

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I

Faculté de droit

Droit Civil, 1ère année de droit (L.1) – 2009–2010
– *Volume II– Les personnes physiques – Les personnes morales –*

D. Mainguy

*Professeur à la faculté de droit de Montpellier,
Directeur du Centre de droit de la consommation et du marché*

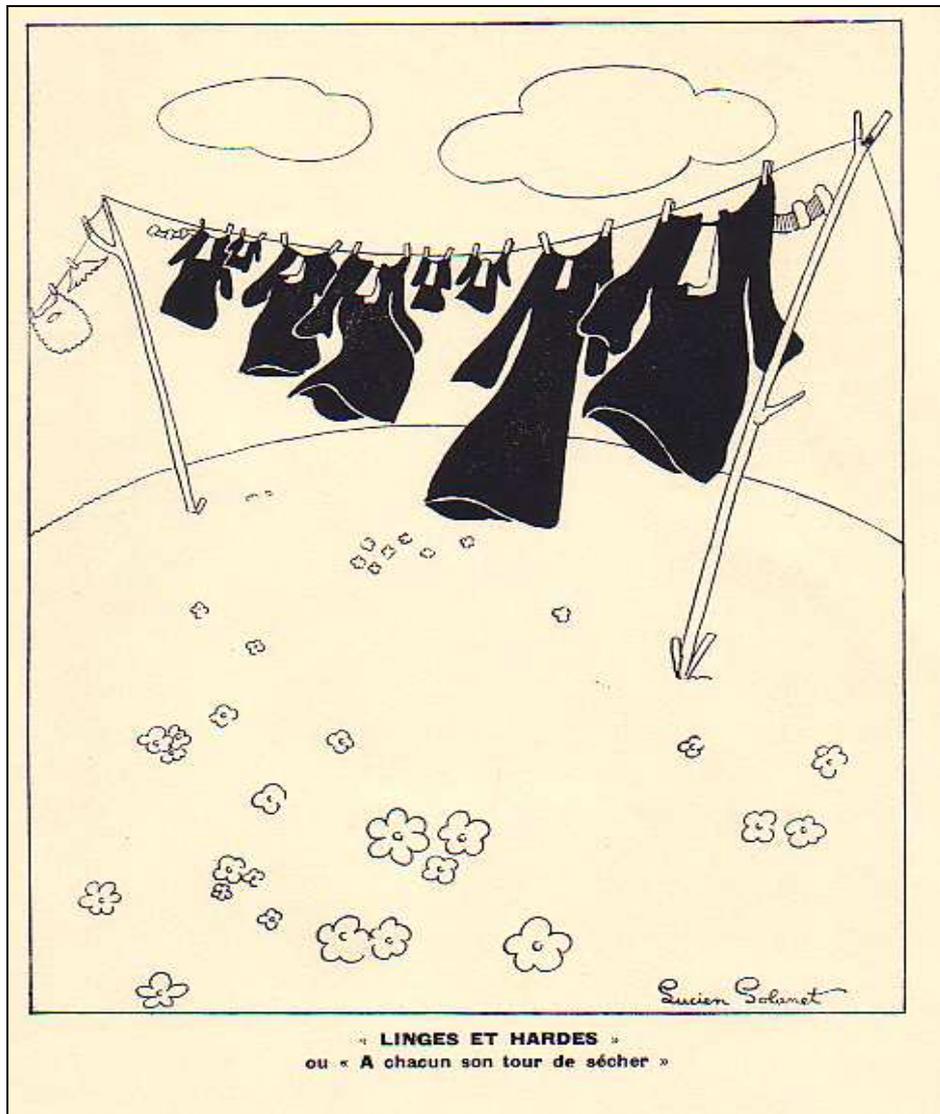


Illustration de Lucien Solanet, « Le Droit s'amuse », Les éditions des Arceaux, 1958. Les étudiants de l'époque pouvaient reconnaître certains de leurs professeurs (ils étaient peu) du seul fait de la taille des toges ou de la présence de certains accessoires.

CHAPITRE 2 - L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE : IDENTITE JURIDIQUE ET ETAT CIVIL

Ce que l'on appelle *l'état des personnes* recense les règles les mesures de police prises pour identifier les personnes, pour assurer leur unicité.

Sa signification renvoie dans un premier temps aux questions relatives au statut personnel, tel qu'on l'identifie en droit international privé, par exemple, mais encore dans certains pays dans lesquels, l'égalité civile n'est pas garantie par l'Etat.

