autrefois « personne du père » (= le père), « personne du tuteur » (= le tuteur), « personne du créancier » (= le créancier), « personne du débiteur » (= le débiteur), et ainsi de suite. Cet usage est aujourd'hui vieilli et rare.

L'un des grands pièges de ce mot se cache derrière le verbe « personnifier ». D'après la tradition que nous avons constatée, lorsque l'on « personnifie » quelque chose, celle-ci ne

« devient » pas « une personne » comme le verbe laisserait entendre (« faire une personne »). Il faut plutôt dire qu'elle « aura » une personne à porter, et qu'elle sera un être moral en elle-même. Cette qualité d'être moral n'a rien de substantiel du point de vue ontologique, car l'on ne l'invoque qu'aux cas nécessaires, ou bien en parlant comme TROPLONG, que « sous certains rapports ». Un être personnifié est également un « lieu » désigné, puisqu'il n'y a aucune différence de dire l'une ou l'autre expression du B.II.1 ci-dessus. L'on risque de créer davantage de problèmes en faisant une théorie de « personnalité morale » ou « personnalité juridique » à partir des textes comportant les expressions où ni « *persona* » ni « *locus* » n'a de sens. De même, l'on risque de créer plus de malentendus en forçant une définition anthropocentrique du mot « personne ». En droit, ce qui compte, c'est, non pas « être », mais « avoir » une personne.

Les emplois traditionnels sont tombés en désuétude depuis la Troisième République. Le germanisme ne nous semble pas la raison principale de cette situation, car, avant la fondation du régime républicain, il était plutôt minoritaire. La science juridique allemande n'aurait pas pu conquérir les juristes français, si l'Empire allemand n'avait pas été proclamé à Versailles. Qu'il s'agisse de la perte d'une bataille ou d'une guerre, la langue des praticiens a été privée de son autorité sur le mot « personne » après, dans un premier temps, la disparition de ses grands maîtres, et, dans un second, l'épuration de la magistrature. La place autrefois occupée par les partisans du langage traditionnel une fois vidée, l'âge de la « personnalité juridique » néologiste a commencé. Ainsi, le germanisme a triomphé sans la moindre résistance. Un bon siècle après la publication des livres de SALEILLES et de MICHOU, bien des auteurs français contemporains nous semblent toujours très attachés à la belle époque des juristes universitaires, où la nouvelle science juridique a substitué à l'Ecole de l'exégèse stigmatisée. Néanmoins, celle-ci n'était pas le véritable prédécesseur de la nouvelle école

scientifique. Le milieu des juristes français n'a jamais été composé par les universitaires seuls. Au lieu de l'Ecole de l'exégèse, il faut plutôt penser à la jurisprudence et aux praticiens. Sans pour autant souscrire au moindre révisionnisme historique à l'égard des régimes antérieurs, l'histoire du droit depuis la Révolution de 1789 jusqu'à l'éruption de la Première Guerre mondiale ne peut, à notre avis, pas être coupée en deux périodes dont l'une est sombre et ennuyeuse, l'autre, brillante et intéressante. Si l'on n'est pas encore prêt à « enterrer », comme ce que dit LANDAU à propos de l'histoire du droit de son pays, l'ensemble de l'héritage que les juristes de la Troisième République, il en faut un état des lieux critique – au moins, pour les étrangers comme nous, qui ont, bon gré, mal gré, reçu il y a longtemps le droit occidental au nom du progrès et de la civilisation.

Appendice I

Articles cités de la loi du 22 frimaire an VII

Source : DUVERGIER. *Collection complète* (2^e éd., t. 11). p. 90-135.

(p. 90) Résolution du 27 brumaire an VII:

Le Conseil des Anciens, adoptant les motifs de la déclaration d'urgence qui précède la résolution ci-après, approuve l'acte d'urgence.

Suit la teneur de la déclaration d'urgence et de la résolution du 27 brumaire :

Le Conseil des Cinq-Cents, après avoir entendu le rapport de sa commission des finances, considérant qu'il est nécessaire de simplifier les droits d'enregistrement, d'en régler les taux et quotités dans de justes proportions, d'étendre cette contribution à toutes les mutations qui en sont susceptibles, pour améliorer les revenus publics, et de prendre, sans délai, des mesures propres à en assurer la perception,

Déclare qu'il y a urgence, et prend la résolution suivante :

Art. 1^{er} :

Les droits d'enregistrement seront perçus d'après les bases et suivant les règles déterminées par la présente.

Art. 2 :

Les droits d'enregistrement sont fixes ou proportionnels, suivant la nature des actes et mutations qui y sont assujétis.

(p. 91) Art. 3 :

Le droit fixe s'applique aux actes, soit civils, soit judiciaires ou extrajudiciaires, qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni condamnation, collocation ou liquidation de sommes et valeurs, ni transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles ou

immeubles.

Il est perçu aux taux réglés par l'art. 68 de la présente.

Art. 4 :

Le droit proportionnel est établi pour les obligations, libérations, condamnations, collocations ou liquidations de sommes et valeurs, et pour toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès.

Ces quotités sont fixées par l'article 69 ci-après.

Il est assis sur les valeurs.

(p. 95) Art. 14 :

La valeur de la propriété, de l'usufruit et de la jouissance des biens meubles, est déterminée, pour la liquidation et le paiement du droit proportionnel, ainsi qu'il suit, savoir [...]

8° Pour les transmissions entre-vifs, à titre gratuit, et celles qui s'opèrent par décès, par la déclaration estimative des parties, sans distraction des charges.

(p. 101) Art. 24 :

Les délais pour l'enregistrement des déclarations que les héritiers, donataires ou légataires auront à passer des biens à eux échus ou transmis par décès, sont, savoir :

De six mois à compter du jour du décès, lorsque celui dont on recueille la succession est décédé en France ;

De huit mois, s'il est décédé dans toute autre partie de l'Europe ;

D'une année, s'il est mort en Amérique ;

(p. 102) *Et de deux années, s'il est en Afrique ou en Asie.*

Le délai de six mois ne courra que du jour de la mise en possession, pour la succession d'un absent ; celle d'un condamné, si ses biens sont séquestrés ; celle qui aurait été séquestrée pour toute autre cause ; celle d'un défenseur de la patrie, s'il est mort en activité de service hors de son département, ou enfin celle qui serait recueillie par indivis avec la nation.

Si, avant les derniers six mois des délais fixés pour les déclarations des successions de personnes décédées hors de France, les héritiers prennent possession des biens, il ne restera d'autre délai à courir, pour passer déclaration, que celui de six mois à compter du jour de la prise de possession.

(p. 102) Art. 27 :

Les mutations de propriété ou d'usufruit par décès seront enregistrées au bureau de la situation des biens.

Les héritiers, donataires ou légataires, leurs tuteurs et curateurs, seront tenus d'en passer déclaration détaillée et de la signer sur le registre.

(p. 103) *S'il s'agit d'une mutation, au même titre de biens meubles, la déclaration en sera faite au bureau dans l'arrondissement duquel ils se seront trouvés au décès de l'auteur de la succession.*

Les rentes et les autres biens meubles sans assiette déterminée lors du décès seront déclarés au bureau du domicile du décédé.

Les héritiers, légataires ou donataires rapporteront, à l'appui de leurs déclarations de biens meubles, un inventaire ou état estimatif, article par article, par eux certifié, s'il n'a pas été fait par un officier public : cet inventaire sera déposé et annexé à la déclaration, qui sera reçue et signée sur le registre du receveur de l'enregistrement.

Art. 28 :

Les droits des actes et ceux des mutations par décès seront payés avant l'enregistrement, aux taux et quotités réglés par la présente.

Nul ne pourra en atténuer ni différer le paiement, sous le prétexte de

contestation sur la quotité, ni pour quelque autre motif que ce soit, sauf à se pourvoir en restitution, s'il y a lieu.)

(p. 104) Art. 32 :

Les droits des déclarations des muta- (p. 105) -tions par décès seront payés par les héritiers, donataires ou légataires.

Les cohéritiers seront solidaires.

La nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement.

(p. 107) Art. 39 :

Les héritiers, donataires ou légataires qui n'auront pas fait, dans les délais prescrits, les déclarations des biens à eux transmis par décès, paieront, à titre d'amende, un demi-droit en sus du droit qui sera dû pour la mutation.

La peine pour les omissions qui seront reconnues avoir été faites dans les déclarations sera d'un droit en sus de celui qui se trouvera dû pour les objets omis : il en sera de même pour les insuffisances constatées dans les estimations des biens déclarés.

Si l'insuffisance est établie par un rapport d'experts, les contrevenans paieront en outre les frais de l'expertise.

Les tuteurs et curateurs supporteront personnellement les peines ci-dessus, lorsqu'ils (p. 108) auront négligé de passer les déclarations dans les délais, ou qu'ils auront fait des omissions, ou des estimations insuffisantes.

(p. 111) Art. 59 :

Aucune autorité publique, ni la Regie, ni ses préposés, ne peuvent accorder de remise ou modération des droits établis par la présente et des peines encourues, ni en suspendre ou faire suspendre le recouvrement, sans en devenir personnellement responsables. (actuellement art. 1702 du Code général

des impôts)

Appendice II

Arrêts sélectionnés de la Cour de cassation en matière de droits d'enregistrement sur des successions vacantes.

Sources : DALLOZ. *Répertoire Dalloz* (t. 7, 1827). p. 332-333, 361-364. DUVERGIER. *Collection complète* (2^e éd., t. 11). p. 105, note 103. *Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des principaux arrêts rendus par cette cour en matière civile et mixte* / s. dir. Géraud-Thimothée DENEVERS. Paris : Porthmann, an XII, p. 293-295. MERLIN. *Répertoire universel* (3^e éd., t. 4). p. 670-671. MERLIN. *Questions de droit* (2^e éd., t. 5). p. 134-141.

Compte tenu de l'accessibilité réduite des ouvrages de MERLIN, nous reproduisons ci-dessous l'intégralité des arrêts cités assortie de résumé de fait dans la mesure possible :

N° 1. :

Emmanuel CAFFIERY avait été nommé, par jugement du tribunal civil du département du Nord, curateur à la succession vacante de Pierre-Ambroise CHEVALIER, décédé en brumaire an 8. – Ce curateur n'ayant point, dans les six mois du décès, fait la déclaration prescrite par la loi, le receveur des droits d'Enregistrement décerna contre lui, le 12 thermidor an 10, une contrainte pour la somme de 6,000 fr. – Sur l'opposition d'Emmanuel CAFFIERY, est intervenu, le 14 pluviôse an 11, un jugement du tribunal civil de Dunkerque qui a déclaré la contrainte nulle, « attendu que, d'une part, le décès ne forme pas une transmission de biens, lorsque, comme dans l'espèce, la succession est absorbée par les dettes et n'est appréhendée par aucun ; que, d'autre part, le curateur ne tient sa mission ni des héritiers ni des créanciers, mais de la justice qui l'a constitué simple administrateur ; que d'ailleurs la loi concernant l'Enregistrement n'a point parlé des curateurs aux successions vacantes, mais seulement des tuteurs ou curateurs des personnes succédant à la propriété à titre d'héritiers, donataires ou légataires ; enfin, que la dévolution qui échoit aux

créanciers du défunt, n'est que la conservation et le saisissement du gage de créances antérieures ». – Les administrateurs de l'Enregistrement ont attaqué ce jugement devant la cour de cassation ; et le 19 thermidor an 11, au rapport de M. VASSE, arrêt qui, – : « *Vu les dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, tit. 1, art. 4 ; tit. 2, art. 14, n° 8 ; tit. 3, art. 24 ; tit. 4, art. 27 ; et tit. 6, art. 39 ; attendu que, par le fait du décès, la transmission s'opère de droit, soit que les successibles acceptent ou répudient la succession ; et que le curateur à une succession abandonnée tient la place de l'héritier, et représente l'hérédité ; qu'ainsi il n'y a pas moins ouverture au droit de mutation dans les deux cas ; attendu que les juges du tribunal de Dunkerque, en déclarant nulle la contrainte décernée le 12 thermidor an 10 contre Emmanuel CAFFIER, curateur à la succession vacante de Pierre-Ambroise CHEVALIER ; ont méconnu le vœu de la loi et ses dispositions, – casse et annule... »*

N° 2. L'arrêt est évoqué par MERLIN lorsqu'il a adressé ses conclusions pour l'affaire tranchée par l'arrêt n° 3. Voici ce que le Journal des audiences de DENEVERS nous rapporte :

Le 18 ventose an 8, décès de Jean-Pierre PERIDIER. – Ses héritiers ayant renoncé à sa succession, BRESSON (NDLR : « Charles BUSSON » chez MERLIN), l'un des créanciers, a été autorisé en justice à régir les biens qui la composaient.

Une contrainte a été décernée contre lui, pour le paiement des droits d'enregistrement, dus à cause du décès de PERIDIER.

BRESSON a formé opposition à cette contrainte, et a demandé à en être déchargé, prétendant que la succession de PERIDIER ayant été répudiée, il n'existait pas d'héritier, et par conséquent pas de mutation par décès. – Il s'est fondé pour l'établir, sur plusieurs dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, relative à l'enregistrement ; il en a conclu que ce n'était que sur la succession *recueillie* que le droit pouvait être perçu, puisque c'était aux *héritiers, donataires ou légataires* que la loi imposait l'obligation de déclarer la mutation par décès des biens à eux échus ; et il a soutenu que, n'étant pas devenu *propriétaire* des biens délaissés par PERIDIER, n'étant pas *héritier* et ne régissant pas pour des *héritiers*, il ne pouvait être contraint à payer des droits

d'enregistrement qu'il ne devait pas et qui n'étaient pas dus.

On a répondu au nom de l'administration de l'enregistrement, que l'article 4 de la loi du 22 frimaire an 7, établissait un droit proportionnel sur toute transmission de *propriété, d'usufruit ou de jouissance* de biens, meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès ; qu'ici, il y avait transmission de biens par décès ; qu'il était donc dû un droit proportionnel d'enregistrement ; qu'il ne s'agissait que de savoir par qui ce droit devait être payé ; que l'article 32 de la loi de frimaire an 7, portait bien, §. 1^{er}., que ce droit serait payé par les *héritiers, donataires ou légataires*, mais qu'on ne pouvait induire de cette disposition que les créanciers fussent affranchis de ce paiement ; qu'ils y étaient assujettis comme *détenteurs* des biens, l'article 32 portant, §. 3, que la nation aura, pour le paiement des droits, action sur les revenus des biens à déclarer, *en quelques mains qu'ils se trouvent*.

Le 19 ventose an 10, jugement du tribunal de première instance de Montpellier, qui, attendu qu'il est de principe que nul n'est hériter qui ne veut ; que les héritiers légitimes de PERIDIER ayant répudié sa succession, il n'a pu s'opérer aucune mutation sur leur tête ; que la loi du 22 frimaire an 7, n'assujettit au paiement des droits que des héritiers, donataires ou légataires, et que BRESSON ne jouit des biens composant la succession vacante dont il s'agit, que comme séquestre judiciaire. – Le décharge de la contrainte décernée contre lui.

Pourvoi en cassation pour violation ou fausse application des art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7.

