

Spécial
Droit

Cours et exercices

2^e
édition

Droit des personnes et de la famille

Thierry Garé
Anaïs Raynaud

ellipses

Droit des personnes et de la famille

SPÉCIAL DROIT

dirigé par Philippe Ségur

Droit des personnes et de la famille

2^e édition

Thierry Garé

Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université Toulouse Capitole
Institut de droit privé

Anaïs Raynaud

Doctorante et chargée d'enseignement
à l'Université Toulouse Capitole
Institut de droit privé



Dans la collection Spécial droit

- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Introduction à l'étude du droit*
- Michel Dupuis, *Les propriétés intellectuelles*
- Stéphane Caporal-Gréco, Pierre Espuglas-Labatut, Philippe Ségur, Sylvie Torcol, *Droit constitutionnel*
- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Droit des personnes et de la famille*
- Gaylor Rabu, *Droit des obligations*
- Michel Dupuis, *Droit commercial*.

ISBN 9782340-052604

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2018

32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Liste des abréviations

<i>Adde</i>	Ajouter
aff.	affaire
al.	Alinéa
anc.	ancien
art.	article
art. préc.	Article précité
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)</i>
c.	contre
C. civ.	Code civil
C. constit.	Conseil constitutionnel
CA	Cour d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
coll.	Collection
CPC	Code de procédure civile
C. pén.	Code pénal
C. sécu. soc.	Code de la Sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
Cass. soc.	Cour de cassation (chambre sociale)
CE	Conseil d'État
chr.	Chronique
Comp.	comparer
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Crim.	Cour de cassation (chambre criminelle)
CSP	Code de la santé publique
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dr fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>

<i>Dr. pén.</i>	Revue <i>Droit pénal</i>
éd.	édition
<i>GACEDH</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem (au même endroit)</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
JAF	Juge aux affaires familiales
JCl.	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
JCP	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
JE	Juge des enfants
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
L.	<i>Loi</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
obs.	observations
ONC	ordonnance de non-conciliation
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatus</i> (dans l'ouvrage cité)
p.	page(s)
PACS	Pacte civil de solidarité
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
réd.	Rédaction
Req.	Cour de cassation (chambre des requêtes)
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes famille</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique</i> (droit prospectif)
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
s.	et suivant(e)s
spéc.	spécialement
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Trib. enf.	Tribunal pour enfants
V.	voir
V°	<i>verbo</i> (mot)
vol.	volume

« Il paroît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si nécessaire, soient si peu connuës, et que n'étant presque toutes que des règles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être facile et agréable soit si difficile et épineuse... ».

Domat (1625-1696)

Préface aux *Loix Civiles dans leur ordre naturel*.

Partie I

Le droit des personnes

En droit français, il existe deux catégories de personnes juridiques : les personnes physiques (les êtres humains) et les personnes morales. Celles-ci, dont l'étude approfondie relève du cours de L2, feront seulement ici l'objet d'une présentation sommaire.

DÉFINITION La personne morale est un groupement – de personnes ou de biens – auquel est reconnue, sous certaines conditions, la personnalité juridique (V. ce mot). En tant que sujet de droits, ce groupement peut être titulaire de droits et débiteur d'obligations. Il a un patrimoine et peut ester en justice.

Les personnes morales sont très diverses, aussi bien dans leurs buts, dans leurs formes, que dans leur consistance. La notion de personne morale suppose, en effet, que le groupe ait une existence et une personnalité autonomes, distinctes de celles de ses membres. Or l'épaisseur de cette personnalité diffère selon les types de personnes morales. Alors que, dans certaines formes de groupements (par exemple les sociétés anonymes), la personnalité du groupe fait écran à la personnalité des membres qui le composent, dans d'autres formes (comme la société en nom collectif), la personnalité morale n'est qu'un mince voile, qui ne parvient pas à masquer véritablement la personnalité des membres.

La question de la nature juridique des personnes morales a été âprement discutée en doctrine. Les auteurs du XIX^e siècle voyaient dans la personnalité morale une fiction, c'est-à-dire un mensonge de la loi, un concept contraire à la nature des choses, inventé dans un but strictement utilitaire, afin de permettre l'exercice de certaines activités en commun. À la différence des personnes physiques dont l'existence est perceptible par les sens, les auteurs classiques soutenaient que les personnes morales sont des êtres purement abstraits. Ils en déduisaient que seule la loi pouvait créer une personne morale ou préciser les conditions requises pour l'attribution de la personnalité à un groupement.

Une autre théorie, proche de celle de la fiction, considère que la personnalité morale n'est qu'un mode de propriété collective. Le droit de propriété de l'article 544 du Code civil pourrait donc connaître deux modalités : la propriété individuelle traditionnelle et la propriété collective, dont la personnalité morale constituerait une illustration. Ainsi Planiol écrivait-il : « la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective est pour ainsi dire cachée aux yeux par l'existence

d'êtres fictifs auxquels on prête, au moins dans une certaine mesure, les attributs de la personnalité, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs, qui font des contrats et soutiennent des procès comme de vraies personnes : ce sont les personnes fictives» (M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, LGDJ, 10^e éd. 1925, n° 3007).

