



**HAL**  
open science

# La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot

Kouroch Bellis

## ► To cite this version:

Kouroch Bellis. La personnalité juridique et le cas de l'absent : le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot. *Revue juridique de l'Ouest* , 2015, 28 (1), pp.9-46. 10.3406/juro.2015.4840 . hal-03279943

**HAL Id: hal-03279943**

**<https://hal.science/hal-03279943>**

Submitted on 6 Jul 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE ET LE CAS DE L'ABSENT : LE PRINCIPE DE L'UNICITÉ DU PATRIMOINE N'A PAS DIT SON DERNIER MOT<sup>1</sup>

**Kouroch BELLIS**

*Université Panthéon-Assas (Paris II)*

« Le fer aiguise le fer, ainsi un homme aiguise la personnalité de son prochain. »<sup>2</sup>

1. Qu'est-ce que la personnalité ? Qu'est-ce que la personne ? De multiples définitions peuvent être données, dans de multiples domaines. En droit même, ces notions sont difficiles à appréhender, bien qu'elles soient essentielles. La question est si vaste qu'il faut l'envisager par fragments. Nous avons choisi, d'une part, une théorie émise pour appréhender la personnalité juridique, celle de l'unicité du patrimoine, et d'autre part, un régime juridique aux frontières du concept de personnalité juridique, l'absence.

2. La théorie de l'unicité du patrimoine a été émise au XIX<sup>e</sup> siècle par Charles Aubry et Charles Rau. Cette théorie postule que pour toute personnalité juridique correspond un et un seul « patrimoine », entendu comme une universalité de droit. Selon Aubry et Rau, la notion de patrimoine permettrait de cerner celle de personnalité juridique, et c'est pourquoi nous appellerons aussi leur doctrine la « théorie du patrimoine-personnalité »<sup>3</sup>.

1 Nous remercions vivement Messieurs les Professeurs Hervé Lécuyer et Laurent Leveneur pour nous avoir donné l'idée de sujet de laquelle a découlé celui de cette étude.

2 *Proverbes*, XXVII, 17 (*La Sainte Bible*, trad. Louis Second révisée, dite « à la Colombe », 1978, Alliance biblique universelle, p. 884). Une signification de ce proverbe est que c'est au contact de ses semblables que l'on polit son être.

3 J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2<sup>e</sup> éd., n° 221, p. 314 (« doctrine du patrimoine-personnalité »). V. *infra* n° 15, *in fine*.

De nos jours, cette théorie semble de plus en plus appartenir au passé<sup>4</sup>. Cependant, faut-il si vite l'enterrer ? Notre réponse est résolument négative. Elle garde encore une vitalité insoupçonnée, et nous verrons qu'elle s'applique encore dans un domaine auquel on ne s'attend pas : l'absence.

3. Le droit de l'absence en général est justement l'autre question qui a retenu notre attention. En effet, les limites d'un concept sont très instructives lorsqu'il s'agit d'étudier ce même concept. Or, l'absence est assurément aux limites de la notion de personnalité et a constitué un défi pour le juriste : ni vivant ni mort dans le régime de 1804, l'absent sort de nos catégories habituelles. C'est à partir d'un cas concret où l'incertitude règne qu'on a élaboré un régime juridique où le flou règne (spécialement dans le régime antérieur à la réforme de 1977). Mais, pour ne pas faciliter la tâche, ce régime juridique remet lui-même en question et obscurcit encore plus une notion déjà incertaine par essence : la personnalité juridique. C'est dire si cette matière est brumeuse et mérite d'être étudiée et éclaircie. Nous ne prétendons pas dissiper tout trouble quant à cette question mais nous espérons que notre réflexion aidera le juriste à y voir plus clair.

Nous nous intéresserons plus particulièrement à la question du but de ce régime. Qui ou que veut-on protéger à travers celui-ci ? Nous verrons qu'il s'agit dans une certaine mesure l'absent mais qu'il s'agit plus encore de sa personnalité juridique.

4. Nous serons finalement amené à étudier la conjonction de ces deux champs du droit. Il s'agira de se demander si la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, en tant que théorie conçue pour appréhender la personnalité juridique, s'applique au cas de l'absence. Nous verrons alors que si l'absence a toujours été présentée comme une exception au principe de l'unicité du patrimoine, elle a au contraire toujours<sup>5</sup> constitué un cas d'application de ce principe, et ce, que ce soit de nos jours ou dans le régime qu'avaient connu les juristes strasbourgeois. Le patrimoine de l'absent est bien le reflet de sa personnalité juridique.

5. Cette étude reposera donc en son entier sur la notion de personnalité juridique. Nous commencerons par examiner ce que nous entendons lorsque nous employons cette expression pour ensuite examiner les liens que cette notion entretient avec celle de patrimoine, telle qu'Aubry et Rau l'ont forgée (I).

4 « Aujourd'hui, le principe d'unité du patrimoine semble être devenu un simple souvenir : le souvenir d'un passé révolu », M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* 2011, 46, 14 nov. 2011, doctr. 1258, n° 6, p. 2254. Christophe de la Rivière a même écrit un « requiem pour un principe ancestral », C. DE LA RIVIÈRE, « Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité », *Droit et Patrimoine*, 2010, n° 190, p. 63 (titre de la première partie de l'étude).

5 Nous ne parlons que de la période postérieure à l'adoption du Code civil des Français en 1804, la seule que nous avons étudiée.

Le “laboratoire” qui nous servira à analyser ces deux notions<sup>6</sup> sera le droit de l’absence : il faudra alors le présenter en mettant en évidence les mutations des rapports entre l’absence, la vie et la mort à travers les deux régimes juridiques que le droit français a connu depuis 1804 (II).

Nous serons alors à même, d’une part, de comprendre la place centrale de la question de la personnalité juridique en général dans le droit de l’absence et, d’autre part, d’analyser comment le concept de patrimoine a réagi aux régimes successifs du droit de l’absence et de conclure que le principe de l’unicité du patrimoine a toujours été vérifié. À travers la notion de personnalité juridique et à travers la théorie du patrimoine-personnalité, nous situerons donc notre raisonnement au cœur du droit de l’absence (III).

Cette étude propose donc d’analyser deux notions, l’une (le patrimoine) subordonnée à l’autre (la personnalité juridique), à travers le même laboratoire d’analyse (l’absence) pour aboutir à une conclusion sur le droit de l’absence en général et à une autre sur le principe de l’unicité du patrimoine, dans le but général d’en savoir plus sur la personnalité juridique de l’être humain.

## I – LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE L’ÊTRE HUMAIN ET LA NOTION DE PATRIMOINE

6. La personnalité juridique de l’être humain est une abstraction juridique qui n’est pas évidente à appréhender (A). Pour ce faire, Aubry et Rau ont mis en avant la notion de patrimoine (B).

### A – La personnalité juridique de l’être humain, une abstraction juridique

7. « Cette proposition : *Je suis, j’existe*, est nécessairement vraie, toutes les fois que je la prononce, ou que je la conçois en mon esprit. »<sup>7</sup> Le *cogito*<sup>8</sup> de Descartes est bien connu. Selon lui, c’est dans l’acte de penser que consiste l’existence.

8. De nos jours, au contraire, nous assimilons habituellement existence de la personne et existence de son corps biologique en fonctionnement<sup>9</sup>. Et c’est principalement la question

6 C’est-à-dire le domaine dans lequel nous mettrons ces deux notions à l’épreuve. V. aussi citation *infra* n° 27.

7 R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, Flammarion, 2009, « Méditation seconde », p. 93.

8 Dont la formulation la plus célèbre est la suivante : « Ac proinde haec cognitio, *ego cogito, ergo sum*, est omnium prima et certissima, quae cuilibet ordine philosophanti occurrat. » R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, 1, §7 (éd. Vrin, 2009, p. 74).

9 Descartes, lui, écrivait la chose suivante, immédiatement après son *cogito* : « Qu’on connaît aussi ensuite la distinction qui est entre l’âme et le corps. [...] car, examinant ce que nous sommes, nous qui pensons maintenant qu’il n’y a rien hors de notre pensée qui soit véritablement ou qui existe, nous

de la fin de cette existence, de la mort, qui a suscité débat. Du point de vue scientifique, on retient couramment le rapport du comité *ad hoc* de la *Harvard Medical School* publié le 5 août 1968 comme fixant le standard mondial actuel : la médecine ne définit plus la mort par rapport à la cessation de l'activité cardiovasculaire mais par rapport à la cessation de l'activité cérébrale<sup>10</sup>.

9. L'assimilation entre personne physique et corps biologique est de même un processus juridique historique indéniable. Cependant, il a fallu beaucoup de temps pour qu'il soit consacré. À Rome, la vie biologique était bien nécessaire à la vie juridique : celle-ci ne pouvait débuter avant la naissance et ne pouvait perdurer après la mort, entendue comme l'arrêt des fonctions vitales apparentes<sup>11</sup>. Cependant, ce n'était pas une condition suffisante : un être humain pouvait notamment être qualifié juridiquement de chose, et cela correspond à l'institution juridique qu'est l'esclavage. Depuis l'époque médiévale jusqu'à l'époque contemporaine, l'institution juridique ayant manifesté par excellence cette possible distinction est celle de la mort civile. Par l'effet du droit, on pouvait, avant l'abrogation de 1854<sup>12</sup>, être vivant dans le monde sensible mais être mort dans celui du droit<sup>13</sup>.

De nos jours au contraire, le droit (ou à défaut la pratique administrative) essaie de s'ajuster aux évolutions scientifiques en la matière. En effet, pour qu'une personne naisse en droit, il faut qu'un être vivant de l'espèce humaine soit né vivant et viable (art. 318 et art. 79-1 du Code civil<sup>14</sup>). Concernant la mort, les évolutions

connaissions manifestement que, pour être, nous n'avons pas besoin d'extension, de figure, d'être en aucun lieu, ni d'aucune autre telle chose qu'on peut attribuer au corps, et que nous sommes par cela seul que nous pensons. » R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, 1, §8. Il s'agit de la traduction de l'Abbé Picot (éd. Vrin, 2009, pp. 75-76).

10 « A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death », *Journal of the American Medical Association*, 1968, 205(6), pp. 337-340.

11 J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2009, p. 25.

12 On peut cependant remarquer avec étonnement que la confiscation tous les biens du condamné – conséquence pratique la plus saillante de la mort civile – est encore possible en droit positif pour crime contre l'humanité ou contre l'espèce humaine (art. 213-1, 4° et 213-3, 4° du Code pénal), trafic de stupéfiants (art. 222-49, al. 2), discrimination ou pour rémunération, travail ou hébergement contraire à la dignité humaine, dans le cas d'un état de vulnérabilité connu de l'auteur (art. 225-19, 5°), traite des êtres humains, proxénétisme ou infraction qui en résulte (art. 225-25), corruption de mineurs en bande organisée, ou fixation de l'image pornographique d'un mineur, en vue de sa diffusion pour un mineur de plus de quinze ans ou la diffusion d'une telle image (art. 227-33), recel sans justification de l'origine des biens (art. 321-10-1), blanchiment (art. 324-7, 12°), actes de terrorisme (art. 422-6), contrefaçon ou falsification de monnaie, ou transport ou mise en circulation de fausse monnaie (art. 422-16), association de malfaiteurs ou du délit de non-justification de ressource tout en étant en relation habituelle avec un mineur se livrant à des crimes ou délits punis de cinq ans d'emprisonnement (art. 450-5) ou pour crimes et délits de guerre (art. 462-6).

13 Pour une brève histoire de la mort civile, voir J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n°204, pp. 275-277. Ce n'est qu'avec le Nouveau code pénal de 1992 que l'on supprimera la peine d'incapacité de recevoir ou de disposer à titre gratuit, même pour le testament antérieur à la condamnation.

scientifiques ont été suivies. Auparavant, une circulaire du 3 février 1948 l'avait défini, de manière classique, comme la cessation de toute activité cardiaque et circulatoire. Le changement aura lieu par la circulaire n° 67 du 24 avril 1968 du ministre Jean-Marcel Jeanneney puis par le décret du 2 décembre 1996 (aujourd'hui art. R. 1232-1 et s. du Code de la santé publique) qui fera de l'électroencéphalogramme plat<sup>15</sup> le critère ultime<sup>16</sup>.

10. Il faut cependant bien voir que cette corrélation est un choix. Le droit<sup>17</sup> est un "monde", qui a ses propres concepts. Et si certains estiment que transcrire fidèlement la réalité est une condition à l'efficacité du droit, le législateur peut très bien en décider autrement. La filiation adoptive (notamment dans le cas de l'adoption plénière) et plus encore la filiation à l'égard de deux parents de même sexe en sont des exemples flagrants. La première est biologiquement fautive, la seconde est biologiquement impossible. Le droit peut très bien s'écarter de la réalité<sup>18</sup>.

De plus, même lorsque le droit décide de calquer la réalité, il en constitue toujours un monde à part : les deux mondes se croisent mais ne se confondent pas. Ainsi, si le législateur a voulu faire correspondre une personne juridique<sup>19</sup> à toute personne que l'on appréhende empiriquement, les deux concepts restent distincts. D'ailleurs, la personne juridique peut ne pas être adossée à une « personne empirique », il s'agit alors de ce qu'on appelle une « personne morale », sans que son caractère juridique de « personne » n'en soit atteint.

11. Le choix de l'adjectif « empirique » ne constitue pas ici une référence à un système philosophique mais au fait que la personne en question est appréhendée par l'expérience sensible, sans que l'on puisse vraiment avoir une perception rationnelle de cette personne. Par exemple, l'auteur de ces lignes s'appelle « Kouroch Bellis », mais qui peut dire qui est « Kouroch Bellis » ? À quoi se rattache essentiellement cette « personne » ? Qu'est-ce qui fait que, dans le monde sensible, en dehors de toute acception juridique, cette « personne » est « personne » ? Aucune réponse évidente ne peut être donnée, mais nous pouvons expérimenter le fait que cette personne existe par l'interaction avec elle, que cette interaction soit directe (par exemple une discussion avec elle) ou indirecte (par exemple une discussion, une pensée quant

14 Sauf mention contraire, à chaque fois qu'il sera fait référence à un numéro d'article, celui-ci se trouve dans le Code civil.

15 Cela correspond à l'absence d'activité cérébrale.

16 Sur l'histoire récente de la mort en droit, voir B. PY, *La mort et le droit*, PUF, 1997, pp. 9-29 et M. IACUB, « La construction de la mort en droit français », *Enquête, anthropologie, histoire, sociologie*, 7, Éditions Parenthèses, 1996, pp. 39-54. Pour une rétrospective plus étendue dans l'histoire, v. notamment J. MOREAU-DAVID, « Approche historique du droit de la mort », *D.* 2000, supplément au n° 16, pp. 266-1 à 266-6 et sa bibliographie.

17 Nous parlons dans cette étude du droit positif.

18 Il ne s'agit pas ici d'une approbation de ce procédé mais seulement d'un constat.

19 Il faut comprendre cette expression non pas dans le sens allemand de *Juristische Person*, c'est-à-dire de personne morale, mais en son sens propre de personne en droit, regroupant donc les sous-concepts de personne physique et de personne morale.