Il y a, a dit l'administration de l'enregistrement, mutation, en cas de succession répudiée, comme en cas de succession acceptée ; par l'effet du principe, le mort saisit le vif, la mutation s'opère en faveur des héritiers inconnus, mais appelés à succéder après ceux qui y ont renoncé, ou en faveur des créanciers ; les uns ou les autres sont représentés par le curateur à la succession vacante, ou par le commissaire à l'administration des biens ; le curateur ou les créanciers en jouissent, et cette jouissance est l'effet du décès du propriétaire, sur la tête duquel la propriété a cessé de résider dès l'instant où il a cessé d'exister.

La mutation, a-t-elle ajouté, a toujours été considérée comme tellement constante par le seul fait du décès, qu'en matière féodale, le curateur à une

succession vacante ne pouvait être reçu en qualité d'homme vivant et mourant sans avoir payé le droit de relief de son chef ; et que, faute d'y avoir satisfait, le seigneur était en droit d'agir par voie de saisie féodale. Un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736, a consacré ce principe.

Le tribunal de Montpellier, a-t-elle fini par dire, n'a donc pu, sans violer la loi du 22 frimaire an 7, exempter BRESSON du paiement du droit proportionnel d'enregistrement qu'elle avait demandé, les biens de la succession de PERIDIER se trouvant dans ses mains ; il était tenu, sous le simple rapport de *détenteur* de ces biens, de payer ce droit qui, suivant l'art. 14 de la même loi, devait être payé *sans distraction des charges*.

Le tribunal, de l'avis du commissaire JOURDE, – « *Vu les art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7, – et considérant que l'instant du décès du précédent propriétaire fixe celui de l'ouverture de la succession, ainsi que du droit d'enregistrement, et que ce n'est pas un motif d'en refuser ni même d'en différer le paiement, après le délai prescrit par la loi, soit que ceux qui sont habiles à succéder n'aient pas encore pris de qualité, soit que la succession ne soit acceptée que par bénéfice d'inventaire, soit qu'elle soit répudiée et reste vacante, ou qu'elle soit administrée par un curateur, avec d'autant plus de raison que le droit devant être payé sur la valeur des biens, sans aucune déduction de dettes ni charges, la renonciation ordinairement déterminée par elles ne peut ni faire cesser le droit ouvert par le seul fait du décès, ni en modifier la perception ; casse, etc.* » (NDLR : le 18 nivôse an XII) *Le cit. MALEVILLE, président. – Le cit. COFFINAL (NDLR : « COFFINHAL » chez MERLIN), rapporteur.*

N° 3. :

Le 14 ventôse an 9, décès d'Ami BOUVIER, huissier à Genève. Le 21 prairial suivant, son fils mineur renonce à sa succession. Le même jour, Louis BOURGEOIS est nommé curateur à cette succession, comme vacante par la répudiation de l'héritier. Le 28 pluviôse an 10, contrainte à fin de déclaration des biens meubles et immeubles délaissés par Ami BOUVIER, et de paiement de droit de mutation dû pour les transmissions par décès. Le 10 germinal suivant, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Genève, qui décharge le curateur de la contrainte, « attendu que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ne soumet, en cas de décès, au droit proportionnel

d'enregistrement, que les héritiers, légataires ou donataires, et nullement les hoiries vacantes ». Recours en cassation de la part de la Regie de l'enregistrement. Arrêt du 9 prairial an 12 : *« Vu les art. 4, 24, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ; considérant qu'il résulte de ces dispositions de la loi, que le droit d'enregistrement est ouvert par le décès, puisque l'art. 24 fait courir le délai pour faire la déclaration et acquitter le droit, du jour du décès, et non du jour de l'adition de l'hérédité ; et que l'art. 39 punit de la peine d'un demi-droit en sus, celui qui n'a pas satisfait dans ce délai, à ce qu'exige l'art. 24 ; – Considérant que le curateur à une succession vacante, représente l'hérédité qui est un être moral, et au nom de laquelle hérédité il exerce toutes les actions actives et passives dont le défunt a été nécessairement dépouillé par l'événement de son décès ; qu'ainsi, il y a transmission de propriété du défunt à son hérédité ; Considérant enfin, que les dettes dont une hérédité est grevée, dettes qui sont presque toujours la cause de la répudiation ou de l'abstention des successions, ne peuvent, ni faire cesser le droit de mutation ouvert par le décès, ni en modifier la perception, puisque ce droit est dû sur la valeur brute des biens sans déduction des charges ; casse et annulle... »*

N° 4. : L'arrêt fut, d'après le répertoire de Dalloz, rendu dans une séance présidée par MALEVILLE :

Le 12 ventôse an 6, Ferdinand DORDOLOT, décède à Charleroy, laissant pour héritiers Jean et Etienne DORDOLOT et la femme Cayre, qui renoncent à sa succession. – Emmanuel CLERX est nommé curateur à cette succession vacante. – Le 1^{er} nivôse an 9, celui-ci n'ayant pas fait de déclaration dans les six mois du décès, l'administration de l'Enregistrement décerne contre lui une contrainte. – Il y forme opposition, et l'affaire s'engage devant le tribunal civil de Charleroy. – Par jugement du 12 prairial an 11 (NDLR : soit 1 an avant les arrêts n° 1 et n° 2), ce tribunal déboute l'administration de sa demande, sur le fondement que la succession de Ferdinand DORDOLOT a été répudiée par ses héritiers et qu'elle se trouve vacante. – Mais sur le recours en cassation exercé contre ce jugement, arrêt du 3 nivôse an 13, au rapport de M. BOYER, qui, – *« Vu les art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ; considérant qu'il résulte de ces dispositions de la loi, que le droit d'Enregistrement est ouvert par le décès, puisque l'art. 24 fait courir le délai utile pour faire la déclaration et acquitter le droit, du jour de l'adition de l'hérédité, et que l'art. 39 de la même loi atteint de la peine du demi-droit en sus celui qui n'a pas satisfait dans ce*

délai à ce qu'exige l'art. 24 ; – Considérant que le curateur à une succession vacante représente l'hérédité qui est un être moral, et au nom de laquelle il exerce toutes les actions actives et passives dont le défunt a nécessairement été dépouillé par l'événement de son décès ; qu'ainsi il y a transmission de propriété du défunt à son hérédité ; – Considérant enfin que les dettes dont une hérédité est grevée, dettes qui sont presque toujours la cause de la répudiation ou de l'abstention des successions, ne peuvent en faire cesser le droit de mutation, ni en modifier la perception, puisque ce droit est dû sur la valeur brute des biens sans distraction des charges ; – Par ces motifs, casse et annulle... »

N° 5. :

La succession de Joseph CABRISSE étant demeurée vacante, le sieur MADRID en avait été nommé curateur. Six mois s'étant écoulés depuis l'ouverture de cette succession, sans que le sieur MADRID en eût fait la déclaration et acquitté le droit, une contrainte a été décernée contre lui. Il a formé opposition à cette contrainte ; et par jugement du 30 vendémiaire an 11, le Tribunal civil de Bruges l'en a déchargé, « attendu que le droit d'Enregistrement n'est dû qu'à raison des mutations ; que dans l'espèce, il n'y a pas de mutation ; que le curateur à une succession vacante ne représente que la personne du défunt ; qu'on ne peut dire qu'il représente les habiles à succéder qui ont renoncé, ni les créanciers qui ne sont, sous aucun rapport, saisis de l'hérédité ». Mais les administrateurs de l'Enregistrement se sont pourvus en cassation ; et par arrêt du 17 pluviôse an 13, au rapport de M. GANDON : « *Vu les art. 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ; considérant que l'instant du décès d'un propriétaire fixe celui de l'ouverture tant de sa succession que du droit d'Enregistrement auquel donne lieu la mutation qui s'opère ; que ce droit est dû dans tous les cas de mutation ; qu'il est une dette des biens et qu'il doit être acquitté par eux ; qu'il doit être payé sans aucune déduction des dettes, et qu'ainsi la qualité des héritiers ni l'état de la succession ne peuvent en suspendre la perception ; la cour casse et annulle...* »

N° 6. :

Jean-Herman KESSEING, curateur à la succession vacante de la demoiselle

BAUWENS, avait reçu un *avertissement* (sa mise en italique) de payer le droit de mutation opéré par l'ouverture de cette succession ; et sans attendre la contrainte, il s'était pourvu au tribunal civil de Bruxelles pour se faire décharger de cette demande. – Le 13 fructidor an 11, jugement conforme à ses conclusions, et motivé sur ce que la demoiselle BAUWENS étant morte insolvable, ses biens sont censés avoir directement passé à ses créanciers, qui par-là n'ont rien acquis ; et que d'ailleurs la loi du 22 frimaire an 7 ne contient aucune disposition qui frappe du droit de mutation les successions insolubles. – Recours en cassation contre ce jugement, et, le 4 floréal an 13, arrêt par lequel, – : « *Considérant que l'instant du décès d'un propriétaire fixe celui de l'ouverture, tant de sa succession que du droit d'Enregistrement auquel donne lieu la mutation qui s'opère ; qu'il est une dette des biens, et doit être acquitté par eux ; qu'il doit être acquitté sans aucune déduction des dettes ; que ces divers points résultent des dispositions des art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ; – Attendu que le curateur à une succession vacante représente l'hérédité au nom de laquelle il exerce toutes les actions du défunt, qui en a été dépouillé par l'évènement de son décès ; qu'ainsi il y a transmission de propriété du défunt à son hérédité ; – La cour casse et annule...* »

N° 7. :

Isabeau LAPRADE décède à Tarbes en l'an 7. Il ne se présente aucun héritier, et la justice nomme le sieur LAGRANGE curateur à la succession vacante. – Le 11 prairial an 9, contrainte décernée contre lui, en sa qualité, pour le paiement d'une somme de 3,075 fr., due à titre de mutation. – Sur son refus de payer, saisie des fruits des biens de la succession, à la requête de la Regie. Poursuite en expropriation forcée de la part de l'un des créanciers. – Requête de la Regie, qui demande à être reçue partie intervenante dans l'instance en expropriation, et à être payée incontinent des droits de mutation, par privilège et préférence à tous les autres créanciers. – Le 25 messidor an 9, jugement du tribunal de Tarbes, qui, sans s'arrêter à l'intervention de la Regie, non plus qu'à ses autres fins et conclusions, dont il la déboute, annule la saisie qu'elle a faite des fruits, et ordonne qu'il sera à l'instant procédé à l'ouverture des enchères, et à l'adjudication définitive des immeubles. – Ce jugement est motivé sur ce que la succession Laprade n'est passée dans la main d'aucun héritier, donataire ou légataire ; que sa transmission réelle est encore en *suspens*, puisque le curateur n'a d'autre qualité que celle de séquestre

nommé par la justice, pour régir et administrer les biens vacans ; et que par conséquent il ne s'est opéré de mutation en aucune manière. – Mais l'arrêt du 15 juillet 1806, au rapport de M. RUPEROU : *« vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7 ; attendu que cette disposition de la loi classe le décès au nombre des cas de mutation ; et que par suite, toutes successions indistinctement, soit acceptées, soit répudiées, sont assujetties au droit de mutation, qui est une dette inhérente aux biens ; attendu que, dans l'espèce, le tribunal de Tarbes a refusé à la Regie l'exercice de ce droit contre le détenteur de la succession dont il s'agit, ce qui est une contravention à l'art. 4 précité de la loi du 22 frimaire an 7 ; par ces motifs, la cour casse et annule... »*

N° 8 :

Arrêt du 4 août 1807, Cass. sec. civ. VIEILLART pr., GENEVOIS, rapp., HUART et FLUSIN av.

(362) *« – sur les concl. de M. GIRAUD, subst.; – Vu les art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frim. an 7; – Considérant que de ces dispositions de la loi de frim. an 7 il résulte 1. que le droit proportionnel est dû sur toute succession, des l'instant de son ouverture; 2. que ce droit doit être acquitte non seulement par les héritiers, donataires ou légataires, mais encore, et a leur défaut, par les tuteurs, curateurs ou autres administrateurs ; 3. enfin que les revenus des biens, en quelques mains qu'ils se trouvent, sont affectes au paiement du droit ; – D'ou il suit que le curateur d'une hoirie vacante est tenu, en cette qualité, du droit proportionnel échu par l'ouverture de la succession, et que l'administration de l'enregistrement a, dans tous les case, une action contre le curateur, sauf le compte de son administration, et sauf les droits que les autres créanciers pourraient être dans le cas d'exercer utilement ; qu'ainsi le jugement attaqué (en admettant que les juges aient eu de justes motifs pour ne pas condamner VIGNERON personnellement, soit a la peine du demi-droit, soit au droit principal) n'a pu néanmoins déclaré les administrateurs non recevables dans leur contrainte contre le curateur à l'hoirie, en cette qualité, sans contrevenir formellement aux articles précités de la loi du 22 frim. an 7 ; casse... »*

N° 9 : *« L'arrêt du 9 juin 1813. C. cass. ; sect. civ. – M. MOURRE, pr. – M.*

Après le décès du sieur VALADOUX, la nue-propriété de ses biens passa à ses héritiers et l'usufruit à sa veuve, (364) qui avait épousé en secondes noces le sieur André. – La veuve VALADOUX, femme André, ayant acquitte le droit de mutation tant sur la nue-propriété que sur l'usufruit, recourut contre les héritiers VALADOUX pour se faire rembourser des 1013 fr. 10 cent. qu'elle avait payes à la Regie pour droit de mutation de la propriété. – Les héritiers Valadoux ont soutenu la veuve non recevable dans sa demande. – 17 juillet 1810, jugement du tribunal civil de la Seine ainsi conçu : – « En ce qui touche les droits de mutation payes par ladite veuve VALADOUX et dont elle réclame le paiement ; – Attendu que, d'après les art. 609 et 12 du Code, lorsque la succession appartient à un usufruitier, et que ce dernier a avancé les fonds nécessaires pour payer les droits qui sont évidemment une charge de la succession, ce n'est qu'à la fin de son usufruit qu'il peut répéter lesdites sommes sans intérêts, à moins qu'il n'aime mieux faire vendre, jusqu'à concurrence de ce qu'il a déboursé, une portion des biens soumis à son usufruit ; – Le tribunal déclare la veuve VALADOUX non recevable dans sa demande en remboursement actuel de la somme de 1013 fr. 10 cent. par elle payée pour le droit de mutation, si mieux elle n'aime, pour en être remboursée, consentir la vente, jusqu'à concurrence de ladite somme, d'une partie des immeubles soumis à son usufruit, ce qu'elle sera tenue d'opter dans la huitaine de la signification du jugement, sinon déchuée de l'option ». – Sur l'appel de la veuve VALADOUX, arrêt confirmatif de la cour de Paris, du 30 mai 1811. – Pourvoi par la dame VALADOUX, femme André, et son mari. LA COUR, « – *sur les concl. de M. LECOUTOUR, av. gen. ; – Vu les art. 609 et 612 code civ., et les art. 4, 32 et 69 de la loi du 22 frim. an 7 ; – Attendu que le droit dû pour mutation de propriété par décès n'est pas une dette de succession, puisqu'il ne pouvait être dû par le défunt ; qu'il n'est pas une charge imposée sur la propriété, même dans le sens de l'art. 609 code civ. ; que c'est une contribution indirecte à laquelle les héritiers sont assujettis personnellement par la loi du 22 frim. an 7, à raison de la mutation de propriété qui s'opère en leur faveur par le décès de la personne à laquelle ils succèdent ; que c'est donc une dette purement personnelle aux héritiers, qui ne doit être supportée que par eux, puisqu'elle n'a pour cause que la transmission faite en leur faveur de la propriété des biens du défunt, et qui, en conséquence, ne peut grever aucunement le simple usufruit attribué à un tiers ; – Qu'en effet il résulte très*

clairement des art. 4, 32 et 69 de la loi du 22 frim. an 7, qui ont établi un droit d'enregistrement, l'un pour la mutation de propriété, l'autre pour la mutation d'usufruit, dans le cas où il y a eu, de la part du défunt, un don de l'usufruit des biens de sa succession, que le droit dû pour la mutation de propriété est à la charge des héritiers, et le droit dû pour la mutation d'usufruit, à la charge de l'usufruitier. – Que si, pour le paiement de l'un et l'autre droits, il a été donné au gouvernement une action sur les revenus des biens, en quelques mains qu'ils se trouvent, cette disposition de l'art. 32 n'a été faite que dans les intérêts du gouvernement, et pour assurer et accélérer le paiement de ses droits ; mais qu'il n'en résulte pas que l'usufruitier, qui est obligé envers le gouvernement d'acquitter, sur les revenus dont il jouit, le droit dû pour mutation de propriété, ne soit pas fondé à réclamer contre les héritiers le recouvrement actuel de ce qu'il a payé pour leur compte et à leur décharge ; – D'où il suit que l'arrêt dénoncé a fausement appliqué les art. 609 et 612 c. civ., et violé les dispositions des art. 4, 32 et 69 de la loi du 22 frim. an 7, en décidant que l'usufruitier était tenu de faire l'avance du droit dû pour mutation de propriété ; que le remboursement de la somme par lui payée pour ce droit ne pouvait être réclaté contre les héritiers qu'à la fin de l'usufruit, et sans intérêts ; ou que l'usufruitier devait souffrir qu'il fut vendu des biens de la succession pour effectuer ce remboursement ; Donne défaut et casse. »

Appendice III

Avis du 21 septembre 1810 du Conseil d'Etat sur la question de savoir si les droits de mutation par décès, ainsi que le droit et demi-droit en sus, dont la peine est prononcée par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an 7, peuvent être exigés des tiers acquéreurs. (4, Bull. 317, n° 5982) (sans changement d'orthographe ni de ponctuation)

Sources : DUVERGIER. *Collection complète* (2^e éd., t. 11). p. 162-163.