Ces théories ont été combattues par plusieurs thèses qui soutiennent que la personne morale est une réalité. Selon les partisans de la théorie de la réalité, les personnes morales constituent des entités dont l'existence est tangible et dont l'activité économique et sociale est certaine. Il convient donc de leur reconnaître une existence juridique autonome, qui leur permettra d'accomplir leur mission. Cette analyse, dite de la réalité technique, est largement dominante de nos jours.

En droit positif, la personnalité morale est reconnue à tout groupement dès lors qu'il satisfait à deux conditions principales :

- être doté des moyens d'une expression collective ; ce qui impose une organisation spécifique à la personne morale, qui doit comprendre des organes délibératifs (afin que puisse s'exprimer une volonté collective) et des organes exécutifs ;
- agir pour la défense d'intérêts licites, distincts des intérêts individuels des membres du groupe. En d'autres termes, l'objet social doit être conforme à l'ordre public établi par la loi.

Lorsque ces éléments cumulatifs sont réunis, le groupement doit se voir reconnaître la personnalité morale sans que la moindre intervention du législateur soit nécessaire. Telle est la solution retenue par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 (D. 1954, p. 217, note Levasseur, JCP 1954, II, 7978, note Lemoine).

Après cette présentation rapide des personnes morales, les développements qui suivent seront consacrés exclusivement aux personnes physiques, dont il faut étudier la personnalité (Chapitre 1), l'individualisation (Chapitre 2) et la capacité (Chapitre 3).

Chapitre 1

La personnalité juridique des personnes physiques

DÉFINITION La personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droits ou débiteur d'obligations. L'attribution de la personnalité témoigne de la reconnaissance, par la société et par le droit, de l'existence de la personne.

Comment est attribuée la personnalité aux personnes physiques ? (Section 1); quelles sont les conséquences de cette attribution ? (Section 2). Telles sont les deux questions auxquelles il convient de répondre.

SECTION 1. L'attribution de la personnalité aux personnes physiques

Trois aspects doivent être abordés : la durée de la personnalité juridique (I), l'incertitude de la personnalité juridique (II) et le reflet de la personnalité juridique des personnes physiques (III).

I. La durée de la personnalité juridique des personnes physiques

La personnalité juridique est attachée à la qualité d'être humain. Cela signifie que tous les êtres humains ont la personnalité juridique, du premier souffle de vie (A) jusqu'au dernier soupir (B).

A. Le début de la personnalité juridique

1. Principe

La personnalité juridique s'acquiert à la naissance, sous réserve que l'enfant naisse vivant et viable.

Il en résulte que l'enfant mort-né n'est pas une personne car si on le considérait comme tel il faudrait lui dresser en même temps un acte de naissance et un acte de décès. Une difficulté apparaît cependant, car on ne peut inhumer une personne que si cette personne a un acte de décès. C'est pourquoi, le législateur a créé l'acte d'enfant sans vie qui ne donne pas de personnalité juridique mais qui permet la délivrance d'un acte de décès et donc l'inhumation (C. civ., art. 79-1 al. 2).

La viabilité est, quant à elle, une notion médicale; elle suppose que l'enfant soit porteur de tous les organes nécessaires à la vie en ordre de fonctionnement. Reprenant les préconisations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le droit français présume que l'enfant est viable lorsqu'il pèse au moins cinq cents grammes et lorsque la naissance intervient à plus de vingt-deux semaines d'aménorrhée. Il s'agit bien évidemment d'une présomption simple. L'enfant qui n'est pas viable n'a pas de personnalité juridique car il ne survivra pas longtemps. Un acte d'enfant sans vie lui sera dressé. Lorsque l'enfant est né viable et qu'il décède avant la déclaration de sa naissance à l'état civil, l'officier d'état civil dresse un acte de naissance et un acte de décès (C. civ., art. 79-1 al. 1).

En vertu du principe d'égalité, tous les enfants qui naissent vivants et viables sont, en droit positif, considérés comme des personnes.

DROIT PROSPECTIF Faut-il reconnaître une personnalité juridique aux robots ? La question est très sérieuse puisque le Parlement européen a demandé à la Commission de réfléchir à « la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers ». La proposition sous-entend que les règles de responsabilité civile applicables en la matière seraient insuffisantes. Elle procède, en outre, d'une confusion des notions de personne et de chose (la chose fût-elle dotée d'une intelligence artificielle...) qui n'est guère rassurante.