à cette personne acceptée comme faisant partie de la réalité). Savoir plus de cette personne que le simple fait de son existence nécessite bien des recherches, qui seraient alors d'ordre philosophique et non juridique<sup>20</sup>. C'est pourquoi nous parlons de « personne empirique » : c'est la personne qu'on expérimente sans nécessairement comprendre rationnellement la signification de cette expérimentation.

Nous pourrions aussi parler de la « personne factuelle », en reprenant l'opposition entre le fait et le droit, mais l'utilisation exclusive de cette expression enfermerait cette personne dans son opposition avec la personne juridique<sup>21</sup>.

L'expression « personne physique » est à éviter car cette dernière renvoie couramment dans le langage juridique français non pas à la personne en faits, dans le monde empirique, mais à une catégorie de personne juridique.

12. Le mot « personne » a pour origine le latin *persona*, dont l'origine exacte est incertaine. On lui donne classiquement pour origine le terme grec *prósōpon*. Ce mot désignait soit le visage humain proprement dit, dans sa réalité physique et concrète, soit le masque de théâtre et à partir de là, le personnage de théâtre, soit, tardivement, la personne<sup>22</sup>. Mais Franz Skutsch a rapproché le latin *persona* de l'étrusque *phersu*, qui désigne le masque d'un personnage<sup>23</sup>. Or, en latin, *persona* ne désigne jamais le visage physique mais renvoie à la fois au masque de théâtre, au personnage joué et à la personne<sup>24</sup>. En définitive, les influences réciproques de ces trois mots sont incertaines. Il est possible que *persona* ait pour origine *phersu* et ait ensuite intégré le sens de personne à partir du grec *prósōpon*, terme qui est peut-être lui-même à l'origine de l'étrusque *phersu*<sup>25</sup>. Il est encore possible que le sens tardif de personne qu'a eu le grec *prósōpon* est au contraire une influence du latin *persona*<sup>26</sup>.

20 Bien entendu, l'affirmation de cette existence est déjà un postulat philosophique, mais nous nous permettons celui-ci, à notre avis nécessaire à toute réflexion sérieuse. V. aussi *supra* n° 7.

21 D'autres expressions pourraient être encore utilisées, mais les deux choisis ici nous ont parus les plus neutres dans le cadre du débat philosophique que nous venons d'évoquer et qu'il ne convient pas de trancher ici. Par exemple, parler de « personne corporelle » ou de « personne matérielle » pourrait être un parti pris philosophique consistant à faire du corps ou de la matérialité le critère de l'existence d'une personne.

22 P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Klincksieck, 2009, « πρόσωπον ». Des références littéraires sont données pour l'ensemble de ces sens. Voir J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Genova : Studio Editoriale di Cultura, 1990, pp. 50-51.

23 F. SKUTSCH, « Persōna », *Archiv für lateinische Lexicographie und Grammatik*, 15, 1908, pp. 145-146 (repris dans *Kleine Schriften*, éd. W. Kroll, Leipzig und Berlin, B. G. Teubner, 1914, pp. 327-328). Voir A. ERNOULT, « Les éléments étrusques du vocabulaire latin », *Bulletin de la Société de Linguistique de Paris*, 30, 1930, p. 88, n. 1 (repris dans *Philologica I*, 1946, p. 23) et R. BLOCH, *Les origines de Rome*, Club français du livre, 1959, pp. 116-117. V. aussi J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, pp. 50-54 et bibliographie p. 53, n. 17.

24 A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, histoire des mots*, Klincksieck, 1985, « persona », p. 500.

25 *Ibid.* et *loc. cit.* ; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Payot, 1974, p. 566.

26 A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, histoire des mots, loc. cit.*

Quoi qu'il en soit, à Rome, dans la période classique, le terme *persona* n'était pas réservé aux sujets de droits puisqu'il était usuel de désigner ainsi les esclaves<sup>27</sup>, nous dirions qu'il désignait toute personne empirique. Le sens restreint et proprement juridique est apparu tardivement et c'est ainsi que l'empereur Théodose II a refusé le statut de *persona* aux esclaves par une constitution datée de 439<sup>28</sup>.

On est donc d'abord passé du masque au rôle qui lui était adéquat, au personnage joué. On a ensuite glissé de la scène de théâtre à la vie empirique, celle de l'expérience sensible, puis à la scène du droit, où chacun a un rôle à jouer<sup>29</sup>. L'homme « devient ici également personne, mais en entrant en société et en acceptant de revêtir le masque que lui confère le Prince en conformité avec le pacte social, accord des volontés, dont il tire lui-même son pouvoir »<sup>30</sup>.

13. C'est cette personne-là, celle qui se produit sur la scène du droit, qui nous intéressera spécifiquement. Il faudra alors savoir comment la cerner, elle qui ne se rattache pas nécessairement à un corps fait de chair et d'os. De même que les médecins discutent sur le critère définissant la vie pour les personnes factuelles, nous proposons une réflexion sur le critère définissant l'existence de la personne juridique. Nous nous concentrerons plus spécifiquement sur une théorie, très classique et souvent décriée, avancée pour caractériser l'existence de la personnalité : la théorie du patrimoine élaborée par Aubry et Rau.

## **B – Le patrimoine selon Aubry et Rau, une théorie pour appréhender la personnalité**

14. En droit romain déjà, l'idée de patrimoine avait commencé à émerger au fil du temps. Les balbutiements peuvent se trouver dans les notions d'*hereditas*, de *pecunia*, de *familia*, puis du terme *bona* (biens) ou celui de *res* (choses) d'une personne envisagés comme une globalité. Le terme *patrimonium* était déjà essentiel et dérive de *paterfamilias*, seul sujet de droit et donc propriétaire en droit de l'ensemble des biens. Javolenus évoque déjà, à la fin du 1<sup>er</sup> siècle de l'ère chrétienne, l'idée selon laquelle les biens d'un débiteur sont conçus comme étant grevés d'un passif, même s'il ne s'agit que d'un retranchement, comme si le solde devait rester positif (*Digeste*, 49, 14, 11). Au II<sup>e</sup> siècle, l'idée que les biens d'une personne constituent une universalité est exprimée par Julien (*Digeste*, 50, 17, 62) et ensuite plus explicitement par Ulpien (*Digeste*, 37, 1, 3, pr.). Le droit savant médiéval distinguera, à partir de ce dernier fragment, l'universalité de fait (*universitas facti*), c'est-à-dire d'une masse de choses n'incorporant pas de passif, de l'universalité de droit (*universitas iuris*), comme l'hérité ou la dot<sup>31</sup>.

27 F. C. V. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, 1841, t. 2, p. 31. Friedrich Carl von Savigny se réfère en note aux passages suivants : *Digeste*, 50, 16, 215 ; *Digeste*, 50, 17, 22, pr. ; *Digeste*, 7, 1, 6, 2 et *Gaius*, I, 120, 121, 123 et 139.

28 *Theodosiani Novellae*, 17, 1 (20 oct. 439). Cf. F. C. V. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, p. 31, note e.

29 Voir J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, p. 53.

30 *Ibid.*, p. 60.



15. À l'époque contemporaine, en France, ce sont Aubry et Rau qui émettront la célèbre théorie que l'on nomme classiquement celle de l'unicité du patrimoine. Ces auteurs, reprenant et modifiant à leur compte l'œuvre de Karl Salomo Zachariä<sup>32/33</sup>, définirent le patrimoine comme « l'ensemble des biens d'une personne, envisagés comme formant une universalité de droit »<sup>34</sup>.

Il ne s'agit pas de revenir ici de manière générale sur la notion de patrimoine<sup>35</sup> ni sur leur théorie en particulier<sup>36</sup>, mais de rappeler son lien avec notre sujet : la personnalité juridique. En effet, ils écrivent immédiatement après avoir défini le patrimoine que « l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité »<sup>37</sup>. Ils écrivent plus loin que « le patrimoine [est] une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle »<sup>38</sup>. Et c'est de ce constat fondamental qu'ils en déduisent les trois corollaires que nous connaissons<sup>39</sup>. Quant à l'idée que toute personne a un patrimoine, ils expliquent ainsi que celui-ci « constitue pour [la personne] un bien inné, en ce sens qu'il est inhérent à la personnalité même, [...] son existence n'est pas liée à la condition qu'elle possède des biens »<sup>40</sup> ou encore que nul être ne peut en être privé car celui auquel il appartient « ne le perd qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même »<sup>41</sup>. Quant au principe selon lequel toute personne a un et un seul patrimoine, ils expliquent que celui-ci est en principe « un et indivisible comme la personnalité même »<sup>42</sup>.

31 Pour ce rappel historique, J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 221, pp. 310-314.

32 Nous avons choisi de reproduire la graphie originelle du nom de cet auteur.

33 Nous nous référerons, pour Aubry et Rau à la dernière édition publiée du vivant des deux auteurs : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., 1873, 9 tomes, et notamment le t. 6, seconde partie, livre second, première division (« Du patrimoine en général »), §§573-587, pp. 229-260. Pour Zachariä, nous nous référerons à la première édition de l'ouvrage, traduction française de l'ouvrage de Zachariä, Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae...*, Strasbourg, F. Lagier, 1839-1836, 5 tomes, et notamment le t. 4, *id.*, §§573-587, pp. 99-153.

34 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §573, p. 229.

35 Plusieurs thèses y sont consacrées, dont B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Université Panthéon-Assas, 1998 et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois, 2007.

36 Pour cela, v. notamment Revue de Droit Henri Capitant, n° 2 (Le fabuleux destin de la théorie de l'unicité du patrimoine), juin 2011.

37 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §573, 1<sup>o</sup>, p. 229.

38 *Ibid.*, §573, 4<sup>o</sup>, p. 231.

39 Seules les personnes ont un patrimoine, toute personne a un patrimoine et toute personne n'en a qu'un seul. Voir A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, n<sup>os</sup> 69-91, pp. 36-45 ; A. SÉRIAUX, « Heurts et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in J.-M. PROUGHON (dir.), *Aubry et Rau : leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, pp. 84-85.

40 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §577, 1<sup>o</sup>, p. 241.

41 *Ibid.*, §577, 3<sup>o</sup>, p. 243.

42 *Ibid.*, §574, 1<sup>o</sup>, p. 232.

En définitive, c'est cette dernière idée d'unicité du patrimoine qui a le plus retenu leur attention<sup>43</sup>, et ce serait la raison pour laquelle le nom d'« unicité du patrimoine » a été donné *a posteriori* à cette théorie. Mais le tout est désigné par la partie<sup>44</sup> (même si c'est une partie nécessaire au tout) : le fondement et le cœur de la théorie résident dans l'idée selon laquelle le patrimoine est le reflet de la personnalité. Les quelques citations que nous avons reproduites le démontrent. Nous parlerons donc aussi de la « théorie du patrimoine-personnalité »<sup>45</sup>.

16. Le Professeur Frédéric Zénati a d'ailleurs fait remarquer que les deux professeurs strasbourgeois sont même allés plus loin que de parler du patrimoine comme d'un simple reflet de la personnalité. Ces derniers ont en effet relevé que « le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité, il en résulte que [...] »<sup>46</sup> et même que le patrimoine est « dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs [...]. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique [...] »<sup>47, 48</sup>. Selon lui, l'absence de postérité de cette confusion totale des concepts est due aux « exposés réducteurs qu'en donne la doctrine postérieure ».

Il faut cependant noter que le premier extrait en question se situe dans une section traitant de la transmission du patrimoine d'un mort<sup>49</sup>, au sein de développements relatifs à cette question : il s'agit plus d'un résumé à fin de démonstration, et c'est ce qui explique l'ajout d'« en quelque sorte ». La seconde se situe en note à la mention de l'inclusion des biens à venir dans le patrimoine et les auteurs semblent veiller à cantonner leurs propos à cette idée<sup>50</sup>.

43 A. SÉRIAUX, « Heurts et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *op. cit.*, p. 84.

44 Les linguistes parlent de « synecdoque particularisante ».

45 V. déjà J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 221, p. 314. Du fait que l'unicité n'est qu'un aspect de la théorie d'Aubry et Rau, A.-L. Thomat-Raynaud, reprise par le Professeur Mustafa Mekki (« Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 3, p. 2253), parle plutôt de théorie de l'unité du patrimoine pour englober les idées d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, n°s 133-147, pp. 60-65. Cependant, d'une part, cette expression elle-même ne regroupe pas toutes les facettes de la théorie en question, d'autre part, puisque le tout est bien désigné par cette synecdoque, il nous a semblé inutile de changer la dénomination classique de cette théorie, sauf à faire porter l'attention sur le fondement de la théorie et sur la mode même d'appréhension du concept du patrimoine. C'est pourquoi nous parlons aussi de théorie du patrimoine-personnalité. Mais cette dernière expression est ici interchangeable avec celle de « théorie de l'unicité du patrimoine ».

46 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §582, p. 253.

47 *Ibid.*, §573, 2<sup>o</sup>, p. 230, n. 6.

48 F. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », in J.-M. PROUGHON (dir.), *Aubry et Rau : leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, p. 68, n. 13. Nous citons Aubry et Rau à partir de leurs ouvrages et donc en tronquant parfois différemment que le Pr. F. Zénati.

49 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, p. 253, « III. De la transmission du patrimoine d'une personne décédée ».

Il nous semble que l'idée en question est plus une trace de l'origine de leur traité qu'une conception personnelle des deux auteurs, ce qui expliquerait l'absence de postérité. Au départ une simple traduction, l'ouvrage aurait au début repris l'idée radicale, du moins en apparence, de Zachariä pour ensuite la relativiser au fur et à mesure que l'œuvre leur devenait personnelle. En effet, le Pr. F. Zénati note par la suite que dans la première édition de l'ouvrage, traduction de celui de Zachariä, il est écrit que « le patrimoine [...] est la personnalité même de l'homme [...] »<sup>51</sup> ou encore que « le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme [...] »<sup>52</sup>.

Il est même possible d'aller plus loin en faisant remarquer que Zachariä lui-même n'a peut-être pas voulu prendre position de manière aussi radicale que ces extraits le laisseraient penser. En effet, dans le premier passage, l'auteur allemand veille à cantonner son propos et déduit de son aphorisme une définition beaucoup plus classique : « 2° Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction. C'est la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Il forme donc un tout, une universalité de droit. 3° »<sup>53</sup>. Dans le second passage, le propos semble plus tranché, et le titre du passage exacerbe cette radicalité : « 1. *Fondement et nature de ce droit de propriété*. Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété qui prend son fondement dans la personnalité même de celui-ci. Le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer. »<sup>54</sup> Cependant, on remarquera l'ambiguïté du propos : le *droit* de propriété *sur* le patrimoine a pour *fondement* la personnalité, mais le patrimoine serait la personnalité. À notre avis, l'explication la plus plausible est qu'ici aussi, il ne faut pas entendre dans son sens strict l'extrait isolé de la fin de la phrase. Le fait qu'il s'agisse à chaque fois de la personnalité seulement « mise en rapport avec » autre chose montre à notre avis qu'il n'y a pas d'assimilation absolue.