(p. 162) *Le Conseil-d'Etat, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport des sections des finances et de législation sur celui du ministre des finances, présentant la question de savoir si les droits de mutations par décès, ainsi que le droit et le demi-droit en sus, dont la peine est prononcée par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an 7, peuvent être exigés des acquéreurs, lorsqu'ils n'ont pas été acquittés par les héritiers, donataires ou légataires ;*

Vu les articles 32 et 39 de la même loi du 22 frimaire an 7, portant ce qui suit : (citation des deux articles).

Vu l'article 38 de la même loi du 22 frimaire, ainsi conçu : (citation de l'article).

Les actes sous signature privée et ceux passés en pays étranger, dénommés dans l'article 22, qui n'auront pas été enregistrés dans les délais déterminés, seront soumis au double droit d'enregistrement.

(p. 163) *Vu pareillement l'avis du Conseil-d'Etat approuvé par sa majesté le 6 février 1810, portant que le double droit d'enregistrement dû en exécution du susdit article 38, peut être exigé des héritiers et représentant celui qui a contracté, ou de tout autre ;*

Considérant : 1. relativement au droit principal, que l'article 32 précité ne concerne que les personnes dénommées au S. 1^{er}, c'est-à-dire les héritiers, donataires ou légataires ;

Que les deux paragraphes suivans n'ont pour objet que d'expliquer les obligations qui résultent de la disposition principale pour chacune de ces mêmes personnes, savoir : pour les cohéritiers, la solidarité, et pour tous, même les donataires ou légataires a titre particulier, l'affectation des revenus au paiement du droit, et que cet article ne peut regarder en rien les tiers-acquéreurs ;

2. En ce qui concerne le droit et le demi-droit en sus, que la rédaction de l'article 39 précité prouve de plus en plus que la loi ne s'est point occupée des tiers-acquéreurs ; il n'y est question que des héritiers, donataires ou légataires, comme dans l'article 32 : si la loi avait entendu comprendre les tiers-acquéreurs dans les dispositions des articles 32 et 39, elle l'aurait déclaré par une disposition expresse, puisque celles des articles 32 et 39 ne peuvent s'appliquer à eux ; ce n'est pas, en effet, aux tiers-acquéreurs à faire des déclarations de mutation par décès, et les peines pour omission de biens ou insuffisance d'estimation ne peuvent s'appliquer à eux, puisqu'ils ne sont pas tenus à ces formalités :

3. Que l'avis du Conseil-d'Etat, approuvé par sa majesté le 9 février 1810, interprétatif de l'article 38 de la loi du 22 frimaire an 7, n'est applicable qu'à cet article.

Dans le cas de l'article 38, le double droit n'est dû qu'à cause des actes consommés : la loi ne s'y est point occupée des personnes ;

L'article 39, au contraire, ne parle que des héritiers, donataires ou légataires qui n'ont pas rempli les formalités exigées ; cette différence dans les deux cas en apporte nécessairement dans l'application de l'avis précité.

Est d'avis que, ni pour le droit principal dû à cause de mutation par décès, ni conséquemment pour le droit et le demi-droit en sus, dont la peine est prononcée par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an 7, l'action accordée par l'article 32 de cette loi ne peut être exercée au préjudice des tiers-acquéreurs.

Bibliographie

Ouvrages antérieurs à 1914 sous forme imprimée

Monographies

- ALAUZET Isidore. *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, précédée d'une introduction sur le droit de propriété*. Paris : Imprimerie nationale, 1849.
- . *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*. 3^e éd. 8 tomes. Paris : Marchal et Billard, 1879.
- ALES Adhémar d'. *La théologie de Tertullien*. Brescia : Paideia, 1974. Réimpression de la 2^e édition, Paris : Beauchesne, 1905.
- ALBRECHT Wilhelm Eduard. *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*. Königsberg : Bornträger, 1828.
- . *Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. Réimpression de *Göttingische gelehrte Anzeigen*, n° 150-151, le 21 septembre 1837, p. 1489-1504 ; n° 152, le 23 septembre 1837, p. 1508-1515.
- ANDRE Albert. *Traité pratique des droits d'enregistrement*. Paris : Marchal et Billard, 1901.
- AZO. *Summa Azonis Iurisconsulturom. Principis aurea Summa nuperrime castigata : collatione facta : cum aliis vetustissimis codicibus manu scriptis...* Lugdunum, 1533.
- BALDUS DE UBALDIS. *In primam Digesti veteris partem commentaria*. Venetius : Georgii Varisci, 1615.
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO. *Prima in Digestum vetus, Alexandri Imolaei, Andreae Barbatiae, Celsi Hugonis ac Petri Pauli Parisii adnotamentis rerumque summis ornata fidelissimeque typis excusa*. Lugdunum, 1555.
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel. *Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*. 3 tomes, t. 1. Paris : L. Larose et Forcel, 1882.
- BELLAPETRICA Petrus de. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratiss. principis, Commentarii longe acutissimi...* Lugdunum : Simonis Vincentii, 1536.
- BESLER Georg. *Die Lehre von den Erbverträgen*. 3 tomes, t. 1. Göttingen : Dieterich, 1835.
- . *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig : Weidmann, 1843.
- BLUNTSCHLI Johann Caspar. *Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich*. 3

- tomes, t. 1. Zürich : Orell, 1844.
- . *Das zürcherische Erbrecht mit Erläuterungen*. 2e éd. 4 tomes, t. 4. Zürich : Schulthess, 1865
- BONAPARTE Louis-Napoléon. *Discours et messages de Louis-Napoléon BONAPARTE, depuis son retour en France jusqu'au 2 décembre 1852*. Paris : Plon, 1853.
- BOUTHORS Alexandre. *Coutumes locales du bailliage d'Amiens, rédigées en 1507*. 2 tomes, t. 1. Amiens : Duval et Herment, 1845.
- BREWER Johann Paul. *Geschichte der französischen Gerichtsverfassung vom Ursprung der fränkischen Monarchie bis zu unseren Zeiten*. Düsseldorf : Schreiner, 1835.
- BRUNS Carl Georg. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen : Laupp, 1848.
- CAPITANT Henri. *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*. Paris : Pedone, 1898.
- CARRE Guillaume-Louis-Julien. *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des cours sur le Code de procédure civile*. 2 tomes, t. 1. Rennes : Danelle, 1811.
- CHAMPEAUX Ernest. *Essai sur le vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*. Paris : A. Fontemoing, 1898.
- CHATEAUBRIAND François-René de. *Œuvres complètes de M. le vicomte de Chateaubriand*. 28 tomes, t. 3. Paris : Ladvocat, 1827.
- CLUNET Edouard. *Les Associations au point de vue historique et juridique*. Paris : Marchal et Billard, 1909.
- COQUILLE Guy. *Les œuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay*. 2 tomes, t. 1. Bordeaux : Labottière, 1703.
- . *La Coutume de Nivernais accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume*. Nouvelle éd. Paris : Plon, 1864.
- CURASSON Jacques. *Traité des actions possessoires, du bornage, et autres droits de voisinage*. Dijon : Lagier, 1842.
- DELBRÜCK Berthold. *Die dingliche Klage des deutschen Rechts : Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt*. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1857.
- DELVINCOURT Claude-Etienne. *Institutes de droit civil français*. 1^e éd. 3 tomes, t. 1. Paris : Gueffier, 1808.
- . *Cours de Code Napoléon*. 2 tomes, t. 1. Paris : Gueffier, 1813.
- . *Cours de Code Napoléon*. 3 tomes, t. 1. Paris : Lebégue, 1819.
- DEMANTE Gabriel. *Cours complémentaire sur les principes de l'enregistrement, leçon d'ouverture*. Paris : Cotillon, 1855.
- . *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII*. Paris : Durand, 1857.
- . *Principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 Frimaire an VII*. 4^e éd. Paris : Pichon, 1903.
- DEMOLOMBE Charles. *Traité des successions*. 1^e éd. 5 tomes, t. 3. Paris : Durand, 1859.
- DONELLUS Hugonis. *Commentarii de iure civili*. Francofurti : Wecheli, 1589.
- . *Opera omnia. Commentarium de iure civili*, éd. par Osualdus HILLIGERUS : Roma: Josephus Salviucius, 1828.

- DURANTON Alexandre. *Cours de droit français suivant le Code civil*. 22 tomes, t. 17. Paris : Gobelet, 1833.
- . *Cours de droit français suivant le Code civil*. 4^e éd. 22 tomes, t. 1. Paris : Thorel, 1844.
- EICHHORN Karl Friedrich. *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 3^e éd. 4 tomes, t. 2. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1821.
- . *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1823.
- . *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 4^e éd. 4 tomes, t. 1. Göttingen : Vandenhöck und Ruprecht, 1834.
- . *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. 5^e éd. 4 tomes, t. 2. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1843.
- ELVERS Christian Friedrich. *Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1827.
- ESPINAY Gustave d'. *De l'influence du droit canonique sur la législation française*. Toulouse : Bonnal et Gibrac, 1856.
- . *La féodalité et le droit civil français*. Saumur : Godet, 1862.
- EYSSELL Aernout Philip Theodor. *Doneau, sa vie et ses ouvrages. L'école de Bourges synthèse du droit romain au XVI^e siècle, son influence jusqu'à nos jours*, tr. par Jules SIMONNET. Genève : Slatkine reprints, 1970. Réimpression de l'édition de Dijon : Decailly, 1860.
- FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean. *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*. 5 tomes, t. 1. Paris : Didot, 1823.
- FERRIERE Claude-Joseph de. *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnance, de coutume et de pratique, avec les juridictions de France*. 4^e éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Saugrain, 1758.
- FESSARD H. *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines*. Paris : Chez l'auteur, 1844.
- FICHTE Johann Gottlieb, FICHTE Immanuel Hermann von. *Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke*. 8 tomes, t. 6. Berlin : Veit, 1845.
- FLEURY Claude, BOUCHER D'ARGIS Antoine-Gaspard. *Institution au droit ecclésiastique*. Nouvelle éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Herissant, 1763.
- FONTAINE DE RESBECQ Adolphe de. *Notice sur le doctorat en droit*. Paris : Durand, 1857.
- FUSTEL DE COULANGES Numa Denis. *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*. 6 tomes. Paris : Hachette, 1888-1892.
- . *Questions historiques*. Paris : Hachette, 1893.
- GARNIER François-Xavier-Paul. *Régime des eaux*. 3^e éd. 4 tomes, t. 2. Paris: s.n., 1839.
- GASPARIN Agénor de. *Esclavage et traite*. Paris : Joubert, 1838.
- GIERKE Otto Friedrich von. *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. 4 tomes, t. 1. Berlin : Weidmann, 1868.
- . *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. 4 tomes. Berlin : Weidmann, 1868-1913.
- . *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*. 4 tomes, t. 2. Berlin : Weidmann, 1873.

- . *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*. 4 tomes, t. 3. Berlin : Weidmann, 1881.
- . *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin : Weidmann, 1887.
- . *Deutsches Privatrecht*. 3 tomes, t. 1. Leipzig : Duncker und Humblot, 1895.
- . *Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte*. 2^e éd. Berlin : Müller, 1902.
- GROTIUS Hugo. *Droit de la guerre et de la paix*, tr. par Paul PRADIER-FODERE. 3 tomes, t. 2. Paris : Guillaumin, 1867.
- HEINECCIUS Johann Gottlieb. *Elementa iuris germanici tum veteris, tum hodierni*. Nova auctor et emendatiore ed. 2 tomes, t. 2. Halae : Impensis Orphanotropei, 1737.
- HEISE Arnold. *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*. Heidelberg : Mohr und Winter, 1819.
- HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas. *Mémoire pour un nègre qui réclame sa liberté*. Paris : Hérissant, 1770.
- . *Œuvres judiciaires du président Henrion de Pansey*. Paris : Dussillon, 1843.
- HEUSLER Andreas. *Die Gewere*. Weimar: Böhlau, 1872.
- HOBBS Thomas, OAKESHOTT Michael Joseph. *Leviathan; or, The matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiasticall and civil*. Oxford : Blackwell, 1960. Réimpression de l'édition de 1651.
- HOBBS Thomas, GERT Bernard. *Man and citizen : Thomas Hobbes's De homine*. Garden City, N.Y. : Anchor Books, 1972.
- HOTOMANUS Franciscus. *Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris Civilis*. Basilea : Hervagius, 1569.
- HÖPFNER Ludwig Julius Friedrich. *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach den neuesten Ausgaben*. 5^e éd. Frankfurt am Main : Varrentrapp und Werner, 1795.
- HUGO Gustav. *Histoire du droit romain*, tr. par Athanase-Jean-Léger JOURDAN. 2 tomes. Paris : Corby, 1822.
- HUMBERT Gustave-Amédée. *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes en droit romain et en droit français ... Suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile*. Paris : Durand, 1855.
- HUREAUX Jean-Baptiste-Auguste. *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 1. Paris : Marescq, 1868.
- . *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 2. Paris : Marescq, 1868.
- . *Traité du droit de succession*. 5 tomes, t. 3. Paris : Marescq, 1868.
- JUSTINIANUS. *Digestum vetus, seu Pandectarum iuris ciuilis tomus primus ... commentariis Accursii*. Antuerpia : Phillipus Nutius, 1575.
- KANT Immanuel. *Principes métaphysiques de la Morale*, tr. par Claude Joseph TISSOT. Paris : Ladrangé, 1837.
- KANT Immanuel, ROSENKRANZ Karl. *Immanuel Kant's saemmtliche Werke*. Leipzig : Voss, 1838.
- KANT Immanuel. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la Métaphysique des mœurs) suivis d'un Essai Philosophique sur la Paix Perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, tr. par Jules BARNI. Paris : Durand, 1853.