Elle renvoie, dans un second temps à l'ensemble des données permettant d'individualiser une personne, de l'identifier, la filiation, le nom, le domicile, des données sociales, des données biologiques, demain.

La notion d'*état civil des personnes* procède alors de la laïcisation de cet état des personnes, fondée sur l'égalité civile, mais est également un instrument de *police civile*.

Pour cette raison, l'état civil est constitué de règle d'ordre public : toute personne dispose d'un état et ne saurait s'en dispenser et on a longtemps considéré cet état comme immuable et indisponible.

Il nous faut tout d'abord appréhender les différents éléments que le droit civil considère pour distinguer les personnes. C'est ce que nous ferons en étudiant le contenu de l'état civil (Section 1).

Mais l'autorité publique a intérêt à ce que ces différents éléments ne disparaissent pas pour que l'individualisation d'une personne puisse être faite à

chaque instant. Le droit civil a organisé un système de constatation de l'état civil (Section 2).

SECTION 1. – LE CONTENU DE L'ETAT CIVIL DES PERSONNES

Divers éléments concourent à identifier et, mieux, à individualiser chaque personne dans la société.

*. – Il s'agit, alors, de déterminer les critères d'identification et d'individualisation pertinent de différenciation.

– Certains de ces éléments sont incompatibles avec le principe de l'égalité civile.

C'est le cas de la **race** ou de la **religion** : le droit civil ne prend pas en considération la race d'un individu pour lui attacher des conséquences juridiques : il n'y a pas de discrimination civile raciale. Au contraire, d'ailleurs, le droit, pénal, sanctionne toute prise en compte de l'un de ces critères, au nom du principe de l'égalité civile. Inversement, le concept américain d' « *affirmative action* » que nous traduisons par « discrimination positive » n'est pas reconnu en droit français.

De même, le droit civil ne prend pas en principe en considération le **milieu social** ou le **niveau de fortune** de l'intéressé (mais les tribunaux adapteront le montant des réparations à la situation de la victime et du fautif; voir également art.1244 C.civ.).

– D'autres éléments de distinction des personnes sont pris en compte : ces éléments composent l'état civil de chacun.

L'état civil d'une personne est l'ensemble des éléments que prend en compte le droit pour individualiser la personne.

Ainsi, le **sexe** de la personne est un élément de l'état, encore que le droit y attache des conséquences moindres en raison du principe de l'égalité des sexes, s'agissant notamment de la question de l'indisponibilité de l'état de la personne à travers la question du transsexualisme.

L'**âge** est un élément important de l'état d'une personne. Ainsi la loi distingue entre majeurs et mineurs de 18 ans. Mais, dans le même temps, le droit successoral ne reconnaît plus le droit d'aînesse (c'est-à-dire le privilège qu'avait l'aîné de la famille d'hériter). L'égalité successorale est une application de l'égalité civile.

La **santé** apparaît également comme un élément – très secondaire et indirect – de l'état des personnes. Ainsi le fait d'être atteint d'une maladie mentale ou physique pourra entraîner une incapacité de passer certains actes. Mais encore, dans le même temps, le principe de l'égalité civile des citoyens interdit de prendre en compte certaines maladies pour refuser à une personne l'accès à un emploi (ex. : la

jurisprudence considère que le licenciement d'une personne simplement parce que celle-ci est atteinte du sida est fautif).

Le *mariage*, enfin, ou le *divorce* sont mentionnés dans l'état civil d'une personne parce qu'il emporte certaines conséquences juridiques que l'union libre, normalement, ne produit pas (le mariage va emporter l'organisation patrimoniale des biens du ménage, produire des conséquences précises au plan de la filiation).

** – L'un des questions majeures est aujourd'hui celle de l'**indisponibilité de l'état des personnes**. Ce principe a longtemps été considéré comme intangible sans poser de difficultés : il s'agissait d'empêcher qu'une personne puisse réaliser des transactions sur son état civil ou y renoncer (Cf. C. civ., art. 311-9).

L'indisponibilité de l'identité sexuelle discutée depuis une bonne trentaine d'années, a été l'occasion de réfléchir sur l'actualité du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

La situation est la suivante : toute personne dispose d'un sexe donnée, homme ou femme. Dans la plupart des situations, le sexe juridique correspond au sexe psychologique, sauf pour certaines personnes présentant le syndrome du transsexualisme : celles-ci disposent, pour résumer, d'un sexe psychologique distinct de leur sexe juridique. Franchissant ou non une nouvelle étape consistant à changer de sexe physique (cette dernière situation compliquant encore la présentation : un sexe juridique différent du sexe physique, ce dernier étant équivalent au sexe psychologique).