Nous ne suivons donc pas cette direction.

17. Le patrimoine établirait donc un rapport entre la personne et ses biens, faisant ainsi du patrimoine une matière à cheval entre droit des personnes et droit des biens<sup>55</sup>. Il s'agirait

50 « <sup>6</sup> Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non-seulement *in acta* les biens déjà acquis, mais encore *in potentia* les biens à acquérir. C'est ce qu'exprime très-bien le mot allemand *Vermögen*, qui signifie tout à la fois *pouvoir* et *patrimoine*. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique, considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace. » *Ibid.*, §573, 2°, p. 230, n. 6 (note à « 2° En théorie pure, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés<sup>5</sup>, et les biens à venir<sup>6</sup>. »).

51 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae...*, 1<sup>er</sup> éd., t. 4, §573, 2°, p. 100.

52 *Ibid.*, §575, p. 102.

53 *Ibid.*, §573, 2°, p. 100.

54 *Ibid.*, Section première (« Des droits réels sur le patrimoine »), I (« Du droit de propriété dont toute

même de définir la personne par la chose<sup>56</sup>. De quoi donner raison à Balzac lorsqu'il écrivait (en tant que narrateur) que « dès qu'un homme tombe entre les mains de la justice, il n'est plus qu'un être moral, une question de Droit ou de Fait, comme aux yeux des statisticiens il devient un chiffre »<sup>57</sup> ! Et il est vrai que, contrairement à Zachariä<sup>58</sup>, Aubry et Rau n'incluaient pas dans le patrimoine les « biens innés »<sup>59</sup>, non appréciables en argent<sup>60</sup>, au contraire de la créance née de leur violation<sup>61</sup>.

On peut cependant en avoir une conception plus positive, plus idéale, de cette théorie en disant avec Josserand que le patrimoine, constituant une universalité juridique, « est donc une notion abstraite, d'ordre intellectuel, métaphysique ; c'est, si l'on veut, *l'aptitude à devenir le centre de rapports juridiques pécuniaires*, ou encore, *un réceptacle idéal prêt à recevoir des valeurs positives ou négatives*. »<sup>62</sup>.

18. Quoi qu'il en soit, « la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle [fit] sienne la théorie d'Aubry et Rau. Rarement une analyse doctrinale n'aura eu autant de rayonnement »<sup>63</sup>. Selon certains auteurs, cette théorie aurait même connu une « radicalisation »<sup>64</sup>. Mais dans un même temps, elle subit de très vives critiques d'horizons diverses et fit place à de nouvelles théories<sup>65</sup>.

personne jouit sur son patrimoine », §575, p. 102.

55 G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », *Aspects actuels du droit commercial français... : Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199. Réf. dans A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, n° 4, p. 4.

56 F. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *op. cit.*, p. 71. David Hiez parle d'une « réduction de l'être à l'avoir », D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, p. 42.

57 H. de BALZAC, *Le colonel Chabert*, Gallimard (Folio classique), 2005, p. 157. L'auteur, lui-même reçu au premier examen du baccalauréat en droit mais ayant refusé de continuer dans cette voie (R. PIERROT, *Honoré de Balzac*, Fayard, 1994, p. 53), semble avoir eu une vision noire des juristes. Ainsi, il fit dire la chose suivante à Derville dans les dernières pages du même ouvrage, traitant justement d'un cas d'absence : « il existe dans notre société trois hommes, le Prêtre, le Médecin et l'Homme de justice, qui ne peuvent pas estimer le monde. Ils ont des robes noires, peut-être parce qu'ils portent le deuil de toutes les vertus, de toutes les illusions. » H. de BALZAC, *Le colonel Chabert*, p. 165.

58 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae...*, 1<sup>er</sup> éd., t. 4, §573, 1<sup>o</sup>, p. 100.

59 « Parmi [les objets des droits civils], il en est qui se confondent avec l'existence de la personne qui a des droits à exercer sur eux », « tels que le corps, la liberté, l'honneur d'une personne. Ces objets, considérés comme biens, sont appelés biens innés. » Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae...*, 1<sup>er</sup> éd., t. 1, §168, p. 331 et p. 331, n. 2.

60 F. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *op. cit.*, pp. 74-75 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, n<sup>os</sup> 125-126, pp. 57-58.

61 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §573, 2<sup>o</sup>, pp. 230-231. Ils précisent qu'en théorie pure, ces biens innés font partie du patrimoine (v. citation n. 50 de cette étude, *in fine*), et que c'est la raison pour laquelle la lésion de biens innés ouvre une action en dommages-intérêts (*ibid.*, p. 230, n. 5), mais que le droit français exclut ces biens eux-mêmes du patrimoine tant qu'ils n'ont pas éprouvé une telle lésion (*ibid.*, p. 230).

62 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français...*, Sirey, 1938, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, n°649, pp. 374-375. Réf. dans C. WITZ, *JurisClasseur Civil*, art. 2284 et 2285, Fasc. unique, Droit de gage général, 2009, n° 16.

63 *Ibid.*, n° 15.

64 V. *ibid.* et *loc. cit.* L'auteur se réfère notamment à H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Faculté de droit de Dijon, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 28.

65 Voir B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, n<sup>os</sup> 48 et s., pp. 50 et s.

19. De nos jours, les critiques n'ont pas tari<sup>66</sup>, et elles ont pu s'appuyer sur l'évolution législative.

On a dit que la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) avait été une brèche au principe de l'unicité du patrimoine<sup>67</sup>, mais il n'en est rien : on crée toujours une personnalité morale pour créer un patrimoine distinct<sup>68</sup>. Il s'agit donc plutôt d'une application. Et malgré les critiques, l'idée est restée fortement présente en doctrine, tellement qu'il n'est plus besoin de faire explicitement état de la théorie discutée ici pour reprendre l'idée, devenue commune. Par exemple, le Professeur Paul Didier a expliqué il y a une quinzaine d'années dans un fameux article que « tout contrat-organisation implique plus ou moins la mise en commun de quelque chose et toute mise en commun de quelque chose appelle une séparation de ce qui est commun à tous et de ce qui est propre à chacun. Or cette séparation des patrimoines [...] est précisément ce que l'on entend quand on dit que le patrimoine commun est personnalisé »<sup>69</sup>. Il s'agit exactement de la même idée.

De même, l'idée de patrimoine comme universalité de droit dont serait titulaire une et, en principe, une seule personne figure explicitement dans l'avant-projet de réforme du droit des biens proposé par l'Association Henri Capitant<sup>70</sup>.

C'est plutôt l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)<sup>71</sup> qui a constitué en 2011 une véritable exception voire une destruction du principe. Mais toute la dialectique se trouve là. L'EIRL a-t-elle fait disparaître le principe<sup>72</sup> ou n'est-elle qu'une simple exception<sup>73</sup> ?

66 V. par ex. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003.

67 Le Pr. M. Mekki cite plus prudemment l'EURL parmi les « assouplissements » du principe, « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 18, p. 2256.

68 Y. LEQUETTE, « Prolégomènes », *Revue Lamy de droit civil*, 77, déc. 2010, p. 65.

69 P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 640.

70 Il s'agit de l'article 519, ouvrant le titre premier du livre deuxième du Code civil, tel que proposé par les rédacteurs de cet avant-projet : « [al. 1] Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. [al. 2] Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul. » H. PÉRINET-MARQUET et coll., *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Lexis Nexis, 2009, p. 116. Le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian explique à propos de cet article : « Chacun reconnaîtra ici la définition classique, celle héritée d'Aubry et Rau, à laquelle la Commission est restée fidèle [...]. On peut dire que la consécration de la conception doctrinale n'a suscité aucune opposition au sein de la Commission. », F. POLLAUD-DULIAN, « Le patrimoine et les biens qui le composent », *ibid.*, p. 23.

71 La fiducie peut aussi être citée. Quant à la déclaration d'insaisissabilité, elle concerne plus l'appropriation que la propriété des biens. Pour une présentation complète des différents cas d'« amnésie » du principe du patrimoine-personnalité, voir M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n°s 13-22, pp. 2255-2258.

72 « Le pas est franchi : le texte de 2010 ne constitue pas une énième entorse au précepte édicté par Aubry et Rau mais une véritable rupture », « Sous [l'aspect des idées et des théories], les avancées réalisées sont assurément révolutionnaires : la théorie d'Aubry et Rau a bel et bien été renversée et le dogme qu'elle véhiculait abandonné. L'avant-projet de réforme du droit des biens a beau tenter de retarder l'échéance, [...] le sort des deux strasbourgeois en est jeté. » N. MOLFESSIS, « Entreprise et patrimoine : évolution ou révolution ? », *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, p. 1963.

20. Pour répondre à cette question, une méthode judicieuse est de s'appuyer sur le fait que l'unicité du patrimoine constitue bien un principe et non un dogme<sup>74</sup>. Deux arguments peuvent notamment être donnés à cet égard. D'une part, la règle de l'unicité du patrimoine devrait toujours être le principe en tant qu'elle est un modèle à prendre<sup>75</sup>. En effet, cette règle serait à la fois pédagogique en tant qu'elle structure la pensée, conforme à la sécurité juridique en tant qu'elle simplifie la gestion des biens<sup>76/77</sup>, saine pour l'économie puisqu'elle facilite la confiance des opérateurs économiques, et morale puisque « lorsqu'une personne contracte des dettes, il est normal qu'elle doive les payer »<sup>78</sup>. D'autre part, le fait qu'il faille remplir des conditions particulières pour pouvoir constituer une EIRL ou une fiducie semble montrer que l'unicité du patrimoine reste le principe<sup>79</sup>. C'est en effet le propre d'un principe que d'opérer par défaut, et le propre d'exceptions que d'opérer dans des circonstances ou à des conditions spécifiques.

Pour notre part, nous irons plus loin encore en analysant la notion de principe en tant que règle qui domine une matière et que l'on retrouve en conséquence de façon presque uniforme dans l'ensemble de la matière considérée. C'est ce que l'on entend le plus souvent par ce terme. Aubry et Rau considéraient bien qu'en règle générale, cette règle s'applique ; on peut penser que c'est une des raisons pour laquelle ils parlaient de « principe ». Certes, l'application générale d'une règle est ici la conséquence du fait que cette règle est supérieure et applicable par défaut, mais c'est une conséquence à laquelle on s'attend. Or, lorsque les juristes croient ne pas rencontrer cette conséquence (ici, l'application très répandue), ils en viennent légitimement à se demander si les caractères présupposés (ici, la supériorité et l'application par défaut) sont réels. Notre but est alors de montrer que cette règle n'est peut-être pas d'application aussi restreinte qu'on le croit.

Toutefois, il ne s'agit pas ici de répondre de manière absolue à la question de savoir si le patrimoine-personnalité reste un principe, mais seulement de tenter de rendre moins épais le brouillard dans lequel la matière est plongée en procédant par sondage.

73 « Il faut défendre le principe d'unité du patrimoine. La notion de « principe » suffit à justifier cette position. Un principe est l'expression d'une hiérarchie des valeurs. Il est la traduction d'un modèle, d'une préférence exprimée par le législateur ou le juge. Peu importe le nombre des exceptions, elles ne suffisent pas à remettre en cause la supériorité axiologique du principe ainsi formulé. » M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 36, p. 2261.

74 A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2014, pp. 547-566. V. aussi M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n. 85, p. 2261.

75 V. *supra* n. 73.

76 « Il n'y a rien d'aussi pratique qu'une bonne théorie », K. LEWIN, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers*, éd. D. Cartwright, New York, Harper, 1951, p. 169 (traduit de l'anglais). Vu dans M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *op. cit.*, n° 1, p. 2252.

77 *Ibid.*, n° 36, p. 2261.

78 Y. LEQUETTE, « Prolégomènes », *Revue Lamy de droit civil*, 77, déc. 2010, p. 64.

79 Voir A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *op. cit.*, p. 557, dernier paragraphe avant le II.

21. Il nous a semblé spécialement intéressant d'opérer ce sondage dans un domaine où les constructions juridiques que nous avons analysées sont mises à rude épreuve : l'absence. Il peut être en effet particulièrement fructueux de confronter les définitions et critères au cas qui se trouve aux limites de l'objet de ceux-ci. Ainsi, les médecins ont, au sujet de l'existence physique, fait porter le débat sur les patients qui sont entre la vie et la mort, au sens courant de ces termes. Les juristes peuvent, eux, au sujet de l'existence juridique, faire parallèlement porter le débat sur l'absent, qui semble lui aussi entre la vie et la mort juridiques. Les médecins ont fait évoluer leurs critères lorsqu'ils n'étaient plus en adéquation avec les évolutions scientifiques, et ceci à plusieurs reprises. Les juristes, eux aussi, peuvent faire évoluer la théorie juridique lorsqu'elle n'est plus en adéquation avec la réalité du droit. Mais est-ce vraiment nécessaire ici ?

Présentons le régime juridique auquel l'absence a donné lieu, ce qui nous servira ensuite de laboratoire d'analyse.

## II – LES MUTATIONS DES RAPPORTS ENTRE L'ABSENCE, LA VIE ET LA MORT

22. L'absence de certitude sur la vie ou la mort de quelqu'un peut créer un trouble, une tension généralisée ; nous connaissons l'histoire fictive du Colonel Chabert contée par Honoré de Balzac. Au-delà de l'intérêt littéraire de ce cas, celui-ci pose un problème juridique évident. En effet, le droit aime les catégories nettes et bien définies, souvent binaires<sup>80</sup>. Or, que ce soit dans le domaine du droit ou ailleurs, il existe a priori une alternative claire : on existe ou on n'existe pas.

Cependant, nous avons vu que de tout temps, la vie matérielle et corporelle a été une condition nécessaire à l'existence de la personnalité juridique, c'est-à-dire à la reconnaissance par le droit d'une personne juridique, masque à la personne empirique. Or parfois, on ne sait pas si cette condition est toujours remplie ou pas.

Il s'agit donc d'un défi pour le droit, qui a dû répondre à la question suivante : que faire si l'on ne peut opérer cette catégorisation pour cette question essentielle qu'est l'existence juridique d'une personne, faute de certitude sur ce critère (la vie matérielle) ? La réponse a constitué en un régime spécifique : l'« absence ». Cette matière est régie depuis 1804 au titre IV du livre I<sup>er</sup> du Code civil (art. 112 et s.).

80 Au sujet du droit administratif, D. TRUCHET, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », *Clés pour le siècle : Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, n<sup>os</sup> 521-548, pp. 443-464.

23. Dans le langage courant, l'absence sert à désigner d'une façon générale l'éloignement d'une personne de son domicile ou de sa résidence ou de l'endroit où on a l'habitude de la trouver<sup>81</sup>. Mais en droit, cette personne est dite non-présente. Pour être absent au sens juridique, il faut quelque chose de plus : une incertitude sur la survie de la personne<sup>82</sup>.

À l'inverse, il ne s'agit pas non plus la « disparition » (art. 88). Dans ce cas, les circonstances de la cessation de paraître font qu'on ne doute pas vraiment de la mort de la personne, il manque uniquement sa preuve formelle (notamment le corps)<sup>83</sup>.