- KLIMRATH Henri, WARNKÖNIG Leopold August. *Travaux sur l'Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 1. Paris : Joubert, 1843.
- . *Travaux sur l'Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris : Joubert, 1843.
- LABOULAYE Edouard. *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*. Paris : Durand, 1842.
- LAFERRIERE Louis Firmin Julien. *Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 1. Paris : Joubert, 1836.
- . *Histoire du droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris : Joubert, 1838.
- LANCELLOTTI Giovanni Paolo. *Institutes du droit canonique*, tr. par Pierre-Toussaint DURAND DE MAILLANE. 10 tomes, t. 7. Lyon: Bruyset, 1770.
- LAURENT François. *Principes de droit civil*. 33 tomes, t. 1. Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1869.
- Le Couronnement de Napoléon premier, Empereur des Français*. Paris : Guérin, 1806.
- LECKY William Edward Hartpole. *History of European morals from Augustus to Charlemagne*. 2^e éd. 2 tomes, t. 1. New York : Appleton, 1869.
- LEMAIRE André. *Lois fondamentales de la monarchie française : d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*. Genève: Slatkine-Megariotis Reprints, 1975. Réimpression de l'édition de Paris : Fontemoing, 1907.
- LERMINIER Jean Louis Eugène. *Introduction générale à l'histoire du droit*. Bruxelles : Hauman, 1830.
- LOCRE Jean-Guillaume. *Esprit du Code Napoléon, tiré de la Discussion*. 5 tomes, t. 1. Paris : Imprimerie impériale, an XIII-1805.
- . *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*. 31 tomes, t. XXXI. Paris : Treuttel et Würtz, 1832.
- . *Esprit du Code Napoléon, tiré de la Discussion*. 7 tomes, t. 1. Paris : Imprimerie impériale, 1807.
- LOISEL Antoine. Loisel Antoine. *Institutes coutumières*. Paris : Angelier, 1637. Réimpression de l'édition de 1608.
- . *Institutes coutumières ... avec les notes d'Eusèbes de Laurière*. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée. 2 tomes, t. 1. Paris : Durand, 1846.
- LUCAS-CHAMPIONNIERE Paul, RIGAUD Esprit. *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique ...* 3 tomes, t. 1. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1835.
- . *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique ...* 3 tomes, t. 2. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1835.
- . *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques, et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, suivi d'un dictionnaire analytique ...* 3 tomes, t. 3. Paris : Bureau du contrôleur de l'enregistrement, 1838.
- . *Nouveau dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèques et des contraventions aux lois du notariat*. 6 tomes, t. 5. Paris : Hingray, 1841.
- MACKELDEY Ferdinand. *Histoire des sources du droit romain*, tr. par François-Frédéric PONCELET. Paris : Gobelet, 1829.
- . *Manuel de droit romain*, tr. par Jules BEVING. Bruxelles : Wahlen, 1837.

- MALAGOLA Carlo. *Della Vita e delle opere di Antonio Urceo, detto Codro, studi e ricerche di Carlo Malagola*.
Bologna : Fava e Garagnani, 1878.
- MALEVILLE Jacques de. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 1^e éd. 4 tomes, t. 1.
Paris : Nyon, an XIII-1805.
- . *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 1^e éd. 4 tomes, t. 2. Paris : Garnery, an
XIII-1805.
- . *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 2^e éd. 4 tomes, t. 4. Paris : Garnery,
1807.
- . *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 3^e éd. 4 tomes, t. 1. Paris : Nève,
1822.
- . *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. 3^e éd. 4 tomes, t. 2. Paris : Nève,
1822.
- MARCADE Victor-Napoléon. *Eléments du droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du code
civil*. 3^e éd. 3 tomes, t. 1. Paris : Cotillon, 1847.
- . *Explication du tit. XX., liv. III du Code Napoléon*. Paris : Cotillon, 1854.
- . *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. 5^e éd. 12 tomes, t. 1. Paris : Cotillon, 1859.
- MARCUSEN Woldemar. *Die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio
pro herede*. Bern : Haller, 1883.
- MERLIN Philippe-Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 3^e éd. 4 tomes incomplets tomes, t.
3. Paris : Garnery, 1807.
- . *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 3^e éd. 4 tomes incomplets tomes, t. 4. Paris : Garnery,
1808.
- . *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*. 2^e
éd. 7 tomes, t. 5. Paris : Garnery, 1810.
- . *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 4^e éd. 17 tomes, t. 2. Paris : Garnery, 1812.
- . *Recueil alphabétique des questions de droit* 4^e éd. 8 tomes, t. 4. Paris : Garnery, 1828.
- MICHELET Jules. *Précis de l'Histoire de France jusqu'à la Révolution française*. Paris : Hachette, 1833.
- . *Histoire de France*. 2^e éd. 17 tomes, t. 2. Paris : Hachette, 1835.
- MICHOUD Léon. *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 1^e éd. 2 tomes, t. 1.
Paris : L.G.D.J., 1906.
- . *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 1^e éd. 2 tomes, t. 2. Paris :
L.G.D.J., 1909.
- . *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 2 tomes, t. 1. Paris : L.G.D.J.,
1998. Réimpression de la 2^e éd., 1924.
- . *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 2 tomes, t. 2. Paris : L.G.D.J.,
1998. Réimpression de la 2^e éd., 1924.
- MINIER Jules. *Précis historique du Droit français. Introduction à l'étude du droit*. Paris : Marescq et Dujardin,
1854.

- MONCEAUX Paul. *Histoire littéraire de l'Afrique chrétienne depuis les origines jusqu'à l'invasion arabe*. 7 tomes, t. 1. Paris : Leroux, 1901.
- NETTELBLADT Danielis. *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii Romano Germanici usui fori accommodatum : in usum praelectionum adornatum*. 3^e éd. Halae Magdeburgicae : Renger, 1767.
- NECKER Jacques. *Œuvres complètes de M. Necker*. 6 tomes, t. 4. Paris : Treuttel et Würtz, 1821.
- ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*. 5^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Videcoq, 1851.
- PAILLIET Jean-Baptiste-Joseph. *Manuel de droit français*. 8^e éd. Paris : Desoer, 1838.
- PARIEU Félix Esquirou de. *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*. Paris : Joubert, 1850.
- PHILLIPS Georg. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts*. 2 tomes, t. 1. Berlin : Dümmler, 1829.
- PIGEAU Eustache Nicolas. *Commentaire sur le code de procédure civile*. 2 tomes, t. 1. Paris : Brière, 1827.
- PLACENTINUS. *Summa Institutionum*. Augustae Taurinorum : Off. Erasmiana, 1973. Réimpression de l'édition de Moguntiae, 1535.
- POTHIER Robert-Joseph. *Traité des obligations*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 1. Paris : Siffrein, 1821.
- . *Traité des contrats de bail à rente, de société, de cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 5. Paris : Siffrein, 1821.
- . *Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 10. Paris : Siffrein, 1821.
- . *Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 7. Paris : Siffrein, 1822.
- . *Traité des propres, des donations testamentaires, des donations entre-vifs, des personnes et des choses*. Nouvelle éd. 18 tomes, t. 13. Paris : Siffrein, 1823.
- PROUDHON Jean-Baptiste-Victor. *Cours de droit français. Première partie, Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*. 1^e éd. 2 tomes, t. 1. Dijon : Bernard-Defay, 1809.
- PUCHTA Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig : Barth, 1838.
- . *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 4^e éd. 2 tomes, t. 1. Leipzig : Tauchnitz, 1854.
- . *Lehrbuch der Pandekten*. 4^e éd. Leipzig : Barth, 1863.
- PUFENDORF Samuel. *Elementorum iurisprudentiae universalis, libri II*. Editio novissima et emendatissima. Cantabrigiae 1672.
- . *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* [en ligne]. 2 tomes, t. 1. Amsterdam : Schelte, 1706, [réf. du 19 mars 2008]. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95828m>
- . *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, tr. par Jean BARBEYRAC. 2 tomes, t. 1. Amsterdam : Pierre de Coup, 1734.
- . *De iure naturae et gentium, libri octo*. 2 tomes, t. 1 1967. Réimpression de l'édition de Francoforti : Knochio-Eslingeriana, 1759.

- . *De iure naturae et gentium*. 2 tomes. Berlin : Akademie, 1998.
- QUERARD Joseph-Marie, LOUANDRE Charles, BOURQUELOT Félix. *La littérature française*. 6 tomes, t. 2. Paris : Daguin, 1846.
- RICHER François. *Traité de la mort civile*. Paris : Durand, 1755.
- ROZY Henri. *Etude sur les sociétés coopératives et leur constitution légale*. Paris : Guillaumin, 1866.
- RUNDE Justus Friedrich. *Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*. Göttingen : Dieterich, 1791.
- SALEILLES Raymond. *De la Personnalité juridique : histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*. Paris : La Mémoire du droit, 2003. Réimpression de l'édition de Paris : Rousseau, 1910.
- SAVIGNY Friedrich Carl von. *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*. 6^e éd. Giessen : Heyer, 1837.
- . *System des heutigen römischen Rechts*. 8 tomes, t. 1. Berlin : Veit, 1840.
- . *System des heutigen römischen Rechts*. 8 tomes, t. 2. Berlin : Veit, 1840.
- . *Traité de la possession en droit romain*, tr. par Charles FAIVRE D'AUDELANGE. Paris : Delamotte, 1841.
- . *Traité de droit romain*, tr. par Charles GUENOUX. 2^e éd. 8 tomes, t. 1. Paris : Didot, 1855.
- . *Traité de droit romain*, tr. par Charles GUENOUX. 2^e éd. 8 tomes, t. 2. Paris : Didot, 1855.
- SCHILLER Friedrich von. *Schiller's sämtliche Werke in einem Band*. Stuttgart : Cotta, 1834.
- SCHÛLCHER Victor. *Abolition de l'esclavage : examen critique du préjugé contre la couleur des africains et des sang-mêlés*. Paris : Pagnerre, 1840.
- . *Des colonies françaises. Abolition immédiate de l'esclavage*. Paris : Pagnerre, 1842.
- . *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*. Paris : Pagnerre, 1847.
- . *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années. Deuxième partie*. Paris : Pagnerre, 1847.
- SIMONNET Jules. *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions de biens par décès*. Paris : Durand, 1851.
- SISMONDI Jean Charles Léonard Simonde De. *Histoire des Français*. 31 tomes, t. 3. Paris : Treuttel et Würtz, 1821.
- . *Histoire des Français*. 31 tomes, t. 14. Paris : Treuttel et Würtz, 1831.
- SPIEGELUS Iacobus. *Lexicon iuris civilis*. Basilea : Hervagius, 1549.
- STINTZING Roderich von, LANDSBERG Ernst. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München : Oldenbourg, 1880.
- TARDIF. *Lois du timbre et de l'enregistrement, extraites du « Bulletin des lois »*. 2 tomes, t. 1. Paris : Guillaume, 1827.
- THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY Claude-François. *Traité des substitutions fidéicommissaires, contenant toutes les connoissances essentielles selon le Droit Romain et le Droit Français : avec des notes sur l'Ordonnance de 1747*. Paris : Moutard, 1778.
- TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie. *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*. 1^e éd, t. 4. Rennes : Vatar, 1812.

- . *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 2^e éd, t. 1. Paris : Warée, 1819.
- . *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 13 tomes, t. 11. Paris : Warée, 1823.
- . *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*. 5^e éd. 21 tomes, t. 2. Paris : Renouard, 1830.
- TROPLONG Raymond-Théodore. *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1835.
- . *Du contrat de société civile et commerciale, ou Commentaire du titre IX du livre III du Code civil*. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1843.
- . *De la propriété d'après le Code civil*. Paris : Pagnerre, 1848.
- . *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*. 5^e éd. 2 tomes, t. 2. Paris : Hingray, 1856.
- . *De la prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil*. 4^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Hingray, 1857.
- TRUMMER Carl. *Das Hamburgischer Erbrecht. Ein historisch dogmatischer Versuch*. 2 tomes, t. 2. Hamburg : Perthes-Besser und Mauke, 1852.
- URCEO Antonio CODRO. *In hoc Codri volumine hec continentur Orationes sev sermones vt ipse appellabat, Epistole Silve Satyre Egloge Epigrammata*. Venetiis : Liechtensteyn, 1506.
- VALLA Laurentius. *Elegantiarum Libri omnes appime utiles, scholiis quibusdam ubi hactenus mendosi fuere*. Colonia : Gymnicus, 1539.
- VIGIE Albert. *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme des facultés de droit*. 2^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Rousseau, 1893.
- VIOLLET Paul. *Les Sources des Etablissements de Saint-Louis*. Paris : Champion, 1877.
- . *Les Etablissements de Saint Louis : accompagnés des textes primitifs et des textes dérivés*. 4 tomes, t. 1. Paris : Renouard, 1881.
- . *Histoire du droit civil français accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*. Aalen : Scientia, 1966. Réimpression du *Précis de l'histoire du droit français*, Paris : Larose et Ténin, 1905.
- WOLFF Christian. *Institutiones du droit de la nature et des gens*, tr. par Elié LUZAC. 6 tomes, t. 1. Leide : Chez Elié Luzac, 1772.
- . *Institutiones du droit de la nature et des gens*, tr. par Elié LUZAC. 6 tomes, t. 3. Leide : Chez Elié Luzac, 1772.
- . *Institutiones du droit de la nature et des gens*, tr. par Elié LUZAC. 6 tomes, t. 5. Leide : Chez Elié Luzac, 1772.
- . *Ius naturae*. 8 tomes, t. 7. Hildesheim : Olms, 1968. Réimpression de l'édition de Halle, 1747.
- . *Ius naturae*. 8 tomes, t. 8. Hildesheim : Olms, 1968. Réimpression de l'édition de Halle, 1748.
- . *Institutiones iuris naturae et gentium*. Hildesheim : Olms, 1969. Réimpression de l'édition de Halle, 1750.
- . *Ius gentium*. Hildesheim : Olms, 1972. Réimpression de l'édition de Halle, 1749.
- . *Ius naturae*. 2^e éd. 8 tomes, t. 1. Hildesheim : Olms, 1972. Réimpression de l'édition de Frankfurt, 1740.

- . *Philosophia prima sive ontologia*. 2e éd. Hildesheim : Olms, 1977. Réimpression de l'édition de Frankfurt, 1736.
- . *Philosophia practica universalis : methodo scientifica pertractata*. 2 tomes, t. 2. Hildesheim : Olms, 1979. Réimpression de l'édition de Frankfurt am Main, 1739.
- . *Principes du droit naturel et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, tr. par Jean Henri Samuel FORMEY. 3 tomes, t. 1. Hildesheim : Olms, 2000. Réimpression de l'édition d'Amsterdam, 1758.
- ZACHARIÄ Karl Salomo. *Cours de droit civil français*, tr. par Charles AUBRY et Charles RAU. 2^e éd. 5 tomes, t. 4. Strasbourg : Lagier, 1844.
- ZITELMANN Ernst. *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*. Leipzig : Duncker und Humblot, 1873.