La Cour de cassation avait, dans un premier temps, refusé de faire échec au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (Civ. 1re 21 mai 1990, JCP 1990, éd.G, II, 21588). Elle avait notamment rappelé sa position dans l'arrêt *Alma mater* du 31 mai 1991 (D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontenville ; note F. Terré, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller, GADC, n° 60).

Elle maintint cette position jusqu'à un très important arrêt du 11 décembre 1992. Il est vrai que quelques mois auparavant, par un arrêt du 25 mars 1992 (D.1993.101, note J.P. Margueneau), la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France parce que son attitude en matière de transsexualisme constituait, à ses yeux, une violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est sur le fondement de ce même texte que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que : "... lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence; que le principe de

l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification..." (Ass. Plen. 11 décembre 1992, JCP 1993, éd.G, II, 21991, concl. M. Jeol, note G. Mémeteau, RTD civ. 1993, 325, obs. J. Hauser, GAJC, n°25).

Cette évolution illustre, sans doute, une évolution des mœurs et, au delà, l'influence accrue du rôle de la volonté individuelle sur l'état de la personne.

On ne confondra cependant pas *indisponibilité de l'état des personnes* et *immutabilité de l'état des personnes*. Le premier, apparu à travers quelques décisions de la Cour de cassation n'a pas été repris par les lois « Bioéthique » de 1994, signifie que l'on ne peut disposer de son état. Le second est bien plus radical : il emporte l'impossible changement d'état, en toute circonstance, même non volontaire.

Ce mécanisme se présente alors de façon très relative : bien des mutations d'état peuvent être constatées : changement de nationalité, changement de nom administrativement ou judiciairement contrôlés, de domicile, pleinement volontaire, même si certains sont effectivement immuables comme la date ou le lieu de naissance

Il reste qu'il n'y a que deux éléments principaux d'individualisation de la personne physique : le nom qui la désigne (Sous-Section 1) et le domicile qui la situe (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1. – LE NOM

Le nom est un vocable qui sert à désigner une personne, un animal ou une chose (il y a des noms de navires). Nous ne considérerons ici que le nom propre des personnes.

La complexité de la réglementation du nom tient, d'abord, à la diversité des sources, ensuite, à la multiplicité des intérêts en jeu.

– Diversité des sources

Le droit relatif au nom est en partie coutumier (nom de la femme mariée). Mais l'identification d'une personne est incompatible avec les incertitudes de la coutume. Les interventions législatives ou réglementaires sont de plus en plus fréquentes en la matière. La dernière en date est la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 sur le *nom de famille*

– Multiplicité des intérêts en jeu

. Le nom est d'abord enraciné dans le tréfonds de la personne puisqu'il en est le signe individuel.

. Le nom est aussi l'expression de l'appartenance de cette personne au groupe familial.

. Le nom est enfin une institution de police civile assurant l'identification des citoyens.

Le nom intéresse donc tout à la fois la personne, la famille et l'Etat. D'ailleurs, une loi révolutionnaire, la loi du 6 fructidor An II dispose que « aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance »

La désignation de la personne par son nom appelle la distinction de l'élément essentiel : le nom patronymique (§ 1) de ses accessoires (le prénom et autres pseudonymes...) (§ 2).

§ 1. - L'ELEMENT ESSENTIEL : LE NOM PATRONYMIQUE ET LE NOM DE FAMILLE

C'est ce qu'on appelle communément le « *nom de famille* », terme qui s'impose depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille qui a substitué l'appellation « nom de famille » à la formule « nom patronymique » en vigueur jusque là.

L'origine est en diverse. Dans l'ancien droit, le nom emportait d'abord le nom de baptême, c'est-à-dire le prénom, qui était primitivement le vrai nom de l'individu. A ce nom, on associait un surnom, un qualificatif qui évoquait une particularité physique de l'intéressé (Leroux, Lebègue...), sa profession (Boulangier, pastre, Lefevre etc) ou le lieu de sa résidence (L'auvergnat, du Berry...).

Entre le XIIème et le XVème siècle selon les régions, ce sobriquet est devenu patronyme qui se transmettait de père en fils. A partir de l'ordonnance de Villers-Cotteret (1539), les curés des paroisses ont dû tenir les registres de baptême qui mentionnaient le nom de baptême et le patronyme.