L'absence se situe donc entre les deux : il faut qu'il y ait un doute, sans que l'on puisse dire si la personne est vivante ou non.

24. Il faut remarquer le vocabulaire très vague auquel nous sommes confrontés. Napoléon avait bien voulu « que la section pût écarter l'expression *absent* [...] et qu'elle trouvât un mot technique qui fût exempt d'ambiguïté »<sup>84</sup> mais ce souhait ne fut pas suivi d'effet.

Jean Carbonnier fit remarquer à raison que, pourtant, les mots ne manquent pas pour exprimer le fait de ne pas être présent là où l'on nous attend : disparition, éloignement, abandon de foyer, défaut, contumace, désertion, carence, insoumission, fugue, fuite en délit, évasion, enlèvement, etc.<sup>85</sup>. Le problème est que ces mots ne sont pas forcément précis, eux non plus.

Au fond, le flou linguistique auquel nous sommes ici confrontés est le reflet du caractère brumeux de la matière.

81 R. DEGUIRY, *De la protection des droits patrimoniaux de l'absent*, thèse, Faculté de droit de Paris, 1910, p. 5.

82 Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1860, n°9, pp. 8-9.

83 *Contra* : M. VIVANT, « Le régime juridique de la non-présence », *RTD Civ.* 1982, p. 1. Le Professeur Michel Vivant y place la disparition en-deçà de l'absence en ce qui concerne la probabilité de décès. Selon cet auteur, le disparu « reste essentiellement un non-présent « soupçonné de mort » », rien de plus. Cependant, cette analyse n'est pas suivie par la doctrine, par ex. B. TEYSSIÉ, *Droit civil : Les personnes*, LexisNexis, 2014, n°248, p. 171 (décès « extrêmement probable »), A. BATTEUR, *Droit des personnes...*, LGDJ, 2013, n° 43, p. 29 (décès « quasiment certain ») ou encore F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes...*, Dalloz, 2012, n° 39, p. 45 (« décès certain ou du moins infiniment probable »). La position majoritaire nous semble la meilleure, du fait du texte même de l'art. 88, qui comporte la précision « lorsque le corps n'a pu être retrouvé », ce qui sous-entend la vraisemblance de la mort du disparu, sans qu'on ne puisse en être scientifiquement certain du fait de cet élément. De plus, ce texte est situé dans un chapitre intitulé « Des actes de décès ».

84 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. 8, p. 380.

85 J. CARBONNIER, préface de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 8, n. 4.



25. Déjà en son temps, François Laurent avait qualifié cette matière de « hérissée de difficultés »<sup>86</sup>. Il avait décidé de ne pas traiter cette matière en profondeur<sup>87</sup> parce qu'il considérait que les cas d'application allaient inexorablement diminuer. Or, écrivait-il, « nous aimons la théorie, mais à condition qu'elle ait ses racines dans la réalité. Le droit ne doit pas être une scolastique, car le droit est une face de vie. Les relations de la vie civile présentent assez de difficultés réelles pour que l'on puisse se passer de celles qui ne se rencontrent que dans le domaine de l'imagination. »<sup>88</sup>

Moly, magistrat, a cependant témoigné du fait que ces cas ne sont pas imaginaires. En effet, dans l'exercice de son métier, il avait vu trois cas d'homicide d'un co-héritier dont le retour inespéré commandait des restitutions. Dans l'une d'elles, un père laisse trois enfants, avec un legs universel (sauf réserve) à l'aîné, prisonnier et donc absent. Son frère et sa sœur prennent sa part d'héritage. L'absent reparaît, son frère l'assassine et va en prison. Leur mère donne alors presque tous ses biens à sa fille pour qu'elle puisse se marier. « Mère infortunée ! elle trouve dans son gendre un homme insatiable qui la prive même du nécessaire. »<sup>89</sup> Le feu dévore ensuite leurs récoltes et le gendre accuse sa belle-mère, qui est innocentée par le jury d'assises. Moly conclut sur la nécessité pratique d'un régime de l'absence bien ficelé : « Cependant, si, à la mort du père de famille, les droits de l'absent eussent été réservés, la société aurait une victime de moins à pleurer, un crime de moins à punir, et la morale publique n'aurait pas été effrayée par la monstruosité d'une accusation dirigée contre la plus tendre et la plus malheureuse des mères. »<sup>90</sup> Si le lien de causalité avancé ici peut paraître quelque peu burlesque au premier abord, il est en réalité sérieux, à condition de ne pas considérer la cause en question comme unique.

26. À l'époque de ces auteurs, l'essor des voyages et des échanges, pacifiques ou non, avait entraîné celui des cas d'absence<sup>91</sup>. Mais Laurent avait prédit leur diminution de l'essor des voies de communication : « Il sera un jour aussi facile d'obtenir la preuve du décès d'un Français dans l'Australie, qu'il l'est aujourd'hui de prouver sa mort dans

86 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Paris : Durand et Pédone Lauriel, Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1870, t. 2, n° 114, p. 144. Il semble qu'il y avait un accord en ce sens. Jacques de Maleville écrivait : « J'ai, sous mes yeux[,] cinq rédactions différentes que ce titre a souffertes, avant d'être définitivement adopté [...] ; cette matière est en effet très-épineuse », J. de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Nève, 1822, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, pp. 126-127. Moly estimait que « le titre des absents a été, de tous ceux du Code civil, celui qui a coûté le plus de travail. », A.-G. De MOLY, *Traité des absents, suivant les règles consacrées par le code civil*, Paris : A. Écron, Toulouse : F. Vieusseux, 1822, n° 18, p. 8.

87 Il consacre tout de même cent quatre-vingt-quatre pages de son traité à cette matière. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, n°s 114-259, pp. 144-327.

88 *Ibid.*, n° 114, pp. 145-146.

89 A. G. De MOLY, *Traité des absents...*, p. XIV.

90 *Ibid.*, p. XV.

91 « Il fut un temps où un homme qui était sorti de sa province passait pour un phénomène », « aujourd'hui un voyage autour du globe étonne moins, que jadis celui de la capitale du royaume. » *Ibid.*, pp. X-XI.

l'une ou l'autre partie de l'Europe. Par suite, le nombre des absents doit diminuer. Nous n'osons pas espérer que les boucheries humaines, que les historiens célèbrent sous le nom de batailles, cessent de sitôt ; il est cependant certain que l'esprit pacifique prend tous les jours des forces nouvelles. Et alors même que le sang continuerait à couler, les victimes ne passeront plus pour des absents, parce qu'on parviendra à prouver légalement le décès de ceux qui périssent dans ces terribles conflits. Voilà pourquoi le nombre des absents ira toujours en diminuant. »<sup>92</sup>

Cependant, bien que certaines des prédictions de Laurent se soient réalisées, il résulte des données fournies par le ministère de la Justice qu'il y avait de 50 à 150 cas d'absence dans les années 1970, environ 500 par an à la fin des années 1980 et au début des années 1990<sup>93</sup> et près de 200 nouvelles demandes en 2010<sup>94</sup>. Au sujet des chiffres des années 1970, Jean Bernard de Saint-Affrique a estimé, selon nous à raison, que « l'absence demeurerait toujours un problème de notre époque dont le législateur ne pouvait se désintéresser »<sup>95</sup>. Mais les débats parlementaires de 1977 avaient peut-être minimisé leur nombre en évoquant une cinquantaine de cas par an<sup>96</sup>. Probablement de ce fait, on a eu tendance à considérer que la matière a un faible intérêt pratique<sup>97/98</sup>.

Et quand bien même ces cas sont vraisemblablement beaucoup moindres de nos jours que par le passé, ces cas existent, et ils doivent être pris en considération. Par ailleurs, nous avons vu que les cas limites sont facteurs d'évolution salutaire pour la science en général<sup>99</sup>, et la présente étude entend démontrer que c'est bien le cas pour l'absence.

27. « Si nous voulons pour orienter notre action d'autres guides que la routine ou le plus misérable empirisme, il faudra bien toujours en revenir à l'histoire. Les autres sciences peuvent expérimenter ; les sciences sociales n'ont pas de laboratoire ; elles n'ont à leur disposition d'autres expériences que celles que leur offre naturellement le passé. »<sup>100</sup> Profitons donc de notre connaissance du passé législatif pour nous servir de

92 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, n° 114, p. 145.

93 J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 17, n. 17 et p. 130. Chiffres couvrant la période 1988-1992. Ces chiffres étant très éparses, notre moyenne doit être prise avec précaution.

94 B. TEYSSIÉ, *Droit civil : Les personnes*, n° 191, p. 152 et n° 229, p. 166. Il s'agit ici de chiffres correspondant à une année isolée.

95 J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 17, n. 17.

96 A. BRETON, « L'absence selon la loi du 28 décembre 1977 : Variations sur le thème de l'incertitude », *D. 1978*, Chron., p. 248.

97 André Breton (*ibid.* et *loc. cit.*) a ainsi commenté ce chiffre comme renvoyant à un cas d'un « faible intérêt pratique » mais d'un « réel intérêt théorique ». De manière similaire, le Pr. G. Goubeaux a parlé de l'absence comme un cas « rare en pratique mais stimulant pour le raisonnement », G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit. infra*, p. 345. Bernard de Saint-Affrique (*L'absence*, p. 130), en sens inverse, a estimé, au sujet des chiffres pour 1988-1992, que « le problème de l'absence a conservé toute son actualité. »

98 Le chiffre en question a aussi été repris par Ph. JESTAZ, « Législation française et communautaire en matière de droit privé », *RTD Civ.*, 1978, p. 203, et par B. TEYSSIÉ, *L'absence*, Litec, 1980, n° 3, p. 3.

99 *Supra* n° 8 et 21.

100 M. BLOCH, « Une nouvelle histoire universelle : H. G. Wells historien », *L'histoire, la guerre, la*

laboratoire d'analyse. Il ne s'agit pas de remonter au droit romain<sup>101</sup>, mais seulement au Code civil de 1804<sup>102</sup>. Depuis lors, le droit de l'absence a en effet connu deux régimes successifs dans lesquels les rapports entre l'absent, sa vie et sa mort diffèrent profondément. Le Code civil des Français avait instauré ce que Jean Carbonnier a appelé la « théorie du doute sans fin »<sup>103</sup> (A) alors que la loi du 28 décembre 1977 a clarifié la matière en prévoyant deux présomptions successives, de vie puis de mort (B).

### A – La théorie du doute sans fin dans le Code civil de 1804

28. En ce qui concerne le régime de 1804, il semble que la majorité de la doctrine a distingué trois périodes. D'abord, la période de présomption d'absence, où les parties intéressées peuvent demander les mesures conservatoires nécessaires. Ensuite, après dix ans (ou quatre, s'il y avait un mandataire) de défaut de nouvelles, il y avait un envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs : seules des mesures d'administration, assorties de garanties de restitution (inventaire, cautions, etc.), pouvaient être prises. Enfin, après 30 ans, ou au centième anniversaire de l'absent, il y avait un envoi en possession définitif conférant les pouvoirs les plus étendus sur les biens<sup>104</sup>.

En réalité, le droit opérait par glissement : c'était au fur et mesure que la mort devenait de plus en plus probable que le droit de l'absence agissait de manière de plus en plus vigoureuse. Comme les juristes ont l'habitude de raisonner par catégories, une division en étapes a été exposée, et cela n'est pas critiquable, mais ce n'est que l'apparence d'une progression lente et continue. C'est ce qu'exprime Jean-Baptiste-Victor Proudhon à travers l'idée de proportionnalité : « la loi proportionne l'étendue de ses secours sur les probabilités plus ou moins grandes de vie ou de mort que fait naître l'absence plus ou moins prolongée sans nouvelles »<sup>105</sup>.

*résistance*, 2006, Gallimard, p. 326. Repris de Y. LEQUETTE, « De la France et de l'Europe : la nation ou l'empire ? », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LGDJ, 2010, p. 411.

101 Au sujet de l'histoire plus ancienne de l'absence, voir F.-F. VILLEQUEZ, « De l'absence en droit romain et dans l'ancien droit français », *Revue historique de droit français et étranger*, 1856, pp. 209-236 ; D. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherches sur l'absence en droit français*, PUF (série « sciences historiques »), 1970, pp. 7-78 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n°s 205-208, pp. 279-286.

102 Pour plus de détails sur l'adoption du régime de 1804, voir D. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherches sur l'absence en droit français*, pp. 79-112.

103 J. CARBONNIER, préf. de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 10, n. 8.

104 Voir R. DEGUIRY, *De la protection des droits patrimoniaux de l'absent*, pp. 26-28. Cette division tripartite se retrouve par exemple dans A. G. De MOLY, *Traité des absents...*, n° 19, p. 9 ; Ch. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code...*, Paris, Warée, 1824, n° 383, pp. 329-330 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, G. Thorel et Guilbert, 1844, 4<sup>e</sup> éd., n° 586, p. 312 ; Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n° 9, p. 9 (Demolombe précise toutefois que cette division n'est pas absolue, *ibid.*, n° 10, pp. 9-10), A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, G. Thorel, 1849, t. 1, n° 138, p. 209 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 2, n° 119, p. 150 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 1, § 148, p. 594 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1972, t. 1, vol. 2, n° 448, p. 466 (relativement aux biens).

C'est ainsi que Proudhon, pour sa part, ne fait que rappeler les deux étapes présentes dans Code civil<sup>106</sup> pour tout de suite rendre compte, à notre avis de manière très juste, du glissement progressif que connaît la seconde période et même le régime de l'absence en général : « dans cette deuxième période, des mesures plus étendues sont prescrites ; mais quoique le doute qui s'élève sur l'existence de l'absent, se fortifie par la suite des temps, et que la protection de la loi suive la même progression à son égard, la définition que nous avons donnée de l'absence proprement dite, n'en est pas moins applicable à l'absent présumé qu'à l'absent déclaré, parce que l'absence de l'un n'est pas différente de l'absence de l'autre quant à l'espèce, mais seulement quant à la durée et quant au degré de présomption de mort qui plane plutôt sur celui qui est absent depuis plus long-temps. »<sup>107</sup>

29. Quel était l'état de l'absent à la troisième étape dégagée par la doctrine majoritaire, ou en tout cas au terme du processus à l'œuvre, si l'absent ne réapparaissait pas ? La doctrine était divisée sur cette question.

Proudhon estimait que la présomption de mort finissait par l'emporter : l'absent aurait fini par être présumé mort<sup>108</sup>. De même, selon Alexandre Duranton, à la fin, « la loi considère l'absent comme décédé, et dispose en conséquence à son égard »<sup>109</sup>. Claude-Étienne Delvincourt<sup>110</sup> et Aubry et Rau<sup>111</sup> considèrent l'absent comme mort ou les héritiers comme propriétaires au jour des dernières nouvelles de l'absent. Charles Demolombe rejette dans un premier temps une présomption absolue de mort<sup>112</sup> mais l'affirme franchement lorsqu'il s'agissait d'analyser les effets de la déclaration d'absence, qu'il situe aussi au dernier signe de vie<sup>113</sup>. La jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle semble avoir abondé dans ce premier sens<sup>114</sup>.