Articles de revue

- BADIN H. Compte rendu de *Traité de droits d'enregistrement*, par Championnière et Rigaud, 4 vol., vol. 1-2, Paris : Bureau de l'enregistrement, 1835. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1836, 5, p. 64-74.
- BENECH Raymond-Osmin. De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code napoléon. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1853, 2, p. 5-57.
- BERRIAT-SAINT-PRIX Félix. C Compte rendu du *Traité de la séparation des patrimoines, considérée spécialement à l'égard des immeubles*, par J.-B.-H. Blondeau. Paris : Videcoq, 1840. *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 226-238.
- BODET Mathieu. Etude sur Doneau. *Revue de droit français et étranger*, 1844, 1, 2^e partie, 1844, p. 845-858.
- CHAUFFOUR Victor. L'article 2279 du Code Napoléon interprété par ses origines germaniques. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, 1-2, p. 371-379, 381-389.
- . La règle, le mort saisit le vif, expliquée par ses origines romanes et par le droit coutumier. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, 2-3, p. 74-97, 325-345, 355-370.
- Chronique. *Polybiblion. Revue bibliographique universelle*, 1874, 11, p. 340-350.
- Correspondance. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1849, 3, p. 409-410.
- DANGLARD J. Courrier allemand. *Revue des questions historiques*, 1873, 13, p. 277-288.
- DARESTE Rodolphe. Congrès des germanistes à Lubeck. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, 3, p. 279-289.
- . Compte rendu de l'*Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, par Isidore Alauzet, Paris : Imprimerie nationale, 1849. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1849, 3, p. 317-320.
- . Compte rendu des *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, par Félix Esquirou de Parieu, Paris : Joubert, 1850. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1850, 2, p. 407-409.
- Décisions au sujet des prix proposés pour l'année 1848. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu* 14, 1848, p. 131-139.

- DEMANTE Gabriel. Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, 6, p. 295-308.
- DEMOGUE René. La notion de sujet de droit, caractères et conséquences. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 611-655.
- DUPIN André-Marie-Jean-Jacques. Rapport sur un ouvrage de M. Bouthors, greffier en chef de la cour impériale, intitulé : Coutumes locales du bailliage d'Amiens. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1854, 28, p. 117-141.
- ESPINAY Gustave d'. Les sources des établissements de saint Louis, par M. Paul Viollet. *Mémoires de la Société d'agriculture, sciences et arts d'Angers*, 1881, 22, p. 51-68.
- GIERKE Otto Friedrich von. Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. *Aufsätze und kleinere Monographien. Otto von Gierke / s. dir. Wolfgang PÖGGELER*. Hildesheim : Olms-Weidmann, 2001. Réimpression de *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 1883, 7, p. 1097-1195, p. 271-369.
- HARDOUIN Henri-René-Joseph. Préface ou exposé du plan d'un ouvrage qui sera intitulé : Etudes sur l'Histoire des origines du droit français. Adressé à l'Académie d'Amiens, en mai 1837. *Mémoires de l'Académie des Sciences, Agriculture, Commerce, Belles-Lettres et Arts du Département de la Somme*, 1839, p. 675-685.
- HELLO Charles-Guillaume. Etudes sur les jurisconsultes anciens et modernes, V. Dumoulin. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 10, p. 97-146.
- HUREAUX Jean-Baptiste-Auguste. Etude historique et critique sur la séparation des patrimoines. *Revue de droit français et étranger*, 1846, 3, p. 417-439, 497-531.
- . Notion de l'hérédité et de la saisine des héritiers légitimes. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, 8, p. 315-343.
- KLIMRATH Henri. Etude historique de la saisine, d'après les coutumiers du Moyen Âge. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, 2, p. 356-400.
- LUCAS-CHAMPIONNIERE Paul. Etudes historiques sur l'article 883 du Code civil. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1837-1838, 7, p. 405-437.
- [nécrologie de M. Rigaud]. *Le Livre. Revue mensuelle Bibliographie moderne*, 1886, t. 8, p. 43.
- PARIEU Félix Esquirou De. Compte rendu de Le droit de la possession dans le Moyen Âge et le temps présent, par Charles-Georges BRUNS, Professeur à Tübingen. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1851, 2, p. 175-180.
- PERREAU Ernest-Etienne-Hippolyte. Des droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501-536.
- PHILLIPS Georg. Ueber das Rechtssprüchwort : « der Todte erbt den Lebendigen ». *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 7, 1831, p. 1-20.
- PONT Paul. Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. Des qualités du consentement en matière de mariage. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1861, 18, p. 193-212 ; 289-314.

- . Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. Des qualités du consentement relatif au mariage et spécialement contracté par erreur avec un forçat libéré. Compte rendu de l'arrêt du 24 avril 1862 de la Cour de cassation. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1862, 20, p. 289-302.
- R. J. Nécrologie. *Journal de la Société d'archéologie et du comité du Musée lorrain*, 1875, 24, p. 221.
- RENAUD Achilles. Beitrag zur vergleichenden Gesetzgebung. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 17, 1845, p. 137-172, 212-232.
- . Die französische Rechtsregel « *le mort saisit le vif* », aus ihrem romanischen Grundlage und dem *droit coutumier* erläutert, und deren Anwendung in Civilcodex. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1847-1848, 19, 20, n° 1-3, 1, p. 99-137, 279-305, 376-412, 155-183.
- . Die Besitzklagen nach französischem Recht. Compte rendu de *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, par F. Esquirou de Parieu, Paris : Joubert, 1850. *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1853, 25, p. 306-323.
- REYSCHER August Ludwig. Die Ueberlieferung der Rechte durch Sprichwörter. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1841, 5, p. 189-209.
- RIGAUT Victor. De la saisine héréditaire, d'après le droit civil français. *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 35-68, 777-809, 991-1021.
- SALEILLES Raymond. Etude sur l'histoire des sociétés en commandite (1^e et 2^e parties). *Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international*, 1895, 9, p. 10-26, 49-79.
- . Notice sur le Code civil, pour l'empire d'Allemagne, du 18 août 1896. *Annuaire de législation étrangère*, 1898, p. 142-160.
- . Note sur l'acquisition de la personnalité civile dans le Code civil allemand. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899, 28, p. 260-281.
- . Note sur l'article 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899, 28, p. 452-459.
- . Notes sur deux articles du Code civil pour l'empire d'Allemagne. *Bulletin de la Société de législation comparée* 29, 1900, p. 149-160.
- . Les personnes juridiques dans le Code civil allemand [commentaire des art. 21-89]. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 15-16, 1901, p. 193-250, 428-464, 212-264.
- SAVIGNY Friedrich carl von. Ueber den Römischen Colonat. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1828, 6, p. 273-320.
- SELIGMAN A. De l'enseignement du droit et spécialement du droit romain dans les facultés de l'Etat. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872-1873, 2, p. 272-290.
- Sujets de prix et programmes adoptés par l'Académie pour être mis aux concours des années 1846, 1847 et 1848. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu* 7, 1845, p. 405-422.
- Sujets de prix et programmes adoptés par l'Académie pour être mis aux concours des années 1847, 1848 et 1849. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu* 9, 1846, p. 446-450.
- THIERCELIN Henri. De la saisine coutumière. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, 37, p. 80-94.

- TROPLONG Raymond-Théodore. Compte rendu du *Traité de droits d'enregistrement* par Championnière et Rigaud, 4 vol., Paris : Bureau de l'enregistrement. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 10, p. 147-161, 277-295.
- . Antiquité du droit français, féodalité, communes, coutumes, et en particulier coutumes du baillage d'Amiens, Publiées par M. Bouthors, greffier en chef de la Cour royale de cette ville. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1846, 1, p. 5-30, 129-163.
- . De l'impôt sur les successions. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1848, 2, p. 220-237.
- WARNKÖNIG Leopold August. Compte rendu du Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse 1855-1856 ; G. d'Espinay, de l'influence du droit canonique sur la législation française. Toulouse 1856. *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*, 1859, 5, p. 1-19.
- ZÖPFL Heinrich. Ueber das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechtes, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzbücher. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1840, 4, p. 91-123.
- . Ueber das germanische Element im Code Napoléon. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 1841, 5, p. 110-132.
- . De l'élément germanique dans le Code Napoléon. *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 1842, 9, p. 161-180.

Articles, chapitres ou sections d'un ouvrage collectif

- BEUDANT Robert. Les travaux de Raymond Saleilles sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris : Rousseau, 1914, p. 511-537.
- FOURNIER Paul. R. Saleilles, historien du droit. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris : Rousseau, 1914, p. 153-183.
- GUIZOT François-Pierre-Guillaume. 4^e Leçon. *Cours d'Histoire moderne. Histoire générale de la civilisation en Europe, depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française*. Paris : Pichon et Didier, 1828, p. 1-36.
- LAVELEYE Emile de. Les coulisses d'un grand règne. Correspondance administrative sous Louis XIV, publiée par les soins du Ministre de l'instruction publique. *Questions contemporaines*. Bruxelles : Lacroix, 1863, p. 265-301.
- LE BRUN Denis. Traité des communautés ou sociétés tacites. *Œuvres de M. Denis Le Bruns avocat au parlement* / s. dir. Louis HIDEUX. 2 tome, t. 2. Paris : Nully, 1734, p. 15-58.
- ROZY Henri. Mémoire sur les sociétés taisibles au Moyen Âge, comparées au mouvement coopératif actuel. *Mémoires lus à la Sorbonne dans les séances extraordinaires du Comité impérial des travaux historiques et des sociétés savantes tenues les 19, 20 et 21 avril 1865. Histoire, philologie et sciences morales*. Paris : Imprimerie impériale, 1866, p. 217-236.
- SALEILLES Raymond. Les Associations dans le nouveau droit allemand. *Le Droit d'association. Etudes, notes et rapports présentés au congrès tenu à Paris les 25, 26 et 27 mai 1899, sous la présidence de M. Etienne*

Lamy. Paris : Rondelet, 1899, p. 229-246.

———. Les « *Piae causae* » dans le droit de Justinien. *Mélanges Gérardin*. Paris : Larose et Tenin, 1907, p. 513-551.

Ouvrages collectifs

Dictionnaire de procédure civile et commerciale / s. dir. Charles Jules Armand BIOCHE, Charles GOUJET. 5 tomes, t. 1. Paris : Videcoq, 1834.

Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900 / s. dir. Claude BUFNOIR, Jules CHALLAMEL, Joseph DRIOUX, *et al.* 4 tomes, t. 1. Paris : Imprimerie nationale, 1904.

Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900 / s. dir. ———. 4 tomes, t. 2. Paris : Imprimerie nationale, 1906.

Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900 / s. dir. ———. 4 tomes, t. 3. Paris : Imprimerie nationale, 1908.

Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative / s. dir. Désiré DALLOZ. 12 tomes, t. 1. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1824.

Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales / s. dir. ———. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1825.

Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative / s. dir. ———. 12 tomes, t. 7. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1827.

Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence / s. dir. Désiré DALLOZ, Charles Vacher de TOURNEMINE. Paris : Bureau de jurisprudence générale, 1827.

Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence / s. dir. Désiré DALLOZ, Armand DALLOZ. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1836.

Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence / s. dir. ———. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1840.

Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public nouvelle éd. / s. dir. ———, t. 22. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1850.

Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence nouvelle éd. / s. dir. ———, t. 23. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1852.

Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine / s. dir. ———. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1855.

Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine / s. dir. ———. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1857.

Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence nouvelle éd. / s. dir. ———, t. 38.

- Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1857.
- Répertoire méthodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* nouvelle éd. / s. dir. ———, t. 40.
- Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1859.
- Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence* / s. dir. ———. Paris : Bureau de la jurisprudence générale, 1866.
- Journal des audiences de la Cour de cassation, ou Recueil des principaux arrêts rendus par cette cour en matière civile et mixte* / s. dir. Géraud-Thimothée DENEVERS. Paris : Porthmann, an XII.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. Jean-Baptiste DUVERGIER, t. 33. Paris : Guyot et Scribe, 1834.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat*. 2^e éd. / s. dir. ———, t. 1. Paris : Guyot et Scribe, 1834.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat*. 2^e éd. / s. dir. ———, t. 11. Paris : Guyot et Scribe, 1835.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat*. 2^e éd. / s. dir. ———, t. 17. Paris : Guyot et Scribe, 1836.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. ———, t. 38. Paris : Guyot et Scribe, 1839.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'Etat* / s. dir. ———, t. 46. Paris : Guyot et Scribe, 1846.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. Pierre-Antoine FENET. 15 tomes, t. 1. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 5. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 7. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 9. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 11. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 12. Paris, 1827.
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* / s. dir. ———. 15 tomes, t. 14. Paris, 1827.
- Journal du Palais* / s. dir. GELLE, Th., t. 71. Paris : Bureaux de l'administration, 1860.
- Journal du Palais* / s. dir. ———, t. 73. Paris : Bureaux de l'administration, 1862.
- Journal du Palais* / s. dir. ———. Paris : Bureaux de l'administration, 1866.
- Journal du Palais* / s. dir. ———. Paris : Bureaux de l'administration, 1867.
- Weisthümer* / s. dir. Jacob GRIMM, Dieter WERKMÜLLER, Ruth SCHMIDT-WIEGAND. 7 tomes. Hildesheim : Olms-Weidmann, 2000.
- Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* 1^e éd. / s. dir. Joseph-Nicolas GUYOT. 64 tomes, t. 45. Paris : Panckoucke, 1781.
- Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* 2^e éd. / s. dir. ———. 17 tomes, t. 13. Paris : Visse, 1784.

- Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, DECRUSY, Athanase-Jean-Léger JOURDAN. 29 tomes, t. 20. Paris : Belin-Le Prieur, 1830.
- Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, Alphonse-Honoré TAILLANDIER, DECRUSY. 29 tomes, t. 21. Paris : Belin-Le Prieur, 1830.
- Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. François-André ISAMBERT, DECRUSY, Alphonse-Honoré TAILLANDIER. 29 tomes, t. 22. Paris : Belin-Le Prieur, 1830.
- Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* / s. dir. Athanase-Jean-Léger JOURDAN, François-André ISAMBERT, DECRUSY. 29 tomes, t. 27. Paris : Belin-Leprieur, 1827.
- Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public* / s. dir. Jean-Baptiste SIREY. Paris : Recueil Sirey, 1826.
- Pasicrisie, ou Recueil général de la jurisprudence des cours de France et de Belgique* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE, Antoine-Auguste CARETTE. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1857.
- Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. ———. Paris : Recueil Sirey, 1857.
- Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE, Antoine-Auguste CARETTE, Pierre GILBERT. Paris : Bureaux de l'administration du recueil, 1861.
- Recueil général des lois et des arrêts* / s. dir. Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine de VILLENEUVE, Antoine-Auguste CARETTE, Pierre GILBERT. Paris : Bureaux de l'administration du recueil, 1867.

Thèses

- ARCHAMBAULT-GUYOT Joseph-Ferdinand. *Droit romain : De la publicienne. Droit français : De la tutelle administrative des communes et de leur personnalité juridique*. Thèse : Faculté de droit: Université de Paris : 1856.
- BOURNAT Victor. *De la personnalité juridique des communes*. Thèse : Faculté de droit: Université de Paris : 1855.
- ROSE Theodor. *Gegenwart und Zukunft der Lehre von der hereditas jacens*. Thèse : Droit : Georg-August-Universität Göttingen : 1889.

Biographies, articles de dictionnaire et d'encyclopédie

- ABBE BERTOLIO. *Complainte. Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières : jurisprudence*. T. 3, p. 103-109. Paris : Panckoucke, 1783.