HISTOIRE Esclavage : La personnalité juridique n'a pas toujours été reconnue à tous les êtres humains. À Rome, l'esclave est considéré juridiquement comme une chose, il est objet de droits. Mais sa nature humaine n'est pas totalement ignorée. Ainsi, sous l'empereur Claude, le meurtre d'un esclave innocent était-il sanctionné. L'Ancien droit français connaissait lui aussi l'esclavage, notamment à l'époque franque. Mais, sous l'influence de l'Église catholique, celui-ci disparaît peu à peu pour faire place au servage. Sans doute le serf n'est-il pas libre, mais il est juridiquement devenu une personne. Ainsi, dès le ^{xiii} siècle, bien qu'il soit soumis à d'importantes incapacités, le serf possède un patrimoine, il a le droit de se marier et d'ester en justice. Au ^{xvi} siècle, le servage a quasiment disparu en France au point que Loysel pouvait écrire, dans les Institutes coutumières : « *Toutes personnes sont franches en ce royaume, et si tost qu'un esclave a atteint les marches d'icelui, se faisant baptiser, est affranchi* ». L'expansion coloniale s'accompagnera d'un retour de l'esclavage dans les colonies d'Amérique (Code noir : édit du 16 mars 1685). Mais cet esclavage n'était pas admis en métropole : « *si quelque habitant de nos colonies amène en France avec lui quelqu'un de ses esclaves, il doit faire déclaration à l'amirauté qu'il ne l'amène point pour rester en France et qu'il entend le renvoyer dans un certain temps à la colonie ; faute de quoi l'esclave acquerroit de plein droit la liberté par son séjour en France* » affirmait le Roi dans une déclaration du 9 août 1777. Bonaparte maintiendra le Code noir, et l'esclavage ne sera définitivement aboli en France, à l'initiative de Victor Schoelcher, que par le décret du 27 avril 1848.

2. Atténuations

Certains mécanismes juridiques, de droit civil ou de droit pénal, conduisent à se demander si la personnalité juridique n'est pas, dans certains cas, acquise avant la naissance.

En droit civil, il s'agit de l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois que c'est son intérêt. Ainsi, dans l'arrêt *Segers* (Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1985, Bull., I, n° 339) la Cour de cassation a fait application de l'adage *infans conceptus* pour condamner un assureur à prendre en compte deux enfants à naître pour le calcul du capital décès dû à la veuve de l'assuré. De même, la Cour de cassation a admis, en vertu de l'adage *infans conceptus*, que l'enfant simplement conçu au moment de l'accident mortel de son père, peut prétendre, dès sa naissance, à l'indemnisation de son préjudice d'affection (Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2017, n° 16-26.687). Autre exemple : en cas de décès du père pendant la grossesse, l'enfant simplement conçu peut prendre part à la succession, lorsque celle-ci est bénéficiaire (dans le cas contraire, il n'aurait aucun intérêt à hériter), et lorsque l'enfant est né ensuite vivant et viable. Cette deuxième condition est importante : l'acquisition anticipée de la personnalité juridique n'est que provisoire. Si l'enfant naît mort, il n'acquiert pas la personnalité à compter de sa conception.

En droit pénal, la seconde dérogation est purement jurisprudentielle. Elle concerne principalement les infractions pénales commises sur le fœtus. Plusieurs arrêts ont semblé admettre que l'enfant a, dès avant sa naissance, une personnalité distincte de celle de sa mère. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation

a-t-elle approuvé la condamnation d'un gynécologue-obstétricien pour blessures involontaires car l'intervention tardive de celui-ci auprès de la parturiente avait été à l'origine d'une souffrance fœtale ayant entraîné un handicap moteur pour l'enfant (Crim. 9 janvier 1992, Droit pénal 1992, comm. n° 172, obs. Véron). De même, en cas de décès accidentel du fœtus, certaines juridictions n'hésitent pas à condamner le responsable de l'accident pour homicide involontaire (pour un accident de la circulation ayant entraîné la mort du fœtus, V. Douai, 2 juin 1987, JCP 1989, 21250, note X. Labbé; pour une erreur commise par un gynécologue-obstétricien, V. Lyon, 13 mars 1997, JCP 1997, 22955, note G. Fauré). Cette dernière décision a cependant été censurée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, au visa du principe d'interprétation stricte de la loi pénale tiré des oubliettes pour les besoins de la cause (Crim. 30 juin 1999, D. 2000, p. 710, note crit. Vigneau; JCP 2000, II, 10231, note Fauré. *Adde* D. Rebut, « La loi pénale est d'interprétation stricte ! », Droit de la famille, 1999, chr. n° 20). Et, saisie par la victime, la Cour EDH a rejeté sa requête au motif que l'appréciation du point de départ du droit à la vie relève de l'appréciation des États parties (Cour EDH, 8 juillet 2004, JCP 2004, act., n° 379). Il semble donc que l'enfant mort dans le sein de sa mère n'a pas d'existence juridique. En revanche, si les blessures causées par l'accident ne sont pas immédiatement fatales et si l'enfant, né par césarienne, décède quelques minutes après sa naissance, la qualification d'homicide involontaire peut être appliquée à l'auteur de l'accident. Telle est la solution retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 2 déc. 2003, D. 2004, p. 449, note Pradel, RJPF 2004, 3/43, obs. Bonfils). Plus que jamais, une clarification du statut pénal de l'enfant dans la période périnatale s'impose !