C'est ainsi que s'est façonné pendant près de dix siècles l'*acquisition du nom* au sein du groupe social. Il nous faut maintenant observer comment aujourd'hui se réalise l'acquisition du nom (I). Nous dirons ensuite quelques mots de la *nature et de la protection du nom* (II).

I. – L'ACQUISITION DU NOM

Aujourd'hui, les règles relatives à l'attribution du nom sont principalement liées à l'insertion dans une famille (A) mais aussi la question de la modification du nom (B).

A. – Acquisition du nom patronymique par insertion familiale

Cette situation concerne le nom des enfants (1°) et de la femme (2°).

1°) Le nom des enfants

Le nom des enfants dépend du lien de filiation établi avec ses parents et, en même temps, il installe un enfant dans une famille, dans une lignée. D'origines coutumières, les règles d'attribution du nom ont été consacrées par la loi dans le Code civil modifié depuis. Cette filiation peut être légitime, naturelle, adoptive, étant entendu que, depuis le Code civil la loi a modifié l'esprit et la lettre de ces règles, que ce soit la loi du 23 décembre 1985, la loi du 8 janvier 1993 ou la loi du 4 mars 2002 sur le nom de famille.

Observons cependant que la loi du 4 mars 2002 qui devait entrer en vigueur le 1^{er} septembre 2003 mais une loi du 18 juin 2003 a retardé cette entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2005.

Longtemps, il était de tradition que l'enfant porte le nom de son père, sur le modèle de la filiation légitime : l'enfant de parents mariés porte le nom de son père, et l'ensemble des autres règles, en matière de filiation naturelle ou adoptive, était calquée sur ce modèle. L'irruption de la famille naturelle, concurrence de la famille légitime depuis plus de trente ans d'une part, et des revendications d'égalité entre homme et femme ont conduit à assouplir ces règles, soit pour ne plus considérer la famille légitime comme modèle soit pour permettre à la femme de transmettre son nom.

Nous observerons cependant les règles actuelles, antécédentes à la loi de 2002 (a) et les règles nouvelles (b).

a. – Les règles antérieures à la loi du 4 mars 2002

Le nom des enfants dépend du lien de filiation qui s'établit avec ses parents. Cette filiation peut être légitime (*), naturelle (**), adoptive (***) .

***. – La filiation légitime** est un effet du mariage. L'enfant légitime est l'enfant dont le père et la mère sont mariés.

– **Le principe.** L'enfant légitime porte le nom du mari de la mère (qui est présumé être son père).

– **Les limites.** Cette règle exclusivement coutumière dérive d'une conception patriarcale de la famille. La loi de 1985, sous la pression féministe et d'une considération plus générale sur l'égalité des sexes, avait ouvert la possibilité à l'enfant, devenu majeur, « d'ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien ». Il s'agit donc d'accorder à l'enfant d'ajouter le nom de sa mère s'il est un enfant légitime. a femme mariée d'ajouter son nom à celui de son mari. La loi de 2002 l'a généralisé et amplifié, comme nous le verrons.

La règle est d'ailleurs plus complexe :

- Le majeur peut ajouter le nom de sa mère.
- Les titulaires de l'autorité parentale : les deux parents ou l'un d'entre eux seulement s'il est seul titulaire de l'autorité parentale (la mère seul par exemple), peuvent également choisir d'accoler leur deux noms au lieu du seul nom du père à l'égard de l'enfant mineur.

Cependant, le nom ainsi utilisé n'est qu'un **nom d'usage**, de sorte qu'il est en premier lieu précaire, l'enfant majeur peut y renoncer à tout moment et surtout qu'il est intransmissible à ses propres enfants. L'enfant, et pour autant qu'il soit de sexe masculin, ne transmet donc que le nom de son père.

****.** – **La filiation naturelle** est une filiation hors mariage. Son émergence comme catégorie familiale à part entière n'est plus à démontrer. L'objectif de la loi, à l'égard des enfants naturels, est de rapprocher leur statut de celui des enfants légitimes, comme par exemple en matière d'attribution du nom.

Il reste que la filiation naturelle ne crée pas un lien automatique entre l'enfant et ses deux parents : ce lien repose sur l'existence d'une reconnaissance d'enfant naturel.

Ainsi, la règle principale est que l'enfant naturel porte le nom de celui à l'égard de qui sa filiation est établie la première (art.334-1 C.civ.).