- CUNO Friedrich Wilhelm. VULTEJUS, Hermannus. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 40, p. 389-390. Leipzig : Duncker und Humblot, 1880.
- FRESNE Charles du, Sieur du Cange. *Parcenarii. Glossarium mediae et infirmae latinitatis*. T. 6, p. col. 167a. Niort : Favre, 1883-1887.
- . *Personarii. Glossarium mediae et infirmae latinitatis*. T. 6, p. col. 286a. Niort : Favre, 1883-1887.
- HELIE Faustin. Lucas-Championnière (Paul). *Biographie universelle (Michaud) ancienne et moderne*. T. 25, p. 411-413. Paris : Desplaces, 1865.
- HERGENHAHN, Caroline. Renaud, Achilles. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 28, p. 203-207. Berlin : Duncker und Humblot, 1889.
- KNOD Gustav. Spiegel, Jakob. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 35, p. 156-158. Leipzig : Duncker und Humblot, 1893.
- LAËNNEC Christophe-Pélage. Paul, Lucas-Championnière. *Biographie bretonne*, éd. par Prosper LEVOT. T. 2, p. 363-366. Vannes : Cauderan, 1857.
- LANDSBERG Ernst. Bruns, Karl Georg. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 47, p. 306-312. Berlin : Duncker und Humblot, 1903.
- Personnaliser. *Supplément au Dictionnaire de l'Académie*, p. 407. Paris : Masson, 1827.
- PUCHTA Georg Friedrich. Corporation. *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten* / s. dir. Julius WEISKE. Leipzig : Wigand, 1841, p. 65-79.
- ROUBAUD Pierre-Joseph-André. Fictif, fictice. *Nouveau dictionnaire universel des synonymes de la langue française* / s. dir. François GUIZOT. Paris : Payen, 1822, p. 418.
- STINTZING Roderich von. Donellus. *Allgemeine Deutsche Biographie*. T. 5, p. 331-332. Leipzig : Duncker und Humblot, 1877.

Ouvrages postérieurs à 1914 sous forme imprimée

Monographies

- ARNAUD André-Jean. *Les juristes face à la société : Du XIX^e siècle à nos jours*. Paris : Presses universitaires de France, 1975.
- BARBANÇON Louis-José. *L'Archipel des forçats. Histoire du bagne de Nouvelle-Calédonie (1863-1931)*. Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2003.
- BATTEUR Annick. *Droit des personnes et de la famille*. 2^e éd. Paris : L.G.D.J., 2003.
- BAYARD Jean-Pierre. *Le Compagnonnage en France*. Paris : Payot, 1977.
- BENEVENTO Roffredo da. *Lectura super digesto veteri*. 2 tomes, t. 1. Bologna : Forni, 1967.
- BLOCH Marc. *La société féodale*. Paris : Albin Michel, 1998.
- . *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*. Nouvelle éd. Paris : Colin, 1999.
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang. *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*. Berlin : Duncker und Humblot, 1995. Réimpression de l'édition de 1961.
- BORSBORFF Anke. *Wilhelm Eduard Albrecht. Lehrer und Verfechter des Rechts*. Pfaffenweiler : Centaurus, 1993.
- BOULLE Pierre Henri. *Race et esclavage dans la France de l'Ancien Régime*. Paris : Perrin, 2007.
- BOUREAU Alain. *Le droit de cuissage : la fabrication d'un mythe (XIII^e -XX^e siècle)*. Paris : Albin Michel, 1995.
- BÜRGE Alfons. *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: zwischen Tradition und Pandektwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1991.
- BURGER Thomas. *Jakob Spiegel. Ein humanistischer Jurist des 16. Jahrhunderts*. Augsburg : Blasaditsch, 1973.
- CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves. *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*. 12^e éd. 2 tomes, t. 1. Paris : Dalloz, 2007.
- CARBASSE Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 2^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2006.
- CARBONNIER Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10^e éd. Paris : L.G.D.J., 2001.
- . *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*. 2 tomes, t. 1. Paris : Presses universitaires de France, 2004.
- CAYLA Olivier, THOMAS Yan. *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*. Paris : Gallimard, 2002.
- CHARMATZ Hans. *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht : mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge*. Brunn : Rohrer, 1937.
- COING Helmut. *Europäisches Privatrecht*. 2 tomes, t. 1. München : Beck, 1985.
- CORNU Gérard. *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*. 11^e éd. Paris : Montchrestien, 2003.

- DAVID Aurel. *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*. Paris : Presses universitaires de France, 1955.
- DESCOMBES Vincent. *Le Complément de sujet : Enquête sur le fait d'agir de soi-même*. Paris : Gallimard, 2004.
- DIGEON Claude. *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*. 2^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 1992.
- DUFF Patrick William. *Personality in Roman Private Law*. Cambridge University Press : Cambridge, 1938.
- DUSSOURD Henriette. *Au même pot et au même feu étude sur les communautés familiales agricoles du centre de la France*. 2^e éd. Paris : Maisonneuve et Larose, 1979.
- EHRARD Jean. *Lumières et esclavage l'esclavage colonial et l'opinion publique en France au XVIII^e siècle*. Bruxelles : Versailles, 2008.
- ELIACHEVITCH Basile. *La personnalité juridique en droit privé romain*. Paris : Sirey, 1942.
- FERRARA Francesco. *Le persone giuridiche*. Torino : UTET, 1958. Réimpression de la 2^e édition de 1923.
- FLUME Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Die juristische Person*. Erster Band, Zweiter Teil tomes. Berlin : Springer, 1983.
- GARZONI Giovanni, LIND L. R. *The letters of Giovanni Garzoni : Bolognese humanist and physician, 1419-1505*. Atlanta, Ga. : Scholars Press, 1992.
- GAUTHIER Florence. *L'aristocratie de l'épiderme. Le combat de la Société des Citoyens de Couleur : 1789-1791*. Paris : CNRS, 2007.
- GILLET Pierre. *La personnalité juridique en droit canon : spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*. Malines : Godenne, 1927.
- GILSON Etienne. *L'être et l'essence*. 2^e éd. Paris : Vrin, 1981.
- GISLER Antoine. *L'Esclavage aux Antilles françaises (XVII^e -XIX^e siècle) : contribution au problème de l'esclavage*. Nouvelle édition revue et corrigée. Paris : Karthala, 1998.
- GOURSAUD Albert, ROBERT Maurice. *La société rurale traditionnelle en Limousin : ethnographie et folklore du Haut-Limousin et de la Basse-Marche*. 4 tomes, t. 1. Paris : Maisonneuve et Larose, 1976.
- GOYARD-FABRE Simone. *Pufendorf et le droit naturel*. Paris : Presses universitaires de France, 1994.
- . *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris : Vrin, 2002.
- GRENDLER Paul F. *The Universities of the Italian Renaissance*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2002.
- GROSSI Paolo. « *Un altro modo di possedere* » : *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Milano : Giuffrè, 1977.
- HAFERKAMP Hans-Peter. *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*. Frankfurt am Main : Klostermann, 2004.
- HALPERIN Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris : Presses universitaires de France, 1996.
- HARTOG François. *Le XIX^e siècle et l'histoire : le cas Fustel de Coulanges*. Paris : Seuil, 2001.
- JENNINGS Lawrence C. *French Anti-Slavery: the Movement for the Abolition of Slavery in France, 1802-1848*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

- JOUANJAN Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*. Paris : Presses universitaires de France, 2005.
- KANTOROWICZ Ernst Hartwig. *The King's Two Bodies: a Study in Mediaeval Political Theology*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1957.
- KELSEN Hans. *Théorie pure du droit*, tr. par Henri THEVENAZ. Boudry-Neuchâtel : Baconnière 1953.
- . *Théorie générale du droit et de l'Etat*, tr. par Béatrice LAROCHE Valérie FAURE, et al. Paris : L.G.D.J., 1997.
- . *Théorie pure du droit*, tr. par Charles EISENMANN. Paris : L.G.D.J., 1999.
- KERN Bernd-Rüdiger. *Georg Beseler. Leben und Werk*. Berlin : Duncker und Humblot, 1982.
- KOUFINKANA Marcel. *Les esclaves noirs en France sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles)*. Paris : L'Harmattan, 2008.
- KRYNEN Jacques. *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII^e-XV^e siècle*. Paris : Gallimard, 1993.
- LEFEBVRE-TEILLARD Anne. *La Société anonyme au XIX^e siècle du Code de commerce à la loi de 1867 : Histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*. Paris : Presses universitaires de France, 1985.
- . *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. Paris : Presses universitaires de France, 1996.
- LEIBNIZ Gottfried Wilhelm, KABITZ Willy. *Philosophische Schriften : 1663-1672*. t. 1. Berlin : Akademischer, 2006.
- LENEL Otto. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3^e éd. Leipzig : Tauchnitz, 1927.
- LÉVÊQUE Guillaume, DION Emmanuel. *Grands notables du Premier Empire*. Paris : CNRS, 2000.
- LOBRANO Giovanni. *Pater et filius eadem persona : per lo studio della patria potestas*. Milano : Giuffrè, 1984.
- MANFRÈ Giuglielmo. *La biblioteca dell'umanista bolognese Giovanni Garzoni (1419-1505)*. Roma : Palombi, 1960.
- MARGUENAUD Jean-Pierre. *L'animal en droit privé*. Paris : Presses universitaires de France, 1992.
- MARION Marcel. *Histoire financière de la France depuis 1715*. 6 tomes, t. 4. Paris : Rousseau, 1925.
- MASSALOUX Jean-Paul. *La régie de l'enregistrement et des domaines au XVIII^e et XIX^e siècles : étude historique*. Genève : Droz, 1989.
- MICHAUD-QUANTIN Pierre. *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*. Paris : Vrin, 1970.
- MOTTE Olivier. *Savigny et la France*. Berne : Peter Lang, 1983.
- NICOLET Claude. *La fabrique d'une nation. La France entre Rome et les Germains*. Paris : Perrin, 2003.
- NIJMAN Janne Elizabeth. *The Concept of International Legal Personality : an Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague : T.M.C. Asser, 2004.
- NÖRR Knut Wolfgang. *Eher Hegel als Kant : zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*. Paderborn : Schöningh, 1991.

- ORESTANO Riccardo. *Il « Problema delle persone giuridiche » in diritto romano*. Torino : Giappichelli, 1968.
- LOUDIN-BASTIDE Caroline. *Travail, capitalisme et société esclavagiste Guadeloupe, Martinique (XVII^e -XIX^e siècle)*. Paris : La Découverte, 2005.
- PANIZO ORALLO Santiago. *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. Pamplona : Universidad de Navarra, 1975.
- PETERS Martin. *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes : (1841 - 1921)*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 2001.
- RAIMONDI Ezio. *Codro e l'umanesimo a Bologna*. Bologna : Mulino, 1987. Réimpression de l'édition de Bologna : Zuffi, 1950.
- RASSAT Michèle-Laure. *Droit pénal spécial. Infraction des et contre les particuliers*. 5^e éd. Paris : Dalloz, 2006.
- RÖD Wolfgang. *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtl. Untersuchungen zur Staatsphilosophie im. 17. u. 18. Jahrhundert*. München : Beck, 1970.
- ROLL Hans-Achim. *Zur Geschichte der Lex Salica-Forschung*. Aalen : Scientia, 1972.
- ROMAN Alain. *Saint-Malo au temps des négriers*. Paris : Karthala, 2001.
- ROUCHETTE Thérèse. *Le dernier des régicides. Antoine-Claire Thibaudeau, 1765-1854*. La Roche-sur-Yon : Centre vendéen de recherches historiques, 2000.
- ROYER Jean-Pierre, JEAN Jean-Paul, DURAND Bernard. *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*. 4^e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2010.
- RÜCKERT Joachim. *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*. Berlin : Schweitzer, 1974.
- . *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Ebelsbach : Gremer, 1984.
- RUFFINI Francesco. *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federico Carlo di Savigny*. Torino : Bocca, 1898.
- RUNCIMAN David, RYAN, Magnus, MAITLAND Frederic William. *F.W. Maitland : state, trust, and corporation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SAUGERA Eric. *Bordeaux port négrier chronologie, économie, idéologie, XVII^e -XIX^e siècles*. Biarritz : J & D, 1995.
- SAVIGNY Friedrich Carl von. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, tr. par Alfred DUFOUR. Paris : Presses universitaires de France, 2006.
- SCHIKORSKI Felix. *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*. Berlin : Duncker und Humblot, 1978.
- SCHLOSSMANN Siegmund. *PERSONA und ΠΡΟΣΩΠΙΟΝ im Recht und im christlichen Dogma*. Kiel : Lipsius und Tischer, 1906.
- SCHMIDT Nelly. *Victor Schœlcher et l'abolition de l'esclavage*. Paris : Fayard, 1994.
- . *Victor Schœlcher en son temps images et témoignages*. Paris : Maisonneuve et Larose, 1998.
- . *Abolitionnistes de l'esclavage et réformateurs des colonies 1820-1851 : analyse et documents*. Paris : Karthala, 2001.
- . *La France a-t-elle aboli l'esclavage ? Guadeloupe-Martinique-Guyane (1830-1935)*. Paris : Perrin, 2009.
- SCHNORR VON CAROSFELD Ludwig. *Geschichte der juristischen Person*. München : Beck, 1933.

- SCHÖNBERGER Christoph. *Das Parlament im Anstaltsstaat : zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1997.
- STOLLEIS Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft : 1800-1914*. 3 tomes, t. 2. München : Beck, 1992.
- TERRÉ François, LASZLO-FENOUILLET Dominique. *Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités*. 6^e éd. Paris : Dalloz, 1996.
- TEYSSIE Bernard. *Droit civil : les Personnes*. 9^e éd. Paris : LexisNexis Litec, 2005.
- THIBAUT Anton Friedrich Justus, SAVIGNY, Friedrich Carl von, HATTENHAUER, Hans. *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*. München : Vahlen, 1973.
- THIEME Hans. *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*. Basel : Helbing und Lichtenhahn, 1947.
- . *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte : gesammelte Schriften*. 2 tomes, t. 2. Köln : Böhlau, 1986.
- VOIRIN Pierre, GOUBEUX Gilles. *Droit civil: Personnes-famille, incapacité-biens, obligations-sûretés*. 30^e éd. Paris : L.G.D.J., 2005.
- WETTLAUFER Jörg. *Das Herrenrecht der ersten Nacht : Hochzeit, Herrschaft und Heiratszins im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*. Frankfurt am Main : Campus, 1999.
- WHITMAN James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era : Historical Vision and Legal Change*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1990.
- XIFARAS Mikhaïl. *La Propriété : étude de philosophie du droit*. Paris : Presses universitaires de France, 2004.

Articles de revue

- ANTONETTI Guy. La Faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études. *Revue internationale de droit comparé*, 1991, 43, n° 2, p. 333-356.
- AUFRICHT Hans. Personality in International Law. *The American Political Science Review*, 1943, 37, n° 2, p. 217-243.
- BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte. Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation. *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, 82, n° 1, p. 45-69.
- BLANCHARD W. Scott. *O miseri philologi* : Codro Urceo's satire on professionalism and its context. *Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 1990, n° 20, p. 91-122.
- BOUCHERY Robert, MACHELON Jean-Pierre. L'épuration républicaine. 1870-1871 (Siège et parquet) -- 1872-1882 (Parquet). *Histoire de la justice*, 1994, n° 6, p. 69-86.
- CAPPELLINI Paolo. « Status » accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'. *Annali dell'Università di Ferrara - Sezione V Scienze Giuridiche*, 1987, Nuova serie 1, p. 29-96.
- CARBONNIER Jean. Sur les traces de non-sujet de droit. *Archives de philosophie du droit*, 1989, 34, p. 197-207.
- CHARLE Christophe. Etat et magistrats. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1993, 96, n° 1, p. 39-48.