REMARQUE

Le droit civil et le droit pénal semblent ne pas retenir la même définition de ce qu'est une personne. Le droit civil se fonde sur la personnalité juridique alors que le droit pénal, plus réaliste, protège les êtres humains vivants, quelle que soit par ailleurs leur personnalité. En droit pénal, tout être humain vivant a vocation à être protégé, même si, en droit civil, il n'est pas une personne juridique. Cette différence d'approche d'une notion par le droit civil et le droit pénal est un exemple d'autonomie du droit pénal : le droit pénal élabore ses propres définitions, sans être lié par les définitions retenues par les autres branches du droit, en l'occurrence, ici, le droit civil.

Qu'elle existe ou non, la personnalité juridique de l'enfant à naître a bien peu de portée. D'une part, la loi Veil du 17 janvier 1975 a créé des permissions de la loi en matière d'interruption volontaire de grossesse (C. santé publ., art. L. 2212-1 et s.; C. pén., art. 223-11 al. 1). D'autre part, l'article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 a permis, en matière de fécondation *in vitro*, la destruction des embryons dits surnuméraires, c'est-à-dire des embryons conçus *in vitro* mais non réimplantés. Et cette disposition a été avalisée par le Conseil constitutionnel, qui semble admettre que l'embryon non implanté n'est pas sujet, mais objet de droits (C. Const., 27 juillet 1994, D. 1995, p. 237, note Mathieu).

Pour aller plus loin

Ph. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTD civ.* 1976, p. 725 ; C. PHILIPPE, même titre, *D.* 1996, chr., p. 29 ; P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Rev. Droit de la famille*, sept. 1997, chr., n° 9 ; R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, chr., p. 231 ; Ph. PÉDROT, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP* 1991, I, 3483.

B. La fin de la personnalité juridique

Puisque la personnalité est acquise à la naissance, elle disparaît avec la fin de la vie physique, donc avec la mort de la personne. Il peut s'agir aussi d'un jugement déclaratif d'absence ou de disparition (V. ces mots). Pour autant, la mort n'est pas toujours le passage brutal d'un état à un autre. De plus en plus souvent, elle est le résultat d'un long processus de dégradation des fonctions vitales ; elle est progressive. À quel stade de cette dégradation faut-il considérer l'individu comme mort ?

Le Code civil ne donne aucune définition de la mort. Et, en dépit des nombreuses études qui ont été consacrées à cette notion, aucune définition juridique de la mort n'a pu être trouvée. Cela tient pour l'essentiel au fait que les progrès de la médecine ont considérablement modifié notre perception de la mort. Il serait donc hasardeux d'en donner une définition générale qui serait, tôt ou tard, remise en cause par les progrès de la science. Il faut se contenter de critères... provisoires.

Lorsqu'il a commencé à percevoir la mort – nos ancêtres la prenaient pour un sommeil prolongé, l'homme en a tout d'abord retenu une approche externe. Était considérée comme morte la personne dont les fonctions respiratoires s'étaient arrêtées. On utilisait, pour s'en assurer, un miroir que l'on plaçait sous le nez du défunt. Les progrès accomplis en matière de réanimation ont conduit à écarter ce premier critère de la mort, et à en retenir un autre, interne cette fois : l'arrêt des fonctions cardiaques. Mais lorsque l'on a su faire repartir un cœur qui s'était arrêté, ce critère a dû, lui aussi, être abandonné. C'est ainsi qu'une circulaire du 24 avril 1968 introduisit une nouvelle exigence. La mort supposait, selon ce texte, l'existence « de preuves concordantes de l'irréversibilité de lésions incompatibles avec la vie, (en s'appuyant) notamment sur le caractère destructeur et irréversible des altérations du système nerveux central dans son ensemble ». Ce texte suggérait donc un nouveau critère de la mort : la mort cérébrale, d'ailleurs plus compatible avec les transplantations d'organes. Ce critère a été confirmé et précisé par le décret du 2 décembre 1996, « relatif au constat de la mort préalable à un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules ». D'après ce texte, si une personne présente un arrêt cardiaque persistant, le constat de la mort suppose, cumulativement, une absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral et une absence totale de ventilation spontanée (C. santé publ., art. R. 1232-1). Et lorsqu'une personne cliniquement morte est maintenue artificiellement en vie – soit parce qu'elle se trouve dans le coma, soit pour les besoins d'un prélèvement d'organe – sa mort suppose en outre que soit mis en évidence « le caractère irréversible de la destruction encéphalique » (C. santé publ.,

art. R. 1232-2), au moyen soit de deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs d'une durée de trente minutes, effectués à un intervalle minimal de quatre heures, soit d'une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique. Comme la plupart des États européens, la France retient donc le critère de la mort cérébrale. Reste que, pour pallier d'éventuelles erreurs de diagnostic, l'inhumation ou la crémation ne peuvent intervenir moins de vingt-quatre heures après la constatation du décès (art. R. 2213-35 du Code général des collectivités territoriales) et un certificat médical constatant la mort est exigé pour la déclaration de décès à l'état civil et la fermeture du cercueil (CGCT, art. L. 2223-42).