Laurent critique vivement cette doctrine, qu'il considérait minoritaire et qui serait celle de Proudhon ; il assume sa contradiction avec la jurisprudence et vise particulièrement Proudhon et Demolombe<sup>115</sup>. Charles Toullier tranche de même fermement dans ce sens, sans évoquer le débat<sup>116</sup>.

105 J.-B.-V. PROUDHON, *Cours de droit français*, Dijon, Bernard-Defay, 1809, t. 1, p. 127. V. aussi A.-G. De MOLY, *Traité des absents...*, n° 16, p. 7.

106 V. *infra* n° 29.

107 J.-B.-V. PROUDHON, *Cours de droit français*, p. 127.

108 *Ibid.*, p. 149.

109 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, n° 434, p. 368. Il énumère ensuite des règles classiques dans le cas d'un décès.

110 C.-É. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Dijon : V. Lagier, Paris : Videcoq, 1834, t. 1, p. 50 et pp. 89-90, n. 7.

111 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §157, p. 662.

112 Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n° 11, pp. 9-10.

113 *Ibid.*, n° 82, pp. 105-106.

114 Bernard de Saint-Affrique (v. *infra*) a évoqué l'arrêt Req. 22 déc. 1813. Laurent fait référence aux arrêts CA Turin 5 mai 1810 et CA Angers 28 août 1828. Duranton à Civ. 27 avril 1807 et Civ. 2 juil. 1823 (ils concernent les droits de mutation).

Dans une position intermédiaire, Antoine-Marie considérait que « l'envoyé en possession définitive, quoiqu'il ait les pouvoirs et les droits d'un héritier, n'en a cependant pas la qualité. »<sup>117</sup> Similairement, les frères Mazeaud et Michel de Juglart considéraient que lors de cette troisième étape, les héritiers « peuvent se comporter comme des héritiers » mais précisent, depuis un arrêt de cassation de 1964<sup>118</sup>, refusant l'ouverture de la succession, que l'absence ne prend pas fin pour autant<sup>119</sup>. René Deguiry explique que les héritiers présomptifs « peuvent être considérés comme véritables propriétaires » des « biens de l'absent »<sup>120</sup>, ce qui pourrait sembler contradictoire. Jean Bernard de Saint-Affrique explique a posteriori que la présomption du décès était implicitement admise<sup>121</sup>.

30. Nous estimons pour notre part qu'il faut distinguer ici le droit du fait. Il nous semble que si les deux derniers auteurs évoqués expriment ce que l'on *considérait* en pratique, il ne s'agissait pas de l'esprit du régime ; la première position évoquée ci-dessus est donc erronée et la deuxième est la plus justifiée en droit. En effet, le Code ne connaît que deux périodes<sup>122</sup> : un chapitre était consacré à la présomption d'absence, un autre à la déclaration d'absence, et les deux autres aux effets. Il n'y avait donc pas dans le Code civil de distinction claire entre les deux dernières étapes dégagées par la doctrine, la "troisième étape" n'étant traitée dans le Code que de manière incidente, dans le chapitre consacré aux effets (anc. art. 127, al. 2, et anc. art. 129). Il s'agissait donc plus de modalités particulières d'absence déclarée et non d'un état définitif. D'ailleurs, l'ancien article 130 précisait explicitement que la succession de l'absent n'était ouverte qu'au « jour de son décès prouvé ». *A contrario*, à défaut de preuve, la succession n'était pas réellement ouverte. Et cette phrase de Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu confirme notre lecture : « Les années qui s'écoulent [...] rendent plus forte la présomption de la mort, mais il n'est pas moins vrai qu'elle est toujours plus ou moins balancée par la présomption de la vie »<sup>123</sup>.

115 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 2, n<sup>os</sup> 122-133, pp. 155-170. « Comment l'absurdité d'une mort provisoire n'a-t-elle pas frappé un esprit aussi logique que Proudhon ? », *ibid.*, n<sup>o</sup> 122, p. 156.

116 Ch. TOULLIER *Le droit civil français, suivant l'ordre du code...*, n<sup>os</sup> 473-474, pp. 399-400.

117 A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, n<sup>o</sup> 165 bis, p. 260.

118 Civ. 1, 13 mai 1964.

119 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1963, t. 1, n<sup>o</sup> 451, p. 459 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 1967, t. 1, vol. 1, n<sup>o</sup> 451, pp. 469-470.

120 R. DEGUIRY, *De la protection des droits patrimoniaux de l'absent*, p. 28.

121 J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, n<sup>o</sup> 3, p. 16.

122 Dans son exposé des motifs, Bigot de Préameneu, lui aussi, évoque uniquement deux périodes, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, pp. 445 et 448.

123 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 445.

Au sujet de la distinction entre le droit et le fait, Laurent a eu la même intuition. Il a écrit au sujet des auteurs qui se sont écartés des textes : « Si nous ne pouvons partager leur opinion, nous comprenons les sentiments qui les inspirent. C'est la puissance du fait, qui l'emporte, en cette matière, sur la rigueur du droit. [...] Cela prouve une chose, c'est que le législateur n'a peut-être pas tenu assez compte de la réalité des choses<sup>124</sup> ». Il finit en expliquant que ce n'est cependant pas le rôle de l'interprète de faire une loi nouvelle<sup>125</sup>.

En théorie, les biens de l'absent n'entraient donc *jamais* dans la propriété des héritiers présomptifs, ceux-ci étaient plutôt mis en possession définitivement. Il y avait un flou qui perdurait pour toujours, même si, en pratique, on considérait les héritiers présomptifs comme véritables propriétaires.

L'absent n'était donc jamais réputé décédé en droit.

31. Mais si l'absent n'était pas mort, il n'était pas véritablement vivant non plus. Tronchet, au cours des travaux préparatoires au Code civil, avait ainsi émis cet avis au sujet du Code général pour les États prussiens<sup>126</sup> : « il est ridicule de déclarer l'absent mort : un absent n'est, aux yeux de la loi, ni mort ni vivant »<sup>127</sup>. Il dira plus tard que « tout le système du projet de loi sur les absents repose sur le principe que l'absent n'est réputé ni vivant ni mort, à moins que son décès ne soit prouvé »<sup>128</sup>. Cette ambivalence se manifestait dans le fait que, d'une part, personne ne pouvait acquérir de nouveaux droits au nom de l'absent et qu'il ne pouvait succéder (anc. art. 135 et 136), mais que, d'autre part, nul ne pouvait se prévaloir de droits supposant sa mort, puisque sa succession ne s'ouvrait jamais sans la preuve du décès (anc. art. 130)<sup>129</sup>. C'est ce qu'a

124 La critique du régime de l'absence semble avoir été très partagée. Mais les auteurs soulignaient, d'une part, la difficulté de la matière (v. *supra* n° 25 et n. 86) et, d'autre part, que ce régime constituait déjà une avancée par rapport aux régimes antérieurs ; par exemple, Louis Plasman dénonce « tout ce que [...] l'incohérence des doctrines anciennes avait d'affligeant ». L. C. PLASMAN, *Code et traité des absents*, Paris, Videcoq et Delamotte, 1841, t. 1, p. xv. Bien sûr, chaque régime de l'absence a pris appui sur le régime antérieur dont il constituait le perfectionnement et il semble que, malgré ce qu'on a pu dire, le Code civil a plus tranché les nombreuses controverses antérieures qu'élaboré un droit presque totalement nouveau, comme le fit remarquer François-Ferdinand Villequez, F.-F. VILLEQUEZ, « De l'absence en droit romain et dans l'ancien droit français », *op. cit.*, pp. 209-210. Le principal mérite du Code civil serait d'avoir élaboré une théorie générale et unifiée de l'absence, D. ROUGHOL-VALDEYRON, *Recherches sur l'absence en droit français*, pp. 12 et 82.

125 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 2, n° 132, p. 132. À ce moment, il y a une période de flottement dans le raisonnement de Laurent, où il semble écrire que ces critiques, que nous jugeons pertinentes de manière générale, ne valent que pour la deuxième période, mais il se reprend ensuite en écrivant que la succession n'est pas non plus ouverte pendant la troisième période.

126 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, promulgué en 1794. Ce code prévoyait qu'au bout de 10 ans sans donner de nouvelles, on déclarait l'absent mort (art. 823 du titre XVIII de la seconde partie). *Code général pour les États prussiens, traduit par les Membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice*, Paris, Imprimerie de la République, an X, t. 2, 3<sup>e</sup> partie, p. 101.

127 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 373.

128 *Ibid.*, p. 420. Pour les interventions orales et discours retranscrits, nous nous sommes permis de moderniser l'orthographe et d'adapter la typographie.

exprimé Leroy dans son rapport au Tribunal lorsqu'il a dit : « C'est parce [que l'absent] n'est pas mort [que la théorie du projet de loi] ne l'exproprie jamais ; c'est parce qu'il n'est pas vivant qu'elle ne l'admet pas à succéder. »<sup>130</sup>

Si les différentes étapes du régime de 1804 marquaient une évolution du degré d'existence de l'absent, celui-ci n'était jamais totalement considéré comme totalement vivant ni comme totalement mort. Il était quelque part entre les deux, sans que personne ne sache vraiment où.

32. Le droit familial de l'absence confirme cet état de fait. En effet, le mariage de l'absent était loin d'être automatiquement dissous : « l'absence la plus longue ne suffit pas pour dissoudre le mariage » a écrit Toullier<sup>131</sup>. D'une part, le conjoint pouvait demander la dissolution provisoire de la communauté (anc. art. 124<sup>132</sup>) mais, d'autre part, l'absent pourra ensuite, en prouvant son existence, attaquer une éventuelle union contractée par son conjoint (anc. art. 139). C'est dire si l'ombre de l'absent planait toujours sur les présents, et si on ne décidait jamais vraiment que cette ombre était un simple fantôme ou bien le reflet d'une personne empirique toujours vivante.

33. C'est ce qui a fait parler Jean Carbonnier de « théorie du doute sans fin » ou encore le Professeur Bernard Teyssié d'« éternité mythique »<sup>133</sup>.

D'ailleurs, Napoléon avait déjà proposé qu'au bout d'un certain temps, on présume l'absent mort, notamment pour permettre l'ouverture de son testament. Il fit preuve de perspicacité en sous-entendant que le régime qui allait se mettre en place ne pouvait tenir éternellement : « on arrive infailliblement à un terme où le principe que l'absent n'est réputé ni mort ni vivant ne peut plus être suivi, et où sa mort est présumée. [...] Pourquoi donc, après un délai donné, la présomption de sa mort ne serait-elle pas admise pour autoriser l'ouverture de son testament ? Il ne faut pas que ses malheurs éteignent en lui la capacité de tester. »<sup>134</sup> Mais Antoine Boulay lui a tout de suite répondu que ce principe « est sans doute bizarre, mais qu'il est le produit de la sagesse des siècles ; qu'on n'a pu parvenir à en trouver un meilleur »<sup>135</sup> et l'idée de Napoléon ne sera pas reprise.

Les biens ne quittaient donc jamais vraiment, en droit, la propriété de l'absent, et son patrimoine n'était jamais véritablement transmis.

129 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 346.

130 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 473.

131 Ch. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code...*, n°483, p. 409.

132 Notons d'ailleurs que l'article présente en premier les conséquences du choix du maintien de la communauté, comme pour montrer la préférence du législateur pour cette option.

133 B. TEYSSIÉ, *L'absence*, n° 12, p. 11.

134 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 401.

135 *Ibid.* et *loc. cit.*

34. Il a alors fallu attendre la loi du 28 décembre 1977 pour qu'il soit mis fin à ce régime dont on s'accordait à considérer qu'il était mal ficelé.

### **B – Les présomptions successives de vie et de mort dans la loi du 28 décembre 1977**

35. Depuis la loi du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du Code civil, « plus audacieux que la science, le droit ne veut plus admettre que l'être humain appartienne à un autre royaume que celui des vivants ou des morts »<sup>136</sup>.

Le législateur a en effet opéré une clarification en délimitant le temps où on peut légitimement considérer l'absent "plutôt vivant" et celui où on le considérera "plutôt mort", bien qu'en pratique, on n'en ait jamais la certitude. En termes techniques, le droit présume dans un premier temps la vie, ce qui a maladroitement<sup>137</sup> été dénommé la « présomption d'absence »<sup>138</sup>, puis présume dans un second temps la mort, ce qui a été appelé la « déclaration d'absence ».

Le Professeur Didier Truchet a constaté pour le droit administratif que l'agencement binaire résiste, bien que les fissures qu'elle connaît soient amenées à devenir des brèches à l'avenir<sup>139</sup>. Dans le droit de l'absence, la catégorisation binaire a fait plus que simplement résister : elle a rayonné et s'y est enracinée.

36. Rappelons succinctement le régime ad hoc mis en place<sup>140</sup>.

Au départ, la vie est présumée. C'est donc le juge des tutelles qui organise l'administration du patrimoine de l'absent. Il charge quelqu'un d'administrer ses biens mais aussi de le représenter et de défendre ses intérêts (art. 114 à 117). Une référence expresse est faite aux règles d'administration légale du mineur (art. 113).

Cette première période peut prendre fin de trois manières. Si l'absent réapparaît, la maxime « qui va à la chasse perd sa place » ne s'applique pas : il est mis fin aux mesures judiciaires et l'absent recouvre les biens gérés ou acquis pour son compte (art. 118). Si on obtient la preuve de la mort de l'absent et de la date de celle-ci, on en tire les conséquences, mais sans remettre en cause les droits acquis sans fraude pendant la période d'absence (art. 119).

136 B. TEYSSIE, *L'absence*, n° 12, p. 11.

137 Le Pr. G. Goubeaux défend néanmoins ce vocabulaire en ayant une approche volontairement moins technique du terme « présomption » et en le rapprochant de l'expression « présomption d'innocence ». Dans les deux cas, il ne s'agirait pas de déduire un fait inconnu d'un fait connu mais d'« évoqu[er] un doute », de poser « une hypothèse provisoire, soumise à examen ». G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 347, n. 7.

138 Lorsque nous parlerons ci-après de « présomption d'absence » ou de « présumé absent », il faudra donc appréhender l'expression comme un tout, renvoyant à la constatation par le tribunal de l'absence conformément à l'article 112, sans donner le sens technique que le mot « présomption » a en droit.

139 D. TRUCHET, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », *op. cit.* Au sujet de la résistance des catégories binaires, v. *ibid.*, n°s 528-530, pp. 447-449 et n° 548, p. 464.

140 Pour un exposé plus détaillé, voir B. TEYSSIE, *Droit civil : Les personnes*, n°s 185-247, pp. 149-171.



Enfin, il peut ne rien se passer. Alors, 10 ans après le jugement de présomption d'absence ou après les mesures prises en vertu du droit des régimes matrimoniaux ou 20 ans depuis les dernières nouvelles, le tribunal de grande instance pourra déclarer l'absence (art. 122). Il s'agissait d'introduire de la célérité dans la procédure mais toute une série de précautions sont prises (art. 123 à 125). Ceci est dû à la gravité des effets : le jugement déclaratif d'absence emporte toutes les conséquences du décès (art. 128), sauf décision contraire (ce qui est curieux). On peut remarquer que l'absent n'est pas déclaré mort, mais que d'un autre côté le droit admet que c'est comme s'il l'était<sup>141</sup>.