- CHEVRIER Georges. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « ius privatum » et du « ius publicum » dans les oeuvres des anciens juristes français. *Archives de philosophie du droit*, 1952, nouvelle série, n° 1, p. 5-77.
- CHINES Loredana. Antonio Urceo Codro : un umanista tra favola della scienza e scienza della favola. *Schede Umanistiche*, 1987, 1, n° 1, p. 21-24.
- CLERE Jean-Jacques. En l'année 1857 ... la fin de la théorie de la propriété originaire de l'Etat. *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1987, 44^e fascicule, p. 223-268.
- CONTE Emanuele. Droit médiéval : un débat historiographique italien. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, 57, n° 6, p. 1593-1613.
- DEWEY John. The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Journal*, 1926, 35, n° 6, p. 655-673.
- DIESELHORST Malte. Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 319-337.
- DILCHER Gerhard. Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein « Juristensozialismus » Otto v. Gierkes ? *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974/75, 3/4, p. 319-365.
- DUFOUR Alfred. Savigny, la France et la Philosophie allemande. Etude critique à propos de deux ouvrages récents sur Savigny. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1987, 55, n° 1-2, p. 151-163.
- DURAND Jean-Paul. Code civil et droit canonique. *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2003, 4, n° 107, p. 59-79.
- FEENSTRA Robert. L'histoire des fondations : à propos de quelques études récentes. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1956, 24, n° 4, p. 381-448.
- GIESEY Ralph E. The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne. *Transactions of the American Philosophical Society*, 1961, 51, n° 5, p. 3-47.
- GROSSI Paolo. Un altro modo di possedere, rivisitato. *Diritto romano attuale*, 2006, n° 16, p. 29-38.
- GUERREAU Alain. Fustel de Coulanges médiéviste. *Revue historique*, 1986, n° 275, p. 381-406.
- HAUSER Jean. Les Communautés taisibles. *Dalloz*, 1997, n° cahier n° 30, p. 255.
- JOUANJAN Olivier. La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : Itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique. *Droits*, 1999, n° 28, p. 47-69.
- KIBRE Pearl. Giovanni Garzoni of Bologna (1419-1505), Professor of Medicine and Defender of Astrology. *Isis*, 1967, 58, n° 4, p. 504-514.
- KÖBLER Gerhard. Die Herkunft der Gewere. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1975, 43, n° 2, p. 195-211.
- KORNHAUSER Lewis A., SAGER Lawrence G. Unpacking the Court. *Yale Law Journal*, 1986, n° 96, p. 82-117.
- . The One and the Many : Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, 1993, n° 81, p. 1-59.
- KRYNEN Jacques. « Le mort saisit le vif ». Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française. *Journal des savants*, 1984, p. 187-221.
- KRYSTUFEK Zdeněk. La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne. *Revue historique de droit français et étranger* 44, 1966, p. 59-75.

- LEFEBVRE Charles. Le « iuramentum calumniae » en droit canonique aux XII^e et XIII^e siècles. *Ephemerides iuris canonici*, 1948, 4, p. 564-586.
- LIPP Martin. « Persona moralis », « Juristische Person » und « Personenrecht » – eine Studie zur Dogmengeschichte der « juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 217-262.
- MACHELON Jean-Pierre. L'épuration républicaine. La loi du 30 août 1882. *Histoire de la justice*, 1994, n° 6, p. 87-101.
- NABER Jean-Charles. [Communication présentée au Congrès international de droit comparé de 1932]. *Revue historique de droit français et étranger*, 1933, 4^e série, n° 12^e année, p. 113-116.
- NAVET Georges. Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie. *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, 1, n° 4, p. 33-56.
- NDIAYE Pap. Pour une histoire des populations noires en France : préalables théoriques. *Le Mouvement Social*, 2005, 4, n° 213, p. 91-108.
- NICOLET Claude. 1889, Réflexions sur Fustel de Coulanges. *Comptes rendus des séances de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1989, 133, n° 3, p. 721-726.
- NIORT Jean-François. « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature ... ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français. *Droit et Cultures*, 2004, n° 48, p. 77-105.
- OHLIN Jens David. Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights? *Columbia Law Review* 2005, 105, p. 209-249.
- OTTE Gerhard. Der sogenannte *mos geometricus* in der Jurisprudenz. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1979, 8, p. 179-196.
- PEABODY Sue. La question raciale et le « sol libre de France » : l'affaire Furcy. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2009, 64, n° 6, p. 1305-1334.
- PETTIT Philip. Collective Persons and Powers. *Legal Theory*, 2002, 8, n° 4, p. 443-470.
- REBECCHINI Guido. The Book Collection and Other Possessions of Baldassarre Castiglione. *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, 1998, 61, p. 17-52.
- RÜCKERT Joachim. Compte rendu de *Georg Beseler. Leben und Werk*, par Bernd-Rüdiger Kern, Berlin : Duncker und Humblot, 1982. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 1987, 104, p. 399-405.
- . Compte rendu de *Historische Übersicht des römischen Rechts*, par E. Gibbon, tr. par G. Hugo, éd. par O. Behrends, Göttingen : Wallstein, 1996. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 2001, 69, n° 1-2, p. 174-179.
- SCHACHTER Oscar. Human Dignity as a Normative Concept. *The American Journal of International Law*, 1983, 77, n° 4, p. 848-854.
- SCHIAVONE Aldo. La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1980, 9, p. 165-187.
- SCHNERB Robert. De la Constituante à Napoléon. Les vicissitudes de l'impôt indirect. *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 1947, 2, n° 1, p. 17-29.

- SCHRÖDER Jan. Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg BESELER. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 399-459.
- SCHÜTZ Anton. L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique : à propos de « fiction » et « construction » en droit. *Droits*, 1995, 21, p. 113-126.
- SPINOSI Caroline. Une institution fiscale d'avenir : du centième denier au droit d'enregistrement. *Revue historique de droit français et étranger*, 1959, 4^e série, 37^e année, 1959, p. 541-599.
- . Une institution fiscale d'avenir : du centième denier au droit d'enregistrement (deuxième partie). *Revue historique de droit français et étranger*, 1960, 4^e série, 38^e année, p. 58-82.
- THOMAS Yan. *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales. *Droits*, 1995, 21, p. 17-63.
- . L'enfant à naître et l'« héritier sien ». *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007, 62, n° 1, p. 29-68.
- TODESCAN Franco. Dalla « *persona ficta* » alla « *persona moralis* ». Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, 11/12, p. 59-93.
- TRINKAUS Charles. A Humanist's Image of Humanism: The Inaugural Orations of Bartolommeo della Fonte. *Studies in the Renaissance*, 1960, 7, p. 90-147.
- VILLEY Michel. Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII^e siècle (notes de lectures). *Archives de philosophie du droit*, 1960, 6, p. 73-105.
- WATSON James D., CRICK Francis H. Molecular Structure of Nucleic Acids. *Nature*, 1953, n° 4356, p. 737-738.

Articles, chapitres ou sections d'un ouvrage collectif

- BEHRENDTS Okko. Die Gewöhnheit des Rechts und das Gewöhnheitsrecht. *Die Begründung des Rechts als historisches Problem* / s. dir. Dietmar WILLOWEIT. München : Oldenbourg, 2000, p. 19-135.
- CHEVRIER Georges. Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale. *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*. Paris : Sirey, 1965, p. 841-859.
- COING Helmut. Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. *Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London* / s. dir. Ernst Wolff. Berlin : de Gruyter, 1950, p. 191-205.
- . Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1962. Réimpression de l'édition de 1950, p. 191-205, p. 56-76.
- CONTE Emanuele. Intorno a Mosè. Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune. *A Ennio Cortese* / s. dir. Italo BIROCCHI, Mario CARAVALE, et al. Roma : Cigno, 2001, p. 342-363.
- . Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo. La storiografia tra passato e futuro il X Congresso internazionale di scienze storiche (Roma 1955)

- cinquant'anni dopo / s. dir. Carl COOLS, Manuel ESPADAS BURGOS, Michel GRAS, *et al.* Roma :
Unione internazionale degli Istituti di archeologia, storia e storia dell'arte in Roma, 2008, p. 87-109.
- . *Gewere, Vestitura, Spolium* : Un'ipotesi di interpretazione. *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*. Paris : Panthéon-Assas, 2009, p. 267-287.
- DAVIS David Brion. Comment expliquer l'abolitionnisme britannique. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti* / s. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003, p. 403-420.
- DEROUSSIN David. Personnes, choses, corps. *Le Corps et ses représentations* / s. dir. Emmanuel DOCKÈS, Gilles LHUILIER : Litec, 2001, p. 79-146.
- DIESSELHORST Malte. Gustav Hugo (1764-1844), oder : Was bedeutet es, wenn ein Jurist Philosoph wird? *Rechtswissenschaft in Göttingen : Göttinger Juristen aus 250 Jahren* / s. dir. Fritz LOOS. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1987, p. 146-165.
- DILCHER Gerhard. Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft. *Recht, Gericht und Policey : Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie* / s. dir. Gerhard DILCHER, Bernhard DISTELKAMP. Berlin : Schmidt, 1986, p. 114-123.
- DUVE Thomas. §§ 1-14. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB* / s. dir. Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT, Reinhard ZIMMERMANN. Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 166-231.
- EHRARD Jean. Slavery before the Moral Conscience of the French Enlightenment: Indifference, Unease and Revolt. *The Abolitions of Slavery: from Léger Félicité Sonthonax to Victor Schœlcher, 1793, 1794, 1848* / s. dir. Marcel DORIGNY. Paris : UNESCO, 2003, p. 111-120.
- FEENSTRA Robert. L'histoire des fondations : à propos de quelques études récentes. *Le droit savant au Moyen Âge et sa vulgarisation*. London : Variorum Reprints, 1986, p. 381-382, 408-433.
- FORTIER Bénédicte. 1799-1830. Ruptures et continuités du régime législatif des quatre vieilles colonies françaises. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti* / s. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003, p. 505-522.
- FREDOUILLE Jean-Claude. Tertullien en Allemagne et en France de 1870 à 1930. *Patristique et Antiquité tardive en Allemagne et en France de 1870 à 1930 : Influences et échanges, Colloque franco-allemand* / s. dir. Jacques FONTAINE, Reinhart HERZOG, Karla POLLMANN. Chantilly : Institut d'Études Augustiniennes, 1993, p. 93-101.
- GAGNÉ Sten. Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel « öffentliches Recht und Privatrecht » im kanonistischen Bereich. *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte* / s. dir. Joachim RÜCKERT, Michael STOLLEIS, Maximiliane KRIECHBAUM. Goldbach : Keip, 2004, p. 121-161.
- JENNINGS Lawrence C. La lente Renaissance du mouvement abolitionniste en France. *Rétablissement de l'esclavage dans les colonies françaises, 1802 : ruptures et continuités de la politique coloniale*

française, 1800-1830 : aux origines d'Haïti / s. dir. Yves BENOT, Marcel DORIGNY. Paris : Maisonneuve et Larose, 2003, p. 365-374.

KIEFNER Hans. Das Städel'sche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls. *Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts*. Goldbach : Keip, 1997, p. 369-427.

KORNBLUM Udo. Das Weiterleben der Genossenschaft. *Recht, Gericht und Policy : Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie* / s. dir. Gerhard DILCHER, Bernhard DISTELKAMP. Berlin : Schmidt, 1986, p. 168-176.

KROESCHELL Karl. Zur Lehre der « germanischen » Eigentumsbegriff. *Rechtshistorische Studien : Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*. Köln : Böhlau, 1977, p. 34-71.

———. Germanisches Recht als Forschungsproblem. *Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag* / s. dir. Karl KROESCHELL. Sigmaringen : Thorbecke, 1986, p. 3-19.

LANDAU Peter. Otto von Gierke und das kanonische Recht. *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen* / s. dir. Joachim RÜCKERT, Dietmar WILLOWEIT. Tübingen : Mohr, 1995, p. 77-94.

———. Die Vormundschaft als Prinzip des deutschen Privatrechts und der Staatstheorie im 19. Jahrhundert. *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag* / s. dir. Gerhard KÖBLER, Hermann NEHLSSEN. München : Beck, 1997, p. 577-594.

LATORRE Angel. Sobre la capacidad jurídica de Derecho público del « filius familias ». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 1978, p. 251-259.

LÜBTOW Ulrich von. Betrachtungen zur « Hereditas iacens ». *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Torino : Giappichelli, 1968, p. 583-636.

MARGUENAUD Jean-Pierre. Un statut juridique pour les extraterrestres ? *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit, études offertes à Claude Lombois*. Limoges : Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 97-111.

MARTIN Xavier. Images négatives de la Rome antique et du droit romain (1789-1814). *Droit romain, ius civile et droit français* / s. dir. Jacques KRYNEN. Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1999, p. 49-66.

MOMIGLIANO Arnaldo. La Cité antique de Fustel de Coulanges. *Problèmes d'historiographie ancienne et moderne*. Paris : Gallimard, 1983, p. 402-423.

———. The Ancient City of Fustel de Coulanges. *A. D. Momigliano : Studies on Modern Scholarship* / s. dir. G. W. BOWERSOCK, T. J. CORNELL. Berkeley : University of California Press, 1994, p. 162-178.

MORITZ Manfred. Sind die juristischen Personen Fiktionen ? *Festschrift tillägnad professor, juris doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorsämbetet den 30 juni 1964, av kolleger, lärjungar och vänner*. Stockholm, 1964, p. 442-457.

NÖRR Dieter. Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*. Göttingen : Schwartz, 1969, p. 353-366.