HISTOIRE Pendant fort longtemps, notre droit a connu une autre forme de mort : la mort civile. La mort civile frappait, tout d'abord, les religieux. Le prononcé des vœux définitifs entraînait l'ouverture de la succession du religieux au profit de sa famille. Par ses vœux, le religieux était « mort au monde ». Ce système ne disparaîtra qu'à la Révolution (loi du 13 février 1790). La mort civile frappait également les condamnés à mort par contumace et les condamnés à une peine perpétuelle. Le mort civil ne pouvait plus accomplir aucun acte juridique, puisque sa personnalité juridique avait disparu. Le système fut utilisé par le gouvernement révolutionnaire contre les émigrés (loi du 17 septembre 1793). Il fut repris par le Code pénal de 1810 pour être finalement aboli par la loi du 31 mai 1854.

Lorsqu'elle est provoquée par un tiers, la mort tombe sous le coup du droit pénal (les qualifications varient selon les circonstances de la mort et la volonté de celui qui l'a provoquée : coups mortels, homicide involontaire, homicide volontaire, empoisonnement ou assassinat, tous les degrés de l'intention trouvent à s'exprimer). Reste qu'aujourd'hui, certains estiment que la mort provoquée pour abrégé les souffrances, la bonne mort (euthanasie), doit être dépénalisée. À l'instar de certains pays européens (notamment les Pays-Bas et la Belgique) et à la faveur de certaines affaires très médiatisées (le souvenir des visages de Vincent Humbert et de Vincent Lambert est encore dans tous les esprits), la loi Léonetti (Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie), sans légaliser l'euthanasie, interdit l'acharnement thérapeutique (défini comme une obstination déraisonnable) et institue la possibilité d'une sédation profonde et continue jusqu'au décès. Ces dispositions ont été complétées par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 (créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie) qui prévoit le développement des soins palliatifs. En d'autres termes, ces textes permettent de « laisser mourir » mais refusent de « faire mourir » en injectant un produit létal. Sur le plan théorique, se laisser mourir pourrait bien transformer la vie en un droit subjectif que son titulaire pourrait exercer en décidant des modalités de sa mort. Il n'est pas sûr, cependant, que la vie – qui dépasse l'individu – puisse aisément se laisser enfermer dans un droit subjectif. Il n'est pas sûr non plus que l'homme ait beaucoup à gagner à un tel enfermement. Sur le plan pratique, une donnée a été parfaitement mise en lumière par Marie de Hennezel (notamment dans *La mort intime*, éd. R. Laffont, 2001) : chez les patients admis dans des services de soins palliatifs, les demandes d'euthanasie disparaissent quasiment.

Avant de voter une loi, la priorité devrait donc être d'accroître le nombre de lits disponibles en soins palliatifs et la formation des personnels. Il est vrai que le vote d'une loi coûte moins cher qu'un lit d'hôpital...

Lorsqu'elle est provoquée par le défunt, on est en présence d'un suicide. Le suicide n'est pas une infraction pénale. Mais le législateur punit la provocation au suicide (C. pén., art. 223-13) ainsi que la propagande ou la publicité en faveur de produits d'objets ou de méthodes permettant de se donner la mort (C. pén. art. 223-14). Quant à la personne qui aide au suicide, elle sera poursuivie comme auteur d'un homicide. De son côté, la Cour EDH décide qu'aucun texte de la Convention ne donne à chacun le droit de mettre fin à ses jours car on ne peut déduire de l'article 2 (droit à la vie) le droit d'y mettre un terme (Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, RSC 2002, p. 645, obs. Massias, JCP 2003, II, 10062, note Girault).

MORT NUMÉRIQUE La question de la mort numérique est de plus en plus souvent abordée, tant les nouvelles techniques d'information et de communication (NTIC) ont envahi nos existences humaines. C'est ainsi que le 29 oct. 2014, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) a publié une recommandation aux termes de laquelle les héritiers d'une personne décédée peuvent demander la suppression des profils Facebook et réseaux sociaux du défunt. Cette recommandation a été consacrée par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 qui permet aux héritiers, ou à la personne elle-même de son vivant, de décider du sort des données numériques qui la concernent.