L'absence de preuve laisse toujours la possibilité d'un retour. Dans ce cas, le jugement est annulé (art. 129) et l'absent recouvre ses biens dans l'état actuel, les sommes reçues et leurs emplois (art. 130). La seule véritable exception à la rétroactivité de cette annulation réside dans le fait que le mariage reste dissous (art. 132) ; cela est dû à la spécificité de la matière matrimoniale et aux complications qu'une règle contraire engendrerait.

37. Il est important de noter que ce régime *ad hoc* de présomption d'absence est totalement subsidiaire. Si l'absent a laissé un mandataire qui a des pouvoirs suffisants, ce régime ne sera pas utilisé. Si les dispositions du mandat ne suffisent pas, le mandataire peut demander au juge d'élargir ses pouvoirs, par analogie à l'article 493 al. 2, qui concerne le mandat de protection future (art. 121, al. 1). De même, si les régimes matrimoniaux suffisent à la gestion de la situation, on n'utilisera pas le régime du titre IV du livre I<sup>er</sup> (art. 121, al. 2). D'ailleurs, une faveur à cette solution se voit dans le fait que le délai de 10 ans peut aussi courir à partir du moment où l'on a utilisé les procédures des articles 217, 219, 1426 ou 1429 (art. 122, al. 1). Le régime en question ne sera pas non plus utilisé pour les cas où l'absent est déjà soumis à un régime de tutelle ou d'administration légale suffisant<sup>142</sup>. On peut aussi penser à la gestion d'affaires : il s'agirait d'une situation où une personne gère spontanément le patrimoine de l'absent sans que personne ne s'en offusque et donc ne saisisse le juge.

Quant à la déclaration d'absence, il n'y a pas vraiment de régime *ad hoc* quant à ses effets : il y a un renvoi pur et simple aux effets de la mort (art. 128). Sont uniquement envisagés la procédure de déclaration (art. 122 à 127) et le cas très hypothétique d'un retour du déclaré absent (art. 129 à 132).

38. Fondamentalement, on a voulu en 1977 régler le problème de l'absence avec le moins possible de règles spécifiques. On a voulu faire disparaître, ou en tout amenuiser au possible, cette catégorie aux frontières de la personnalité juridique. En conséquence, ou d'ailleurs à cette fin, les règles patrimoniales concernant l'absence s'en sont trouvées beaucoup moins exceptionnelles. Avant la déclaration, la présomption de vie a abouti

141 Le Professeur Annick Bateur explique que « la loi est pudique », A. BATEUR, *Droit des personnes...*, n°42, p. 28.

142 J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, n° 14, pp. 27-28 et n° 24, p. 33, repris par B. TEYSSIÉ, *L'absence*, n° 31, p. 27.

sur un régime assez classique pour quelqu'un de vivant mais ne pouvant manifester sa volonté : une sorte de régime subsidiaire de tutelle. Et d'ailleurs, on a soumis à ce régime les non-présents hors d'état de manifester leur volonté (art. 120)<sup>143</sup>. Après la déclaration, la présomption de mort a débouché sur les conséquences classiques de la mort (ouverture de la succession, il est mis fin aux mesures d'administration provisoire...).

Le droit abhorre le flou, alors, en 1977, on a au possible mis fin à ce flou : le droit de l'absence, relatif à un cas flou par essence, a été réduit dans toute la mesure du possible, et les règles patrimoniales classiques ont été appliquées au possible pour le résidu.

39. Le Professeur Gilles Goubeaux a récemment critiqué l'analyse classique de la double présomption, de vie puis de mort. Il convient de s'arrêter sur ses observations, dont il convient de souligner l'utile originalité.

Concernant la déclaration d'absence, il explique que s'il s'agissait réellement d'une présomption (de mort) au sens technique de l'article 1349<sup>144</sup>, alors il s'agirait d'un mode de preuve, et alors il aurait fallu fixer la date du décès au début de la période silencieuse, et non à la date de transcription du jugement sur les registres d'état civil : « En dépit du nom qui le désigne, le jugement "déclaratif" ne constate pas l'extinction juridique de la personne, il la prononce »<sup>145</sup>. Cependant, ce raisonnement nous paraît discutable. En effet, il ne s'agit pas ici de considérer que « le silence prolongé de l'absent s'explique par sa mort »<sup>146</sup> mais qu'elle *implique* sa mort, de manière consécutive donc. Nous entendons par là que si le fait connu est bien le silence prolongé, le fait inconnu que l'on découvre n'est pas la mort à elle seule, mais la mort à un moment donné. Ainsi, le législateur a considéré que cette longue période de silence rendait vraisemblable la mort... à l'expiration de cette même période. Aussi, le fait inconnu est double (décès et date de décès), de la même manière que le fait connu est double (silence et écoulement du temps), mais le mécanisme de la présomption n'est pas moins présent. Quant au jugement, il est bien déclaratif, mais d'une mort concomitante à ce même jugement. Cela peut paraître artificiel mais, d'une part, toute présomption a une part d'artifice en tant que fiction juridique, et, d'autre part, c'est la prise en compte de l'écoulement du temps qui crée cette concomitance.

143 Mais il y aurait danger à appliquer ce régime aux non-présents "simples". Gérard Cornu avait en effet rappelé que « la non-présence ordinaire exclut par elle-même l'administration provisoire, car cette non-présence n'est que l'expression de la liberté fondamentale d'aller et venir », se faisant ainsi l'écho de Demolombe, G. CORNU, note sous Cass. Ch. Civ. 30 juin 1955, *D.* 1956, p. 466. Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n° 18, pp. 25-26 : « Nul n'a le droit de s'immiscer dans le patrimoine d'un individu majeur et capable. [...] Il est donc clair que le législateur n'a pas voulu autoriser un système qui, sous prétexte de rendre service aux individus éloignés de leur domicile, violerait le secret de leurs affaires privées, et constituerait une véritable atteinte à la liberté, puisque il ne serait plus, en quelque sorte, possible d'entreprendre un voyage sans s'exposer à ce danger ! (Comp. [Ch. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code...*, t. 1, n° 386, pp. 332-333]) » Demolombe s'insurge plus haut contre les positions inverses de Zachariä et de Proudhon.

144 V. *supra* n. 137 pour l'autre sens que donne l'auteur au terme « présomption » dans ce contexte.

145 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 348 (citant G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 95).

40. C'est sur le présumé absent que le Pr. G. Goubeaux s'attarde le plus<sup>147</sup>.

Est d'abord critiqué le raisonnement *a contrario* suivant : puisque, durant cette période, on ne présume pas l'absent mort, c'est qu'on doit le présumer vivant<sup>148</sup>. Une attitude intermédiaire est en effet possible, et le Pr. G. Goubeaux semble d'ailleurs assimiler plus loin le régime de 1804 et la période de présomption d'absence dans le régime de 1977<sup>149</sup>. Cependant, l'idée de présomption de vie ne se base pas sur un tel raisonnement mais sur le régime applicable, que nous avons présenté plus haut. Et l'auteur donne lui-même un argument décisif : contrairement à l'absent en général dans le régime antérieur, désormais, le présumé absent peut succéder (nouv. art. 725 al. 2)<sup>150</sup>. Par ailleurs, le fait que certains non-présents, que l'on sait par hypothèse vivants, soient soumis au régime de la présomption d'absence<sup>151</sup> est particulièrement probant : le Code civil assimile bien le présumé absent à un vivant.

L'auteur critique ensuite l'articulation de la présomption de vie avec le droit des pensions de réversion, qui seraient incompatibles<sup>152</sup>. Nous ne sommes cependant pas de cet avis. La disposition litigieuse se trouve à l'art. L 353-2 du Code de la sécurité sociale et prévoit qu'après un an de non-présence<sup>153</sup> d'un assuré, son conjoint « peut » demander, « à titre provisoire », la liquidation des droits « qui lui auraient été reconnus » en cas de décès de l'assuré, liquidation qui ne devient définitive qu'au décès officiel ou au moment de l'absence déclarée de l'assuré<sup>154</sup>. On ne considère pas donc pas l'absent comme mort. Il s'agit plutôt d'une faveur au conjoint, au cas où l'absent est mort (car il y a bien entendu un doute, même si on présume la vie) ; le caractère provisoire atteste de cela. On verse les sommes mais par anticipation et non comme la conséquence d'une situation juridique. Et on imagine

146 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 348.

147 L'auteur s'exprime parfois, selon un vocabulaire courant en doctrine, en termes de « présomption d'existence » mais il s'agit en réalité d'une présomption de vie. L'existence qualifie en effet la personne juridique, elle n'est pas présumée mais éventuellement décidée par le droit. La vie dont on a égard est une réalité factuelle, attachée à la personne empirique, factuelle ; c'est bien la réalité de cette vie qui nous est inconnu et que l'on présume.

148 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 348.

149 *Ibid.*, p. 352.

150 *Ibid.*, p. 349.

151 *V. supra* n° 38.

152 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, pp. 350-351. L'auteur cite le Professeur Jean Hauser selon lequel « la conclusion, si conclusion il y a, serait que les principes généraux du droit de l'absence sont au fond inapplicables aux différents problèmes de pension de réversion réglés par des textes particuliers ou par des critères de fait plus que de droit » (« Le franchissement du Styx : Le présumé absent est-il vivant ou mort ? », *Civ. 2<sup>e</sup>*, 13 mai 2005, *RTD Civ.*, 2005, 570). Selon le Pr. J. Hauser, il ne s'agit pas d'incompatibilité mais plutôt de celle d'un régime dérogatoire.

153 Le texte parle d'un assuré « disparu » mais ce terme est mal choisi, *v. supra* n° 23. Il ne s'agit cependant pas de n'importe quelle non-présence : il faut qu'elle ait été déclarée aux autorités de police ou accompagnée du non-paiement des échéances par le non-présent pour que le délai ait commencé à courir (art. R. 353-8, CSS).

154 « Lorsqu'un assuré, non encore titulaire d'une pension ou d'une rente de vieillesse, a disparu de son domicile depuis plus d'un an, son conjoint peut également obtenir, à titre provisoire, la liquidation des droits qui lui auraient été reconnus en cas de décès de l'assuré. La liquidation provisoire des droits du

facilement le fondement de cette faveur : la sollicitude envers le veuf potentiel<sup>155</sup>. La Cour de cassation a alors vu comme conséquence logique de la demande de liquidation la fin du versement des arrérages de la pension de retraite<sup>156</sup> dans un arrêt qui ne déroge donc pas dans son principe à la présomption de vie<sup>157</sup>, et qui réaffirme au contraire que le présumé absent doit « toujours être considéré comme vivant »<sup>158</sup>.

Mais, hors cet aménagement pratique de faveur dû à un texte spécial, la présomption de vie s'applique de manière tout à fait classique : il n'y a pas de différence entre son traitement social et celui d'un présent. Ainsi, la Cour de cassation a jugé à bon droit que la pension de vieillesse devait continuer à être versée au présumé absent ; elle avait même précisé dans son dispositif que cette pension était « la contrepartie des cotisations versées au cours de son activité professionnelle », semblant vouloir de dire que cette pension était *son droit*, à lui sujet de droit à part entière, et qu'il conserve ce droit jusqu'à ce que le droit le considère comme mort, c'est-à-dire « jusqu'au jugement déclaratif d'absence »<sup>159</sup>. De même, la Cour de cassation a jugé que, dans le cas où le conjoint du présumé absent décède, celui-ci a bien droit à une pension de réversion<sup>160</sup>, rappelant encore une fois de manière explicite « que la personne qui a disparu [sic]<sup>161</sup> et a été présumée absente par le juge des tutelles doit être tenue pour vivante ». La présomption selon laquelle le présumé absent est vivant est donc compatible avec le droit social<sup>162</sup> et la Cour de cassation articule à notre avis l'ensemble de manière cohérente.

conjoint devient définitive lorsque le décès est officiellement établi ou lorsque l'absence a été déclarée par jugement passé en force de chose jugée » (L. 353-2, al. 2 et 3, CSS).

155 Le Professeur Bernard Gauriau (*Droit social*, 2005, n<sup>os</sup> 9-10, pp. 942-943) parle d'un arrêt qui « semble [empreint] d'un sentiment de justice envers l'épouse, que l'on sait vivante, et qui s'épargne ainsi la restitution des arrérages perçus » et rendu « à deux ans d'un jugement déclaratif qui aurait emporté les effets d'un décès » (*ibid.*, p. 943).

156 Le Pr. B. Gauriau (*ibid.* et *loc. cit.*) fait remarquer que la Cour a suivi la position de la circulaire n° 2001-57 de la Caisse nationale de l'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS), selon laquelle une pension de base ne peut se cumuler avec une pension de réversion, même provisoire, versée au conjoint.

157 *Contra* : J. HAUSER, « Le conjoint présumé absent est mort ou vivant... selon les cas ! », *Civ.* 2<sup>e</sup>, 20 sept. 2005, *RTD Civ.* 2006, 87 : « il faut donc admettre qu'un présumé absent est considéré comme mort quand son conjoint revendique une pension de réversion ».

158 *Civ.* 2<sup>e</sup>, 31 mai 2005, n° 03-30.770, *RTD Civ.* 2005, 570, obs. J. Hauser, *Droit social*, 2005, 942, obs. B. Gauriau.

159 *Soc.*, 19 juil. 1998, 96-17.574 et 96-17.821. Dans le même sens, avec un dispositif similaire, *Soc.* 18 juil. 1997, 95-22.120, *RTD Civ.* 1998, 339, obs. J. Hauser.

160 *Civ.* 2<sup>e</sup>, 20 sept. 2005, n° 04-15.998, *RTD Civ.* 2006, 87, obs. J. Hauser, *JCP S*, 2005, 1381, obs. P. Morvan.

161 Au sujet du sens juridique de ce terme, v. *supra* n° 22. La Cour voulait parler de la « personne qui a cessé de paraître ».

162 Soulignons le fait qu'il ne s'agit pas de règles civiles, et que même si ce n'était pas le cas ici, les règles du droit de la sécurité sociale pourraient obéir à des règles différentes. Cependant, cela ne semble pas être le cas ici.

41. Le Pr. G. Goubeaux revient enfin sur l'équivalence décidée par la loi entre une absence de fait de vingt ans et une présomption d'absence (déclarée) de dix ans<sup>163</sup>. Selon lui, si l'on traite ces deux situations de la même manière au regard de la présomption de vie, « la présomption d'existence de la personne sort du cadre du régime de l'absence et atteint une généralité absolue dont il est difficile de mesurer les conséquences »<sup>164</sup>. Il nous semble pour notre part que cette équivalence est un argument de plus en faveur de la présomption de vie durant cette première phase. En effet, une certaine équivalence est posée entre le « présumé absent » et le non-présent, et la différence temporelle peut s'expliquer par le fait que l'on présume que celui qui a fait l'objet d'une procédure volontaire de « présomption d'absence » a été recherché plus activement que dans le cas inverse. Quant aux dangers qu'une présomption d'existence de la personne engendrerait, nous n'en voyons pas les raisons<sup>165</sup>.