– Si la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents, qui l'ont donc reconnus tout deux ce qui est situation ordinaire, l'enfant porte le nom du père, exactement comme en matière de filiation légitime.

– Si la filiation n'est pas établie simultanément par les deux parents, deux possibilités se présentent :

– *La filiation est établie par un seul des parents* : L'enfant porte le nom de celui qui l'a reconnu, le nom du père ou le nom de la mère. SI cependant celle-ci se marie avec un tiers (qui n'est pas le père de l'enfant), le mari peut demander de substituer son propre nom à l'enfant par déclaration établie conjointement par la mère et son mari devant le greffier en chef du TGI du lieu de domicile de l'enfant ; L'intérêt est alors de procéder « comme si » cet enfant était un enfant légitime.

– *La filiation est établie successivement par les deux parents*, il porte le nom de celui qui l'a reconnu en premier.

- L'enfant est d'abord reconnu par le père : il porte le nom du père.
- L'enfant est d'abord reconnu par la mère : il porte le nom de la mère. Mais, dans cette dernière hypothèse, deux atténuations sont proposées :
- D'une part l'enfant pourra prendre le nom du père ou bien les deux noms accolés, si, pendant sa minorité, les deux parents en font la

déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI du lieu de domicile de l'enfant. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement est nécessaire (C. civ., art. 334-2).

– D'autre part, tout intéressé, et notamment l'enfant, peut pendant sa minorité ou les deux années qui suivent sa majorité, demander au juge aux affaires familiales (le JAF, juge institué par la loi du 8 janvier 1993) la substitution de son nom au profit du nom du père voire celui de ses deux parents.

La prééminence du nom du père doit, ici aussi, être relevée.

***. – La filiation adoptive

Il existe plusieurs variétés d'adoption.

1ère hypothèse : *en cas d'adoption plénière*, situation ordinaire, l'enfant adoptif est assimilé à l'enfant légitime. L'adoption emporte substitution intégrale du nom, l'enfant prend le nom de l'adoptant, c'est-à-dire, en cas d'adoption par les deux conjoints, du mari du couple qui l'a adopté (art.357 C.civ.).

Si cependant l'enfant est adopté par une seule personne, il prend le nom de celle-ci.

2ème hypothèse : *en cas d'adoption simple*, le nom de l'adoptant est ajouté à celui de l'adopté, mais le juge peut décider qu'il y aura une complète substitution : l'adopté prend le nom de l'adoptant (art.363 C.civ.). Si l'adopté a plus de treize ans, son consentement devra alors être recueilli.

3ème hypothèse : la loi de 1972 a prévu une sorte *d'adoption limitée au nom*.

L'hypothèse est la suivante :

- Une femme a un enfant que le père ne reconnaît pas.
- Cette femme se marie avec quelqu'un qui n'est pas le père de l'enfant.
- Le mari peut conférer son nom à l'enfant par une déclaration conjointe faite avec la mère.
- Mais l'enfant pourra dans les deux ans de sa majorité reprendre le nom qu'il portait antérieurement.

****. – La filiation inconnue

L'enfant né de père et mère inconnus se voit attribuer par l'officier d'état civil trois prénoms dont le dernier sert de patronyme ; (C. civ., art. 57). Ce régime n'a pas été modifié par la loi de 2002.

b. – Les règles issues de la loi du 4 mars 2002

Les techniques mises en œuvre proposent un système d'attribution du nom qui ne tient plus compte du caractère légitime ou naturel de la filiation de l'enfant. Or, la loi de 2002 propose un socle commun à la filiation légitime et naturelle (C. civ., art. 311-21 et 311-22) et adoptive (C. civ., art. 357 et 363) (i). Il restera cependant des dispositions particulières (ii).

i) Dispositions communes aux divers modes de filiation

La loi de 2002, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2005, dispose que tout enfant légitime, naturel ou adopté sous forme d'adoption plénière par deux époux (la grande majorité) peut porter, aux choix des parents :

- le nom du père,
- le nom de la mère
- le nom des deux dans l'ordre qu'ils choisissent.

Si les parents ne font aucune déclaration, ce qui sera sans doute la règle ordinaire, l'enfant portera le nom du père (C. civ., art. 311-21, a. 1^{er}).

Le choix réalisé pour le premier enfant sera décisif pour les autres : le nom de famille retenu sera le même pour tous les enfants.

Par ailleurs, si l'enfant porte le nom d'un seul de parents, il peut, à compter de sa majorité et en tout cas avant d'avoir lui-même son premier enfant, choisir d'accoler le nom de son autre parent. Il doit le faire par déclaration écrite.