Les auteurs ne se sont guère intéressés à la condition juridique du mourant. Pourtant, si l'on ose s'exprimer ainsi, le mourant n'est pas un vivant ordinaire. En tant que personne, nul ne doute que le moribond peut toujours accomplir des actes juridiques (testament, reconnaissance d'enfant, mariage *in extremis*...). En effet, seule la mort lui fera perdre définitivement sa qualité de sujet de droits. Pour autant, le mourant est une personne affaiblie qui doit, pour cette raison, être protégée par la loi contre les dangers que constituent l'euthanasie active ou les prélèvements hâtifs d'organes ou de tissus. Et il est permis de se demander si le seul principe du respect de la vie ou de la dignité de la personne humaine constitue toujours une protection efficace. En outre, il semble bien que la capacité juridique du mourant soit amoindrie, ou bien parce que sa lucidité est parfois altérée, ou bien parce que la possibilité de conclure certains contrats lui est, le plus souvent, refusée (contrat d'assurance vie par exemple).

DOCTRINE SELON MARCEL PLANIOL « Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien » (Traité élémentaire de droit civil, tome 1, 3^e éd. Pichon, 1904, p. 145). Cette analyse a été vivement critiquée par René Demogue qui défend, quant à lui, la thèse de la demi-personnalité (R. Demogue, « La notion de sujet de droit », RTD civ. 1909, p. 611 et s.). Le droit pénal romain apporte sur ce point une contribution qui n'est pas mince puisqu'il admettait que certaines peines (en matière de concussion ou de suicide) pouvaient subsister post mortem. Il en était ainsi des confiscations de biens – les biens confisqués échappaient alors aux héritiers du défunt – et des peines de déportation ou de relégation, qui faisaient obstacle au rapatriement de la dépouille mortelle du condamné. Et ces peines posthumes semblent avoir perduré tant au Moyen Âge que sous l'Ancien régime (en ce sens, A. Leca, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'Ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir, Liber amicorum Benoit Savelli*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 289 et s., spéc. p. 315 et s.).

REMARQUE Après la mort ? Question insoluble pour les vivants... On s'en tiendra à quelques précisions strictement juridiques :

– la personnalité juridique disparaît : la personne n'existe plus donc elle ne peut plus être titulaire d'aucun droit ; ses droits personnels disparaissent, ses droits patrimoniaux sont transmis à ses héritiers par le mécanisme de la dévolution successorale ;

– allant plus loin, le droit continue de protéger la personne, et ses proches, même après la mort. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il décidé, dans l'affaire Milhaud (CE Ass., 2 juillet 1993, JCP 1993, II, 22133, note Gonod, D. 1994, p. 74, note Peyrical, RFD adm 1993, p. 1002, concl. Kessler, RTD civ. 1993, p. 803, obs. Hauser), que le principe fondamental du respect de la personne humaine continue de s'imposer au médecin, après la mort de son patient. Selon le Conseil, il en résulte qu'à moins d'un consentement exprès du défunt ou de ses proches, une personne en état de mort cérébrale ne peut être maintenue artificiellement en vie, à des fins d'expérimentation scientifique. Plus que sur le respect du corps, cette décision se fonde sur le principe de dignité de la personne dont le corps constituait l'enveloppe charnelle. Cette sauvegarde de la dignité de l'individu conduit également le Code pénal à réprimer les atteintes à la dignité de la personne humaine, notamment lorsqu'elles prennent la forme d'atteintes à l'intégrité du cadavre, ou encore de violations ou de profanations de sépulture (C. pén., art. 225-17). De la même manière, la loi du 29 juillet 1881 sur la presse sanctionne, quant à elle, la diffamation ou l'injure contre la mémoire des morts (art. 34).

La question du choix du lieu de la sépulture suscite un contentieux soutenu de nos jours. La jurisprudence a fixé quelques règles en la matière.

S'agissant des modalités et du lieu d'inhumation, la préférence doit être donnée aux dernières volontés du défunt, sous réserve qu'elles ne soient pas illégales (jugé que la cryogénéisation, c'est-à-dire la congélation, n'est pas un mode d'inhumation autorisé : CE 29 juillet 2002, RJPF 2002, 12/21, obs. Putman, JCP 2003, II, 10052, note Douay) et qu'elles soient connues. Sur ce point, le conjoint ou le compagnon du défunt sont les meilleurs interprètes de la volonté de celui-ci. Et, en cas de conflit avec d'autres membres de la famille (souvent les enfants du premier lit, ou l'ancienne épouse...), le juge doit rechercher par tous moyens quelle était la volonté réelle du défunt (Paris, réf., 6 décembre 1997, Dr fam. 1998, n° 93, note Beignier ; ordonnant le partage de l'urne funéraire en deux : Paris, 27 mars 1998, D. 1998, p. 383, note Malaurie, RTD civ. 1998, p. 655, obs. Hauser ; JCP 1998, II, 10113 et nos obs.).

S'agissant du transfert de la sépulture, il n'est possible que s'il existe un motif légitime (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1982, D. 1984, IR, 276 : où une mère est autorisée à faire exhumer les cendres de ses deux fils inhumés aux côtés de leur père qui les avait assassinés...).