Nous partageons absolument l'idée selon laquelle la question de la personnalité juridique est fondamentale dans le droit de l'absence, mais nous ne partageons pas l'analyse que fait le Pr. G. Goubeaux de la personnalité juridique du présumé absent<sup>166</sup>. De la négation de la présomption de vie dans la phase de présomption d'absence et de l'assimilation de cette phase avec le régime antérieur, il déduit en effet la figure *ad hoc* du « sujet de droits virtuel » : « dans ce temps d'attente, le système sécrète à des fins purement techniques l'élément nécessaire à la conservation des droits, sans prendre aucun parti sur la réalité. Les droits de l'absent ont un sujet virtuel. On ne parlera pas de présomption, mais de fiction »<sup>167</sup>. Le problème réside à notre avis dans le point de savoir à quoi renvoie l'idée de sujet de droit. Certes, le sujet de droit est dans le cas de l'absent une fiction, mais il l'est dans tous les cas, même lorsqu'il se rattache à une personne empirique dont la vie physique est certaine, il n'y a ici rien de spécifique. Nous avons vu<sup>168</sup> en effet que la personne juridique, le sujet de droit, est une abstraction juridique qui diffère de la personne empirique.

En somme, peu importe qu'en faits, on doute de la survie du présumé absent : depuis la loi de 1977, cette vie est présumée, et donc la personne (juridique) existe, à part entière. Nous ne suivons donc pas les positions du Pr. G. Goubeaux.

42. Les régimes qui se sont succédé ainsi cernés, il convient de se poser la question du fondement de ces mutations au regard de cette question de la personnalité juridique, qui, nous venons de le voir, constitue bien le cœur du droit de l'absence. Nous verrons qu'il en est de même pour la théorie du patrimoine-personnalité.

163 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 351.

164 *Ibid.* et *loc. cit.*

165 Nous analysons au contraire cette présomption du point de vue des droits fondamentaux, v. *infra* n° 52.

166 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, pp. 351-353.

167 *Ibid.*, p. 352.

168 *Supra* n°10.

### III – LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE ET LA THÉORIE DU PATRIMOINE-PERSONNALITÉ, AU CŒUR DU DROIT DE L'ABSENCE

43. La question de la personnalité juridique constitue le cœur du droit de l'absence : c'est elle qu'on y protège principalement (A). Le parallèle avec le régime juridique du patrimoine de l'absent permet alors de comprendre en quoi la personnalité juridique de l'absent trouve son reflet dans son patrimoine (B).

#### A – La personnalité juridique, la principale protégée du droit de l'absence

44. « Les absents ont toujours tort » dit l'adage, mais pas en droit.

45. En ce qui concerne le régime de 1804, Demolombe et Deguiry expliquent que le régime de l'absence doit prendre en compte trois intérêts. Il y a l'intérêt de l'absent, qui est peut-être vivant et va possiblement revenir, l'intérêt des tiers (la famille y compris<sup>169</sup>) qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, et enfin l'intérêt général de la société, qui exige que les biens ne stagnent pas sans maître mais au contraire circulent<sup>170</sup>. Mais parmi ces trois intérêts, c'est celui de l'absent qui prédomine<sup>171</sup>.

46. Pour nous en convaincre, nous pouvons revenir aux travaux préparatoires au Code, et plus précisément à l'exposé des motifs du chapitre sur l'absence devant le Corps législatif, par Bigot de Préameneu, qui commence ainsi : « Législateurs, le titre du Code civil qui a pour objet les absents nous offre les exemples les plus frappants de cette admirable surveillance de la loi qui semble suivre pas à pas chaque individu pour le protéger aussitôt qu'il se trouve dans l'impuissance de défendre sa personne ou d'administrer ses biens. »<sup>172</sup> Le passage est limpide : la volonté première du législateur était de protéger l'absent. Les deux autres intérêts avaient bien à être pris en compte, et Bigot de Préameneu évoque rapidement l'intérêt de la famille<sup>173</sup> et l'intérêt public<sup>174</sup>, mais ils n'étaient pas le moteur de la législation en question.

169 Cette précision nous est personnelle.

170 Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n° 1, pp. 2-3 ; R. DEGUIRY, *De la protection des droits patrimoniaux de l'absent*, p. 7.

171 C'est aussi l'avis de Laurent. Selon lui, la doctrine a au contraire fait jouer un trop grand rôle aux intérêts de l'héritier, et s'est ainsi singulièrement écartée de l'esprit de la loi. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 2, n° 117, p. 147-149. V. aussi L. C. PLASMAN, *Code et traité des absents*, pp. 29-30.

172 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 443.

173 Les principales personnes qui avaient d'éventuels droits à faire valoir étaient les potentiels héritiers de l'absent.

174 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 445.

L'avocat breton dit en effet un peu plus loin : « Ici la loi et les juges ont besoin de toute leur sagesse. Le but est de protéger l'absent ; mais lors même qu'ils ne veulent que garantir des inconvénients de l'absence, ils sont le plus souvent exposés aux risques de le troubler dans le libre exercice que chacun doit avoir de ses droits. »<sup>175</sup> Cela veut dire que le législateur a voulu limiter au maximum son intervention dans ce souci de ne pas nuire aux droits de l'absent<sup>176</sup>. Et nous avons vu qu'en effet, dans le régime final de l'époque, les délais étaient longs pour passer à chaque étape subséquente et cela n'aboutissait jamais à déclarer l'absent mort.

Portalès n'évoque, lui, que l'intérêt de l'absent : « Les lois ont toujours veillé pour les absents. C'est l'humanité même qui excite à cet égard la sollicitude du législateur. »<sup>177</sup>

47. Jean Carbonnier a pour sa part expliqué qu'avant la loi de 1977, le ressort de la loi était la protection des ayants droit, alors que, depuis, c'est celle de l'absent, puisque référence est faite à l'administration légale du mineur<sup>178</sup>.

Cette analyse nous semble cependant contestable. L'« éternité mythique » consacrée par le système antérieur, conjuguée aux longs délais pour passer à l'étape suivante du régime de l'absence, était a priori à l'avantage de l'absent. En tout cas, cela a été la volonté du législateur de 1804, nous venons de le voir. Par ailleurs, pour ce qui est de la référence aux régimes d'incapacité, si cela ne ressort pas explicitement du texte de 1804, il s'agissait bien de la même idée. Nous avons vu que Bigot de Préameneu a justifié le régime par la nécessité de « protéger » celui qui est dans « l'impuissance de défendre sa personne ou d'administrer ses biens »<sup>179</sup>.

De plus, Demolombe avait déjà explicitement fait référence au système de l'incapacité. En effet, dans son exposé des trois intérêts à défendre, pour justifier que la loi essaie de défendre les intérêts de l'absent, il écrit : « S'il est vrai qu'en général, chacun est tenu de veiller, à ses risques et périls, au soin de ses affaires, la loi doit pourtant sa protection à l'incapacité de ceux qui ne peuvent pas gouverner eux-mêmes leur fortune. C'est sur ce principe d'ordre public qu'est fondée la tutelle des mineurs et des interdits ; or, il est naturel de présumer que la personne qui a disparu, si elle existe encore, est retenue et empêchée par quelque obstacle plus fort que sa volonté ; donc, il faut dès lors la mettre au nombre des incapables, dont la loi protège elle-même les intérêts. Et voilà bien ce qui explique la place de ce titre dans le livre I<sup>er</sup> du Code Napoléon, consacré à l'état des personnes ; c'est qu'en effet, l'absence, ainsi entendue, constitue une modification dans l'état même de la personne »<sup>180</sup>.

175 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, p. 443.

176 V. aussi *supra* n. 143.

177 J.-É.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, publié par F. Portalès, Paris, Joubert, 1844, p. 102.

178 J. CARBONNIER, préf. de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 9.

179 V. *supra* n° 46.

180 Ch. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n° 1, pp. 2-3.

48. Nous voyons que le législateur et la doctrine semblaient parler comme si l'absent était toujours vivant, alors que nous avons vu qu'ils disent par ailleurs qu'aucune des deux présomptions, de vie ou de mort, ne l'emporte sur l'autre, que l'absent n'est jamais ni vivant ni mort. Cela paraît contradictoire.

Mais ça ne l'est pas en réalité. L'extrême prudence adoptée dans le régime témoigne en effet de l'importance accordée à l'attribut qu'est la personnalité plus qu'à l'absent en lui-même<sup>181</sup>. Le régime de 1804 défendait les absents, au cas où ils existaient encore, question d'une très grande gravité pour des juristes. Cela veut dire que c'est cette existence que l'on défend. Il y avait une balance à faire, entre la "sacro-sainte" personnalité juridique et le fait que les circonstances de la cessation de paraître laissent penser au décès. Mais il a paru plus grave de traiter un vivant comme un mort que l'inverse.

Les deux présomptions (de vie et de mort) sont donc bien égales, mais la vie a eu plus d'impact dans le régime. Pour faire une comparaison, on peut imaginer deux solutions, l'une acide et l'autre basique (l'inverse d'acide), mais la première solution est plus acide que la première n'est basique. Si on prélève la même quantité de chaque solution, le mélange final sera acide. Ici, on prélève la même dose de chaque présomption, mais celle de vie a par sa substance même plus d'impact, d'où un régime qui en pratique penche plutôt du côté de la vie de l'absent en n'admettant jamais officiellement sa mort. Cependant, à chaque fois, ce qui fait pencher la balance d'un côté est bien l'existence en droit, autrement dit la personnalité juridique.

Quant à la dialectique des trois intérêts qui sont défendus, cela signifie que plus que l'absent lui-même, ses intérêts patrimoniaux, c'est sa personnalité qui est défendue. À partir du moment où l'absent est un innocent<sup>182</sup>, remettre en cause son existence en droit a été vu comme trop grave pour être accepté.

49. Cependant, un tel égard à la personnalité juridique pouvait être néfaste à l'absent lui-même. D'une part, dans le cas où il est vivant, empêcher tous les actes de gestion sur le patrimoine était adapté à des fortunes immobilières mais pas aux fortunes mobilières de plus en plus importantes<sup>183</sup>. D'autre part, dans le cas où l'absent est mort, Napoléon avait déjà fait remarquer que ne jamais admettre son décès pouvait le préjudicier en empêchant l'ouverture de son testament<sup>184</sup>, et donc lui privait de ce dernier acte de volonté symboliquement important puisqu'il engendre une sorte de survie morale du *de cuius*.

181 Bien entendu, nous ne disons pas que cela a été conçu en ces termes par les rédacteurs du Code. Nous entendons mettre en lumière le raisonnement qui a sous-tendu les choix opérés, les orientations plus ou moins conscientes qui ont guidé le codificateur.

182 Car par ailleurs, la mort civile existait. Jean Carbonnier voyait dans la sympathie à l'égard de l'absent une confusion (qu'il critique) entre l'absent au sens du droit civil et le défaillant en justice, au regard de la maxime selon laquelle nul ne doit être entendu sans être jugé. J. CARBONNIER, préf. de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 10, n. 7.

183 B. TEYSSIÉ, *L'absence*, n° 5, p. 5.

184 V. *supra* n° 33.



50. Il fallait donc modifier le régime. C'est la loi du 28 décembre 1977 qui a inséré en droit positif la présomption de mort au bout d'un certain temps, déjà préconisée par le Premier Consul.

Lors de la période de la présomption d'absence, s'il faut choisir entre les trois intérêts précités, c'est sans hésiter l'absent que l'on veut protéger. Il bénéficie en effet explicitement d'un régime calqué sur celui des incapacités, ressemblance que Jean Foyer nota en expliquant que l'incapable majeur « apparaît à maints égards comme intellectuellement absent »<sup>185</sup>.

Rappelons le caractère fondamentalement subsidiaire du régime créé. Une telle subsidiarité rend l'administration des biens de l'absent « plus simple, et par conséquent, plus efficace »<sup>186</sup>. Mais on peut aussi penser que, plus fondamentalement, on n'a pas voulu mettre en cause l'existence de la personne par le régime de l'absence lorsque d'autres pans du droit permettent de l'éviter tout en répondant aussi efficacement aux impératifs de la situation.

51. Par contre, à partir de la déclaration d'absence, les choses changent : pour la première fois, on ose toucher frontalement et radicalement à la personnalité juridique, en la supprimant, alors même que la mort civile n'existe plus et que l'on n'est pas certain du décès. Mais le législateur n'avait plus peur et a décidé de trancher, car en pratique, la personne était vraisemblablement décédée. On peut déjà entrevoir la nouvelle législation dans cette remarque des frères Henri et Léon Mazeaud : « Comment supposer qu'une personne, autrement que par une négligence coupable, dont elle doit alors supporter seule les conséquences, puisse demeurer plus de trente ans sans donner de nouvelle ! »<sup>187</sup> En pratique, on considérait que la personne était décédée et que, si elle ne l'était pas, elle était fautive. Mais la « sanction » retenue en 1977 sera très rude : la mort en droit.

185 J. FOYER, *Rapport présenté au nom de la commission des lois, Documents de l'Assemblée nationale, n° 3208*, p. 15. Repris de B. TEYSSIÉ, *L'absence*, p. 8, n. 22. Le terme « absent » n'est pas à prendre ici au sens technique.

186 B. TEYSSIÉ, *L'absence*, n° 30, p. 25. Le Pr. B. Teyssié utilise cette formule, au pluriel, au sujet de l'utilisation du droit des régimes matrimoniaux à titre principal.

187 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 1<sup>er</sup> éd., 1955, t. 1, n° 453, p. 457. Les auteurs finissent ce numéro, où ils critiquent la trop grande longueur des délais de 1804, par ces mots : « Sans doute, il existe encore, pour la honte de l'humanité, des camps de déportation mais un déporté ne résiste pas trente ans aux affreuses conditions d'existence qui lui sont faites. » Ces deux extraits resteront présents jusqu'à l'édition précédant la loi de 1977 (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1972, t. 1, vol. 2, n° 453, p. 479), après laquelle l'ensemble du texte est remplacé par le souhait que « les temps nouveaux [...] ne contredisent pas [les promoteurs de la loi] à propos de la rareté des situations d'absence » (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, M. de JUGLART et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1981, t. 1, vol. 2, n° 453-454, p. 520 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, M. de JUGLART, F. CHABAS et F. LAROCHE-GISSEROT, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 1997, t. 1, vol. 2, n° 453-454, p. 23). Comp. *supra* n° 25. Hélas, de nos jours, l'humanité subit toujours la honte de ce type de camps et le déshonneur des séquestrations de masses.