- OEXLE Otto Gerhard. Otto von Gierkes 'Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft'. *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900* / s. dir. Notker HAMMERSTEIN. Stuttgart : Steiner, 1988, p. 193-217.
- PENNITZ Martin. §§ 80-89. Juristische Personen II : Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts. *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB* / s. dir. Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT, Reinhard ZIMMERMANN. Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 272-305.
- RÜCKERT Joachim. « ... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ... »? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789. *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Stuttgart: Steiner, 1990, p. 94-128.
- . Code civil, Code Napoléon und Savigny. *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich* / s. dir. Jean-François KERVÉGAN, Heinz MOHNHAUPT. Frankfurt am Main : Klostermann, 2001, p. 143-176.
- SCHRÖDER Jan. « Stadtrecht bricht Landrecht » : Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit. *FS Kleinheyer* / s. dir. Franz DORN, Jan SCHRÖDER. Heidelberg : Müller, 2001, p. 477-491.
- SCHROEDER Klaus-Peter. Heinrich Zöpfl (1807-1877). Eine Heidelberger Gelehrtenkarriere mit Hindernissen. *Humaniora : Medizin, Recht, Geschichte ; Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag* / s. dir. Bernd-Rüdiger KERN. Berlin : Springer, 2006, p. 287-314.
- SCHULZE Reiner. Genossenschaft – zur Entwicklung eines Rechtsbegriffs. *Stadt - Gemeinde - Genossenschaft: Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag* / s. dir. Albrecht CORDES, Joachim RÜCKERT, Reiner SCHULZE. Berlin : Schmidt, 2003, p. 225-251.
- SCHWAB Dieter. Sittlichkeit : Zum Aufstieg und Niedergang einer rechtlichen Kategorie. *FS Kleinheyer* / s. dir. Franz DORN, Jan SCHRÖDER. Heidelberg : Müller, 2001, p. 493-522.
- THIEME Hans. Die deutsche Historische Schule Savignys und ihre ausländischen Jünger. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte : gesammelte Schriften*. Köln : Böhlau, 1986, p. 1095-1105.
- THOMANN Marcel. A l'origine d'une discipline universitaire : le combat « pour l'histoire » à la Faculté de Droit de Strasbourg au XIX^e siècle. *L'Europe, l'Alsace et la France. Etudes réunies en l'honneur du doyen Georges Livet pour son 70^e anniversaire*. Colmar : Alsace, 1986, p. 39-46.
- THOMAS Yan. L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue. *Penser par cas* / s. dir. Jean-Claude PASSERON, Jacques REVEL. Paris : EHESS, 2005, p. 45-74.
- VEYNE Paul. Droit romain et société : les hommes qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire. *La société romaine*. Paris : Seuil, 2001, p. 247-280.
- WALVIN James. British Abolitionism, 1787-1838. *The Abolition of Slavery : from Léger Félicité Sonthonax to Victor Schœlcher, 1793, 1794, 1848* / s. dir. Marcel DORIGNY. Paris : UNESCO, 2003, p. 71-78.
- WERKMÜLLER Dieter. Gewohnheitsrecht in deutschen Weistümern. *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative de Institutions : La Coutume/2*. Bruxelles : de Boeck, 1990, p. 311-326.
- WIEACKER Franz. Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts. *Festschrift für Ernst Rudolf Huber. zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*. Göttingen : Schwartz, 1973, p. 339-383.
- XIFARAS Mikhaïl. L'Ecole de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny. *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen*

von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich / s. dir. Jean-François KERVÉGAN, Heinz MOHNHAUPT. Frankfurt am Main : Klostermann, 2001, p. 177-209.

Ouvrages collectifs

Deux siècles de fiscalité française XIXe-XXe siècle, histoire, économie, politique / s. dir. Jean BOUVIER, Jacques WOLFF. Paris : Mouton, 1973.

Vocabulaire juridique 7^e éd. / s. dir. Gérard CORNU. Paris : Presses universitaires de France, 2005.

The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse / s. dir. David KRETZMER, Eckart KLEIN. The Hague : Kluwer Law International, 2002.

Les Facultés de droit de province au XIXe siècle bilan et perspectives de la recherche / s. dir. Philippe NELIDOFF, Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

Persone giuridiche e storia del diritto / s. dir. Leo PEPPE. Torino : Giappichelli, 2004.

Thèse

HENKEL Wolfgang. *Zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien*. Thèse : Droit : Georg-August-Universität Göttingen : 1972.

Biographies, articles de dictionnaire et d'encyclopédie

BADER Karl S. Gierke, Otto Friedrich. *Neue Deutsche Biographie*. T. 6, p. 374-375. Berlin : Duncker und Humblot, 1964.

COTTIAS Myriam. Esclavage. *Dictionnaire de la colonisation française*, par Claude LIAUZU, p. 272-277. Paris : Larousse, 2007.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne. Personne. *Dictionnaire de la culture juridique* / s. dir. Denis ALLAND, Stéphane RIALS. Paris : LAMY, 2003, p. 1151-1153.

LIERMANN Hans. Donellus. *Neue Deutsche Biographie*. T. 4, p. 70. Berlin : Duncker und Humblot, 1959.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse. Personne. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. / s. dir. André-Jean ARNAUD. Paris : L.G.D.J., 1993, p. 435-438.

LUIG Klaus. Hugo, Gustav. *Neue Deutsche Biographie*. T. 10, p. 26-27. Berlin : Duncker und Humblot, 1974.

PAYNOT-ROUVILLOIS Anne. Personne morale. *Dictionnaire de la culture juridique* / s. dir. Denis ALLAND, Stéphane RIALS. Paris : LAMY, 2003, p. 1153-1157.

PETRE-GRENOUILLEAU Olivier. 1848, l'abolition de l'esclavage. *Dictionnaire de la France coloniale*, éd. par Jean-Pierre RIOUX, p. 33-37. Paris : Flammarion, 2007.

- RIDOLFI Roberta. Garzoni, Giovanni. *Dizionario biografico degli Italiani*, par Istituto della Enciclopedia Italiana. T. 52, p. 440-441. Roma : Istituto della Enciclopedia Italiana, 1999.
- RÜCKERT, Joachim. Reyscher, August Ludwig. *Neue Deutsche Biographie*, p. 482-483. Berlin : Duncker und Humblot, 2003.
- STOLLEIS Michael. Christian Wolff. *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* / s. dir. Olivier CAYLA, Jean-Louis HALPERIN. Paris : Dalloz, 2008, p. 604-609.
- THIER, Andreas. Phillips, Georg. *Neue Deutsche Biographie*. T. 20, p. 401-402. Berlin : Duncker und Humblot, 2001.

Références en ligne

- Abolition de l'esclavage. *Histoire et patrimoine* [en ligne]. Assemblée nationale. [réf. du 7 septembre 2009]. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/esclavage/abolition.asp>
- BISMARCK Otto von. *Rede des Minister-Präsidenten Fürsten Bismarck (im Hause der Abgeordneten, am 4. Februar 1881)*. Provinzial-Correspondenz [en ligne], Amtspresse Preußens. [réf. du 9 février 2010]. Disponible sur : <http://amtsprese.staatsbibliothek-berlin.de/ausgabe.php?file=9838247/1881/1881-02-09.xml&s=4&druk=1&sg=4>
- CAMBACERES Jean-Jacques-Régis de. Rapport et projet de décret sur les enfants naturels présentés au nom du comité de législation [en ligne]. CONVENTION NATIONALE (Paris, le 4 juin 1793) / Paris : Imprimerie nationale [réf. du 30 avril 2010], p. 1-15. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k42851c>
- CHENE Christian. Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? Acte du colloque LE DOYEN JEAN CARBONNIER ET LA JURISPRUDENCE (le 30 novembre 2005 ; Paris) [réf. du 30 avril 2010] / éd. la Cour de cassation, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat, sans pagination. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/3-intervention_chene.pdf
- Comité pour la Mémoire et de l'Histoire de l'Esclavage [en ligne]. [réf du 10 novembre 2010]. Disponible sur : <http://www.comite-memoire-esclavage.fr/>
- CONTE Emanuele. Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien ? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgarrechtliche Tradition in den italienischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts. *Forum historiae iuris* [en ligne]. 5 novembre 2004 [réf. du 10 mai 2009], p. 17, note 7. Disponible sur : <http://www.forhistiur.de/zitat/0411conte.htm>
- de PARIEU Marie. Anciens sénateurs III^{ème} République [en ligne]. [réf. du 22 septembre 2010]. Disponible sur : http://www.senat.fr/senateur-3eme-republique/de_parieu_marie0358r3.html
- Hoirie. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12 septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedie/images/V8/ENC_8-244.jpeg
- Hoïrs. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12

- septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedie/images/V8/ENC_8-244.jpeg
- LE DOYEN JEAN CARBONNIER ET LA JURISPRUDENCE (le 30 novembre 2005 ; Paris) [en ligne], éd. la Cour de cassation, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, *Revue Lamy droit civil*, n° 26, 2006 [réf. du 13 avril 2010]. Disponible sur http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/doyen_jean_carbonnier_jurisprudence_8138.html
- Personne*. Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers [en ligne]. [réf. du 12 septembre 2006]. Disponible sur : http://portail.atilf.fr/encyclopedie/images/V12/ENC_12-431.jpeg
- SAVIGNY Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts : korrigierte Abschrift (Bd. 1-4)*. Nachlass Friedrich Carl von Savigny [en ligne], Universitätsbibliothek Marburg. [réf. du 31 octobre 2006]. Disponible sur : <http://savigny.ub.uni-marburg.de/cgi-bin/digibny/w12+2+1+1>
- Victor Marie CHAUFFOUR (1819-1889). Base de données des députés français depuis 1789 [en ligne], Assemblée nationale. [réf. du 21 septembre 2010]. Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche.asp?num_dept=10499

Textes législatifs, jurisprudentiels et réglementaires français non reproduits dans les annexes

- Code civil (1804). Art. 9, 25, 33, 146, 165-171, 180, 181, 232, 505, 529, 544, 609, 724, 769, 770, 775, 790, 811-813, 883, 1004, 106, 1011, 1014, 1599, 1832-1834, 1845, 1850, 1852, 1984, al. 1, et 1599, 2279.
- Code civil (2010). 16, 505, 768, 809, 809-1, 809-2, 809-3, 864 (abrogé), 1077 (abrogé), 1078-2 (abrogé).
- Code général des impôts. Art. 635-885, 1584-1585 H, 1594 A-1594 J *bis*, 1702. Art. 292-301 F. de l'annexe II. Art. 245-299 de l'annexe III. Art. 60-60 A de l'annexe IV.
- Code de la santé publique. Art. L1412-1.
- Code pénal (1791). Art. 7.
- Code pénal (1810). Art. 18, 28, 34, 86, 295-378.
- Code de procédure civile (1806). Art. 23, 28, 34, 69, 1401.
- Code de procédure civile (2010). Art. 1264.
- Livre des procédures fiscales (2010). Art. L. 199.
- Loi (souvent citée comme « décret ») des 5-19 décembre 1790. Art. 12, 16, 17.
- Loi du 27 mai 1791. Art. 26.
- Loi du 20 septembre 1792.
- Loi du 9 vendémiaire an VI (30 septembre 1797). Art. 16.
- Loi du 28 avril 1816. Art. 54.
- Loi des 24-28 avril 1830. Art. 2.
- Loi du 24 avril 1833.
- Loi de 25 mai 1838.

Loi de 6-15 décembre 1850. Art. 1.

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. *Journal officiel* du 2 juillet 1901, p. 4025.

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat. *Journal officiel* du 11 décembre 1905, p. 7205.

Loi du 7 mars 1925 instituant les sociétés à responsabilité limitée. *Journal officiel* du 8 mars 1925, p. 2382.

Loi du 20 novembre 1940 confiant à l'administration de l'enregistrement la gestion des successions non réclamées et la curatelle des successions vacantes. *Journal officiel* du 3 décembre 1940, p. 5942.

Loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants. *Journal officiel* du 4 juillet 1971, p. 6515.

Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. *Journal officiel* du 4 janvier 1968, p. 114.

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. *Journal officiel* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059.

Loi n° 99-944 du 5 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. *Journal officiel* n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959.

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. *Journal officiel* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513.

Cahier des Etats de Bourgogne du 16 juin 1740. Art. 10.

Coutumes de Paris. Art. 22, 28, 34, 151.

Coutumes de Nivernais. T. 4. Art. 1.

Coutumes d'Orléans. Art. 4.

Code noir (Edit du mois de mars 1685 servant de règlement pour le gouvernement et l'administration de justice et la police des îles françaises de l'Amérique, et pour la discipline et le commerce des nègres et esclaves dans lesdits pays). Art. 1-11, 13, 14, 32, 34, 39, 44-46, 59.

———. Version de 1724. Art. 40, 42 (5, 7, 8, 18, 25 abrogés)

Ordonnance du mois de février 1566, dite « de Moulins ».

Ordonnance du mois d'avril 1667.

Ordonnance sur le fait des cinq grosses fermes de février 1687.

Edit du mois de mars 1693.

Edit du mois de décembre 1703. Art. 25.

Déclaration du 19 juillet 1704. Art. 18, 21.

Edit du mois d'août 1706.

Edit du mois d'octobre 1716.

Déclaration du 15 décembre 1738. Art. 4.

Ordonnance royale du 3 décembre 1784. Titre V. Art. 3.

Ordonnance royale du 3 décembre 1785.

Décret du 4 août 1789 de l'Assemblée nationale.

Décret des 15 mai-1^{er} juin 1791 de l'Assemblée nationale.

Décret des 29 mai-1^{er} juin 1791 de l'Assemblée nationale.

Arrêté consulaire du 29 prairial an X (18 juin 1802).

Arrêté consulaire du 12 vendémiaire an 11 (4 octobre 1802)

Ordonnance royale du 22 novembre 1819.

Ordonnance royale du 4 août 1833.

Ordonnance royale du 2 novembre 1846.

Décret du 27 avril 1848 du Gouvernement provisoire.

Circulaire du 6 nivôse an XVI (27 décembre 1805) du Préfet de la Martinique.

Arrêt du Parlement d'Orléans du 24 juillet 1600.

Arrêt du 28 juin 1723 du Conseil du roi.

Arrêt du 5 juin 1736 du Parlement de Paris.

Arrêt du 9 mars 1745 du Conseil du roi.

Arrêt du 14 août 1770 du Conseil du roi.

Arrêt du 29 germinal an XI (19 avril 1803) de la Cour de cassation.

Arrêt du 29 avril 1807 de la Cour de cassation.

Arrêt du 24 avril 1811 de la Cour de cassation.

Arrêt du 6 mai 1816 de la Cour de cassation.

Arrêt du 25 février 1825 de la Cour de cassation.

Arrêt du 28 décembre 1826 de la Cour de cassation.

Arrêt du 3 novembre 1836 de la Cour de cassation.

Arrêt du 8 février 1839 de la Cour de cassation.

Arrêt du 6 mai 1840 de la Cour de cassation.

Arrêt du 23 juin 1857 de la Cour de cassation.

Arrêt du 11 février 1861 de la Cour de cassation.

Arrêt du 24 avril 1862 de la Cour de cassation.

Arrêt du 25 juin 1866 de la Cour de cassation.

Arrêt du 25 mai 1887 de la Cour de cassation.

Arrêt du 2 janvier 1894 de la Cour de cassation.

Arrêt du 17 novembre 2008 de la Cour d'appel de Douai. *Bulletin d'information* [en ligne]. Cour de cassation. [réf.

du 8 mai 2010]. Disponible sur :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_699_2978/jurisprudence_2980/cours_tribunaux_2985/arret_publie_integralement_12343.html

Arrêt du 13 mars 1855 de la Cour impériale de Paris.

Arrêt du 4 février 1860 de la Cour impériale de Paris.

Arrêt du 6 juillet 1861 de la Cour impériale d'Orléans.

Arrêt du 30 mai 1866 de la Cour impériale d'Aix.
Jugement du 6 juillet 1864 du tribunal de Semur.
Jugement du 25 juillet 1865 du Tribunal de Toulon.
Jugement du 1^{er} avril 2008 tribunal de grande instance de Lille.
Instruction du 24 germinal an II (13 avril 1794) de la Régie de l'enregistrement.
Instruction du 3 fructidor an XIII (21 août 1800) de la Régie de l'enregistrement.

Textes législatifs internationaux et étrangers

La Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.
Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.
Allemagne :
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Art. 21, 43, 54, 719, 1419 (1442 actuellement).
Loi fondamentale du 8 mai 1949 de la République fédérale d'Allemagne.
Autriche :
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Art. 537.
Royaume-Uni :
Slave Trade Act (47 Geo III Sess. 1 c. 36).
Slavery Abolition Act 1833 (3 et 4 Will. IV c. 73).
Prusse :
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR). Partie 1. Titre 9. Art. 367-370.
Suisse, canton de Zurich :
Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Art. 1986.