Pour aller plus loin

B. CALAIS, « La mort et le droit », D. 1985, chr., p. 73 ; P. DE GOUSTINE, « La détermination de la mort en droit positif », *RTD sanit. soc.* 1990, p. 595 ; G. LEBRETON, « Le droit, la médecine et la mort », D. 1994, chr., p. 352 ; *Quelques aspects du droit de la mort, Actes du colloque de l'université Paris V*, D. 2000, n° spéc. 20 avril 2000, et notamment l'exposé du professeur J.-P. GRIDEL. Adde Aumonier, Beignier et Letellier, *L'euthanasie*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, n° 3595 ; J. Sainte-Rose, *Le droit à la vie*, *RRJ* 2002, n° 3, p. 1131 et s. ; C. Puigelier, *Qu'est-ce qu'un droit à la vie ?* D. 2003, chr., p. 2781 ; A. Cheynet de Beaupré, *Vivre et laisser mourir*, D. 2003, chr., p. 2980.

II. L'incertitude de la personnalité des personnes physiques

Dans certaines situations, l'existence de la personne est incertaine ou bien car elle a disparu dans des circonstances qui mettent sa vie en danger ; sa mort est alors vraisemblable (c'est la disparition [B]), ou bien parce que la personne ne donne plus de ses nouvelles ; si l'absence de nouvelles se prolonge le décès devient probable. C'est ce que l'on appelle l'absence (A).

A. L'absence

Il convient de préciser la notion d'absence (1) puis la situation juridique de l'absent (2).

1. Notion d'absence

DÉFINITION L'absence est la situation de la personne qui a cessé de paraître à son domicile sans que l'on ait de ses nouvelles. Cette situation est caractérisée par une incertitude sur l'existence de l'absent : il n'y a pas de preuve de son décès, car son corps n'a pas été retrouvé, mais l'absence de nouvelles, si elle se prolonge dans le temps, engendre un doute sur son existence.

L'absence doit être distinguée de la disparition et de la non-présence. La non-présence est le fait de ne pas se trouver là où l'on est censé être (par exemple : il n'est pas présent en cours de droit civil ; il est non-présent, mais il n'y a pas de doute sur son existence). La disparition est la situation de la personne qui a disparu dans des circonstances mettant sa vie en danger. Alors que le décès de l'absent n'est pas immédiatement probable – il le deviendra par le fait que l'absence de nouvelles dure plusieurs années –, le décès du disparu est très hautement vraisemblable, en raison des circonstances, dangereuses, de sa disparition.

2. Situation juridique de l'absent

Le régime juridique de l'absence est divisé en deux périodes distinctes, puisque le décès de l'absent n'est pas probable dès les dernières nouvelles. La première période, dite de présomption d'absence, correspond à une présomption de survie. L'absent est considéré comme étant encore en vie, et des mesures sont prises pour la gestion de ses biens et la protection de son patrimoine (C. civ., art. 112 et s.). La période de présomption d'absence dure dix ans lorsque les proches ont fait constater l'absence par le juge, donnant ainsi à celui-ci le pouvoir d'ordonner des mesures de protection des intérêts de l'absent. Elle dure vingt ans dans les autres cas.

À l'expiration de cette période de dix ou vingt ans, il est possible d'obtenir du tribunal de grande instance un jugement déclaratif d'absence qui a tous les effets que le décès aurait eus si la mort de l'absent avait été prouvée (dissolution du mariage, ouverture de la succession...). On entre alors dans la seconde période, celle de l'absence déclarée.

En cas de retour de l'absent, ou lorsque son existence est prouvée, il est possible de demander l'annulation du jugement déclaratif d'absence (C. civ., art. 129). L'absent retrouve alors ses biens dans l'état où ils se trouvent ; il a droit aux biens acquis avec les revenus ou le prix de vente de ses biens, mais son mariage reste dissous pour éviter d'éventuelles situations de bigamie.

HISTOIRE À toutes les époques s'est manifestée la nécessité de protéger les intérêts de l'absent, du moins lorsque le motif de l'absence était considéré comme légitime. Ainsi, à Rome, l'absent dont les motifs étaient reconnus valables pouvait-il, à son retour, faire annuler par le prêteur les droits acquis par les tiers à son détriment. De même, le Moyen Âge protégeait-il celui qui s'était absenté pour une cause pieuse (pèlerinage, croisades...). La protection des biens de l'absent durait parfois très longtemps. Ainsi le Parlement de Paris avait-il admis, à la fin de l'Ancien Régime, une présomption de durée de vie maximale de cent ans : cent ans après sa naissance, l'absent cessait d'être présumé vivant et ses biens pouvaient être partagés entre ses héritiers. Le Code de 1804 institua à son tour un système tellement protecteur des intérêts de l'absent qu'il en devenait paralysant. L'absent était présumé vivant tant que la preuve de son décès n'avait pas été rapportée. Ce système, porteur d'inconvénients importants – les biens de l'absent étaient difficilement aliénables ; le conjoint de l'absent ne pouvait pas se remarier –, n'était plus très réaliste dans une société comme la nôtre, qui connaît un développement considérable des moyens de communication. Ceux-ci permettent, en effet, de lever beaucoup plus vite que par le passé le doute sur l'existence de la personne absente. Une réforme s'imposait donc qui, menée sous l'égide de Jean Foyer, aboutit à la loi du 28 décembre 1977.