Cependant, ces règles ont été compensées par le régime très indulgent instauré envers l'absent qui réparaît. En effet, on prend en compte la faute des ayants droit mais pas celle de l'absent, sauf par voie d'exception, c'est-à-dire par l'invocation de la faute de la victime lors d'une action en responsabilité pour mauvaise gestion du patrimoine<sup>188</sup>. Ainsi, si la déclaration d'absence a été obtenue frauduleusement par les ayants droit, l'« absent ressuscité »<sup>189</sup> a droit aux intérêts légaux à compter du jour de perception des capitaux, outre les dommages et intérêts complémentaires (art. 131, al. 1), et si cette déclaration a été obtenue par son conjoint, il pourra attaquer la liquidation du régime matrimonial ayant fait suite à la déclaration d'absence (art. 131, al. 2)<sup>190</sup>. Mais il n'y a aucune action ouverte dans l'autre sens.

Il nous semble qu'ici aussi, c'est l'égard à la personnalité juridique qui a produit cet aménagement. En effet, on a dû considérer qu'il ne peut être une faute d'exister en droit, et de là, on a protégé au maximum l'absent ressuscité. À toute personne factuelle doit correspondre une personne juridique, et donc le législateur a refusé qu'il y ait une quelconque action à l'égard de la personne empirique qui demande à être de nouveau admise dans la sphère du droit par la dotation de la personnalité juridique. Parce qu'il pourrait en être dissuadé mais aussi par principe. Jean Carbonnier explique à cet égard qu'« en somme, le droit n'aime pas dire à quelqu'un qu'il n'est pas sujet de droit »<sup>191</sup>.

52. L'immunité en question peut paraître choquante<sup>192</sup> et laisser la porte ouverte à des dérives, mais au regard de ce que nous venons d'exposer, elle trouve à notre sens une justification (même si des tempéraments pourraient être posés dans les modalités). On peut en effet considérer comme un droit fondamental de l'homme (personne empirique) d'être reconnu en tant que tel par la société à travers le droit, et de se voir reconnaître par celui-ci la personnalité juridique.

Évidemment, un droit fondamental ne débouche pas sur le droit accessoire de nuire à autrui à sa guise au nom de ce droit. Et certains dénoncent de nos jours les dérives de ce qu'on appelle la fondamentalisation du droit. Nous voulons simplement dire que cela reste un enjeu important et que cela peut expliquer la disproportion manifeste entre la prise en compte de la faute des ayants droit de l'absent et l'absence de prise en compte de celle de l'absent lui-même. Derrière, il y a, encore une fois, l'enjeu de la personnalité juridique, qui est lui-même un enjeu de droit fondamental de l'être humain.

188 J. CARBONNIER, préf. de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, pp. 9-10.

189 B. TEYSSIÉ, *L'absence*, n° 84, p. 58.

190 *Ibid.*, n° 86, p. 59.

191 J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, 34 (*Le sujet de droit*), Sirey, 1989, p. 206.

192 « Il n'est pas inscrit parmi les axiomes de justice que l'absence soit constamment une innocence, ni qu'elle mérite inconditionnellement d'être protégée. » J. CARBONNIER, préf. de J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, *L'absence*, p. 10.

53. Le principe même de l'existence d'un droit de l'absence manifeste le souci la personnalité juridique de l'être humain. Atteindre totalement à cette personnalité signifie sortir de la logique du droit de l'absence. C'est pourquoi l'article 128 du Code civil opère un renvoi au droit de la mort : dans le régime mis en place en 1977, la procédure aboutissant à la déclaration d'absence (art. 122 à 127) constitue un mode de sortie du droit de l'absence et non une nouvelle étape du régime. C'est le juge qui avait décidé l'entrée dans le droit de l'absence (art. 112), c'est le juge qui en décide ici la sortie. Une sortie presque totale mais pas tout à fait puisque plane toujours la très hypothétique possibilité d'un retour de l'absent (art. 129 à 132) : si cette éventualité se réalise, la logique du droit de l'absence reparaît, puisque le régime mis en place protège radicalement la reconnaissance de la personnalité juridique de celui qui a cessé de paraître<sup>193</sup>.

54. La prise en compte de la question de la personnalité juridique, de l'existence en droit d'un être humain, permet donc d'expliquer le régime de l'absence.

Par ailleurs, on peut constater que la personnalité juridique de l'absent se reflète dans son patrimoine.

## B – Le patrimoine de l'absent, reflet de sa personnalité juridique

55. Aubry et Rau avaient en leur temps reconnu des exceptions au principe qu'ils avaient dégagé, parmi lesquelles le cas des biens de l'absent. Ils ont en effet écrit que « les biens possédés par un absent, lors de sa disparition<sup>194</sup> ou de ses dernières nouvelles, constituent, après l'envoi en possession provisoire, une universalité distincte du patrimoine de l'absent, et, après l'envoi en possession définitif, une universalité distincte du patrimoine de l'envoyé en possession »<sup>195</sup>.

Mais ce constat nous semble erroné. Leur théorie s'appliquait bien au patrimoine de l'absent, même à leur époque. Penser que le cas du patrimoine de l'absent constitue une exception constitue une erreur de perspective. En effet, nous avons vu que l'absence se situe à la frontière de la personnalité juridique, qui le trouble. Si on envisage le patrimoine comme le reflet de la personnalité juridique, il est en conséquence tout à fait logique qu'une perturbation de cette dernière entraîne une perturbation de la première. En réalité, dans le cas de l'absence, à une anomalie (quant à la personnalité juridique) répond une anomalie (quant aux contours du patrimoine). L'exception se trouve dans le cas même de l'absence et non dans la corrélation entre personnalité et patrimoine. Cette corrélation reste au contraire très grande.

193 V. *supra* n<sup>os</sup> 51-52.

194 C'est-à-dire sa cessation de paraître.

195 Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, §574, 2<sup>o</sup>, p. 234.

56. En effet, dans le régime antérieur à 1977 qu'ont connu les juristes strasbourgeois, un trouble de la personnalité juridique – si on peut l'appeler ainsi – a tout de suite entraîné un trouble de l'unicité du patrimoine. Nous disions au début de cette étude vouloir mettre à l'épreuve la théorie du patrimoine-personnalité à travers le cas limite de l'absence. Nous voyons que, dans le droit de l'absence, non seulement à chaque fois que l'on trouve le présupposé (la personnalité), on trouve aussi sa conséquence (le patrimoine), mais aussi qu'à chaque fois que le présupposé n'est pas vérifié, la conséquence non plus. Le lien entre les deux concepts n'est alors plus seulement de suffisance mais aussi de nécessité.

En somme, la corrélation entre les exceptions au présupposé d'un principe et les exceptions à la conséquence de ce même principe ne détruisent pas ce principe mais au contraire montrent toute sa force. Et c'est exactement ce à quoi nous assistons en ce qui concerne le principe du patrimoine-personnalité dans le cas de l'absence.

57. D'ailleurs, la corrélation entre les notions de personnalité et de patrimoine est encore plus grande que celle qui existe dans un rapport binaire : ici, on trouve une composante dans la mesure de l'autre. Les frères Mazeaud avaient écrit que les « biens [de l'absent] ne seront pas mélangés aux biens des héritiers [présomptifs, envoyés en possessions] : ils constitueront, entre les mains de chacun d'eux, un second patrimoine. »<sup>196</sup> Mais en réalité, ces héritiers présomptifs étaient très loin d'avoir un véritable second patrimoine qui leur seraient leurs en sus de leur patrimoine propre. Il s'agissait plutôt d'une « partie de patrimoine »<sup>197</sup>, puisqu'ils n'acquerraient que certaines des prérogatives du propriétaire, de même que l'absent était amputé d'une partie de sa personnalité (dans le régime de 1804). Et dans le régime progressif de l'époque<sup>198</sup>, au fur et à mesure que l'absent s'approchait de la mort, les pouvoirs des héritiers présomptifs sur ces biens augmentaient et donc ces biens se dissociaient de la personne de l'absent et leur universalité ressemblait à un patrimoine, mais qui fusionnait alors de plus en plus avec leur patrimoine propre. Ainsi, au fur et à mesure que leurs pouvoirs augmentaient, ils ressemblaient de moins en moins à des administrateurs et prenaient de plus en plus le rôle de propriétaires. Cela marquait une diminution dans l'existence juridique de l'absent. À la fin, dans le cas de l'envoi en possession définitive, les héritiers présomptifs étaient en quelque sorte considérés comme propriétaires de fait<sup>199</sup> sans jamais être de véritables propriétaires, de même que l'absent était considéré comme mort en pratique sans jamais l'être vraiment en droit. « Tant qu'il y a de l'espoir, il y a de la vie », résume le Pr. G. Goubeaux<sup>200</sup>.

196 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1972, t. 1, vol. 1, n° 295, 1<sup>o</sup>, p. 328.

197 Nous parlons bien d'une partie de « patrimoine », comme universalité de droit, d'un degré de prérogatives, et non d'une simple partie des biens.

198 V. *supra* n° 28.

199 V. *supra* n° 29.

200 G. GOUBEAUX, « À propos de la preuve de l'existence de la personne », *op. cit.*, p. 346.

Le cas de l'absence, au moins dans son régime d'avant 1977, trouble le juriste car il ne fonctionne pas par catégories claires mais par glissement. Mais même dans ce glissement, cas-limite du droit, spécialement pour une question si importante que la personnalité juridique, le mouvement est le même entre disparition de la personnalité juridique de l'absent et disparition de son patrimoine (et inclusion de ce qui constituait son patrimoine dans ceux des héritiers présomptifs).

58. Par ailleurs, le lien de nécessité dont nous avons parlé s'exprime par un lien de réciprocité et d'équivalence.

En effet, nous avons présenté l'absence, de manière classique, comme un cas de doute sur la survie de quelqu'un qui n'est pas présent. Puis, nous avons vu que les rédacteurs du Code civil avaient dit que l'absent n'est réputé ni vivant ni mort. L'absent n'était pour eux jamais *totalemment* vivant ni *totalemment* mort, il était « absent ». La personnalité de l'absent était donc bien atteinte, et de plus en plus au fur et à mesure des étapes de l'absence. L'atteinte à cette personnalité dans le droit de l'absence entraînait alors logiquement l'atteinte au patrimoine.

Mais la personnalité juridique de l'absent n'était, avant 1977, jamais annihilée : nous avons vu que c'était l'intérêt principalement protégé. Or, comment faisait-on pour défendre cette personnalité ? On défendait son patrimoine. En ne le dissolvant jamais (dans la sphère juridique), en n'ouvrant jamais la succession, on maintenait théoriquement la personnalité juridique de l'absent, qui avait donc pour reflet ce patrimoine, lui aussi théoriquement présent mais en pratique inexistant (puisqu'il s'était dissous dans d'autres).

Ce n'est donc pas seulement le régime de la personnalité juridique qui se reflète dans celui du patrimoine mais aussi celui du patrimoine qui se reflète dans celui de la personnalité juridique. C'est pourquoi le législateur a pu utiliser le patrimoine comme un moyen de protéger la personnalité juridique.

59. Il y aurait d'ailleurs un lien à faire ici entre la psychologie et le droit. En effet, le patrimoine de l'absent concrétise sa personnalité. Lorsqu'une personne a disparu physiquement, c'est le fait qu'il laisse des biens, des droits et des obligations qui le relie au monde et fait qu'il existe aux yeux de ce monde. Plus les héritiers présomptifs géreront ces biens comme les leurs, plus ces biens deviendront *de facto* les leurs et plus ils intégreront leur patrimoine propre. Et à terme, c'est l'oubli collectif de l'appartenance en droit de ces biens qui portera l'estocade à la personnalité juridique de l'absent, à sa vie en droit, du fait de celle portée à sa vie en société (car *ubi societas ibi ius*, le droit positif est issu du phénomène qu'est la société humaine). *A contrario*, c'est à travers son patrimoine que la personne juridique de l'absent reste attachée à la réalité concrète et que sa personne empirique reste amarré à la société humaine et donc à la sphère du droit.

Ici, la notion de patrimoine comme universalité de droit prend tout son sens. En effet, beaucoup plus que le rattachement de simples biens à une personne, c'est la présence, par le patrimoine, d'un réseau d'interactions juridiques, d'un enchevêtrement de liens obligationnels, qui crée ce lien social et permet l'existence par le droit de la personne empirique.

Par rapport à la dialectique du droit et de la réalité empirique, et quant à la personnalité juridique, on peut donc se demander si l'idée de patrimoine n'est pas un pont adéquat entre le monde abstrait et potentiellement détaché qu'est le droit et cette réalité empirique que nous éprouvons au quotidien.

60. Au sujet du régime de la loi du 28 décembre 1977, la correspondance est encore flagrante. Pendant la présomption d'absence, le patrimoine est géré comme celui de l'incapable majeur et après la déclaration d'absence, qui présume l'absent mort, le patrimoine cesse d'exister et est transmis. Le patrimoine suit donc les états de la personne et cesse d'exister en même temps que la personnalité juridique.

61. En conclusion, on peut estimer que la création de l'EIRL n'a pas enterré la théorie du patrimoine-personnalité, qui reste peut-être un principe simplement affublé d'exceptions. Le cas de l'absent semble en être un exemple manifeste. En effet, nous avons vu à quel point le principe du patrimoine-personnalité est respecté en cette matière. Et cette démonstration a d'autant plus de sens que l'absence a été, dès l'origine, présentée comme une exception au principe du patrimoine-personnalité et qu'elle reste présentée comme telle de nos jours. Les exceptions nouvelles sont réelles mais cette exception ancienne ne l'est pas et cela dénote peut-être une ampleur insoupçonnée du principe du patrimoine-personnalité.

Certes, on peut estimer que la théorie du patrimoine-personnalité, en ne s'attachant qu'aux aspects patrimoniaux de la personnalité, présente des faiblesses conceptuelles et nécessite probablement un dépassement, qu'on a tenté d'opérer depuis plus d'un siècle. Mais dépassement ne veut pas dire enterrement et la prudence s'impose.

L'actualité semble d'ailleurs aller dans le sens de cette analyse. En effet, un rapport remarqué<sup>201</sup> a préconisé la mise en place d'un statut unifié de l'entreprise individuelle, remplaçant l'EURL et l'EIRL par une entreprise individuelle dotée de la personnalité morale<sup>202</sup>. Il est ainsi proposé de « créer un statut juridique unique d'entreprise individuelle, dotée de la personnalité juridique et disposant de son patrimoine propre »<sup>203</sup>. L'article 32 de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat,

201 L. GRANDGUILLAUME, *Entreprises et entrepreneurs individuels, Passer du parcours du combattant au parcours de croissance, Rapport final*, Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, Décembre 2013.

202 X. DELPECH, « Mission Grandguillaume sur l'entrepreneuriat individuel : fin des réunions de travail », *Dalloz Actualité*, 26 nov. 2013.

203 X. DELPECH, « Rapport Grandguillaume : vers un statut unique d'entreprise individuelle », *Dalloz Actualité*, 18 déc. 2013.

au commerce et aux très petites entreprises a repris cette idée en prévoyant qu'un comité sera chargé préfigurer cette création dans un rapport précisant les modalités possibles de cette unification<sup>204</sup>. Le principe de l'unicité du patrimoine n'a pas dit son dernier mot !

204 Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, art. 32, *JORF n° 140* du 19 juin 2014, p. 10105.