Pour aller plus loin

A. BRETON, « L'absence selon la loi du 28 décembre 1977 : variations sur le thème de l'incertitude », D. 1978, chr., p. 241 ; M. VIVANT, « Le régime juridique de la non-présence », RTD civ. 1982, p. 1 et s.

B. La disparition

DÉFINITION La disparition est la situation de la personne dont on a perdu la trace dans des circonstances mettant sa vie en danger, mais dont le corps n'a pas été retrouvé. Comme l'absence, la disparition est caractérisée par une incertitude sur l'existence de la personne. Mais, à la différence de l'absence, le décès du disparu est immédiatement probable, en raison des circonstances dans lesquelles s'est produite la disparition.

À la différence de l'absence, il n'y a pas ici de présomption de survie. Le décès du disparu étant immédiatement probable, il est possible d'obtenir sans délai du tribunal de grande instance un jugement déclaratif de disparition (C. civ., art. 88 al. 1) qui a tous les effets que le décès aurait eus si la mort du disparu avait été prouvée (dissolution du mariage, ouverture de la succession...). Si le tribunal considère que le décès n'est pas suffisamment vraisemblable, il peut ordonner un supplément d'information (C. civ., art. 90 al. 2).

En cas de retour du disparu, ou lorsque son existence est prouvée, il est possible de demander l'annulation du jugement déclaratif de disparition (C. civ., art. 92 al. 1). Le disparu retrouve alors ses biens dans l'état où ils se trouvent; il a droit aux biens acquis avec les revenus ou le prix de vente de ses biens, mais son mariage reste dissous pour éviter d'éventuelles situations de bigamie.

REMARQUE La disparition semble correspondre à deux situations de fait bien distinctes. À côté de la disparition accidentelle, qui est celle à laquelle on pense le plus spontanément, et qu'illustre parfaitement la disparition en mer ou lors d'un tremblement de terre, il existe des hypothèses de disparition volontaire dans lesquelles, selon la formule consacrée, un individu part sans laisser d'adresse. Devant l'ampleur du phénomène – qui avait même semblé justifier, naguère, la création d'une émission de télévision dont le but était de rechercher les personnes disparues –, les autorités de police ont mis sur pied un Service de recherches dans l'intérêt des familles.

Pourtant, il est permis de se demander si l'un des droits de la personne ne serait pas de disparaître. Ce droit pourrait apparaître comme un prolongement de la liberté individuelle. L'activité du Service de recherches dans l'intérêt des familles semble confirmer cette hypothèse puisque, lorsque ses recherches aboutissent, le Service ne contraint pas l'individu à reprendre contact avec ceux qui l'ont fait rechercher. Bien entendu ce droit, cruel pour l'entourage, ne peut être reconnu qu'aux personnes majeures et lucides. Le cas des enfants mineurs et celui des malades mentaux justifient des règles particulières.

La collection **Spécial Droit** a pour ambition de satisfaire au double critère de la pédagogie et de l'excellence.

Reprenant la structure classique des plans de cours, chaque ouvrage s'attache à donner aux lecteurs des clefs de compréhension de la matière par une démarche méthodique et guidée qui n'exclut ni l'exhaustivité ni la rigueur du propos. Pour ce faire, des rubriques systématiques scandent le cours et des exercices corrigés sont proposés en fin de chapitres.

Le droit des personnes regroupe l'ensemble des règles qui régissent l'acquisition et la protection de la personnalité juridique, ainsi que la capacité des sujets de droit. Le droit de la famille régit, quant à lui, les règles qui président à la constitution, à la vie et à la dissolution du groupe familial.

Le présent ouvrage réalise un exposé synthétique de ces deux matières, à destination des étudiants de Licence ; il pourra aussi être une aide utile dans le cadre de la préparation des concours du niveau Master. Chaque chapitre est accompagné d'exercices corrigés destinés à permettre au lecteur de s'auto-évaluer. Par ailleurs, au sein des chapitres, figurent des encadrés qui mettent l'accent sur la dernière jurisprudence ou sur l'actualité de la question traitée.

L'ouvrage est conforme à l'actualité tant jurisprudentielle que législative au 1^{er} juillet 2018.

Thierry Garé est agrégé des facultés de droit et professeur à l'Université Toulouse Capitole, il est l'auteur du cours.

Anaïs Raynaud est doctorante et chargée d'enseignement à l'Université Toulouse Capitole, elle est l'auteur des exercices corrigés.



9 782340 027305