Le choix, effectué en toute liberté, doit être réalisé au moment de la déclaration de naissance, par voie de déclaration conjointe auprès de l'officier d'état civil.

Plusieurs difficultés demeurent :

– L'exigence d'une déclaration conjointe fait que, en cas de désaccord, ou en cas de décès du père avant la naissance, l'enfant porte nécessairement le nom du père.

– Lorsque les deux parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille et souhaitent attribuer le nom de chacun d'eux, ils ne peuvent transmettre qu'un seul des éléments de ce double nom. Ils pourraient. Même choisir d'abandonner. Par exemple M. A-B et Mme P ont un enfant, il pourra s'appeler A-B, P, A-P, P-A, B-P, P-B, A, B mais pas A-B-P. S'ils s'appellent M. A-B et Mme X-Y, l'enfant peut s'appeler A-B, X-Y, ou en composant, A, B, X, Y, A-X, A-Y, B-X, B-Y, X-A, Y-A, X-B, Y-B ; de quoi mettre du piquant dans les réunions des grandes familles.

ii) Dispositions particulières à certains modes de filiation

***) Le nom de l'enfant naturel**

L'enfant naturel dont la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents porte le nom de famille dans les conditions posées par la loi de 2002.

Cependant, la loi de 2002 prévoit que le « système ancien », c'est-à-dire le système assurant une divisibilité du nom, produit ses effets, si la filiation n'est pas établie simultanément par les deux auteurs, l'enfant qui ne dispose que d'un lien de filiation porte le nom de celui qui l'a reconnu.

Deux possibilités se présentent cependant :

– Hypothèse de la famille monoparentale : l'enfant est reconnu par un seul de ses parents.

– Si l'enfant est d'abord reconnu par le père (la mère est partie ou s'en désintéresse) : il porte le nom du père.

– Si l'enfant est d'abord reconnu par la mère (le père est parti) : il porte le nom de la mère. Mais, dans cette dernière hypothèse, l'enfant pourra prendre le nom du père ou bien les deux noms accolés, si, pendant sa minorité, les deux parents en font la déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI compétent,.

– Hypothèse d'une famille monoparentale puis recomposée :

Si le parent qui l'a reconnu (le père ou la mère est parti) se marie avec un tiers, les époux (l'un n'est pas le parent de l'enfant) peuvent déclarer conjointement au greffe du TGI vouloir substituer au nom de l'enfant, le nom du nouveau conjoint ou accoler les deux noms des époux dans un ordre choisis par eux (C. civ., art. 334-5).

Il s'agit évidemment ici de favoriser l'intégration enfants dans les familles recomposées.

*****) La filiation adoptive**

Une exception demeure depuis la loi de 2002 en matière d'adoption simple : l'enfant adopté dans ces conditions conserve son nom d'origine auquel est accolé le nom du mari ou le nom de la femme (le nom du mari en cas de désaccord, à moins que le nom des deux adoptants ne soit substitué au nom d'origine, par décision du juge (Cf. C. civ., art. 363, et 311-21).

La règle participe d'une nouvelle exigence de découverte de ses origines ; on retrouve cette question à propos de la contestation de l'accouchement sous X.

2°) Le nom de la femme

L'usage social, certaines convenances, veulent que la femme mariée remplace son nom par celui de mari. En réalité, l'épouse ne perd pas son nom originaire, elle dispose simplement, par le mariage, de l'usage du nom du mari. L'unité du nom traduit l'unité du foyer et une certaine forme de maintien des droits du *pater familias*. Pourtant, la femme mariée conserve son nom originaire mais ne le transmet actuellement pas, sauf l'entrée en vigueur de la loi de 2002.

Il en résulte que, comme le magnifique *Père Noël est une ordure* de P. Leconte, l'évoque, la femme mariée est désignée sous son nom originaire accompagné de la mention « épouse X ».

Le fait de porter le nom de son mari est à la fois pour elle un *droit* personnel qu'elle ne peut céder.

– elle ne perd pas automatiquement le nom du mari en cas de rupture du lien matrimonial :

– En cas de décès du mari, un usage veut que la veuve puisse continuer à utiliser le nom de son mari.

– En cas de *séparation de corps*, la femme séparée conserve le nom du mari sauf si le jugement de séparation le lui interdit (art.300 C.civ.).

– En cas de *divorce*, le principe est que la femme divorcée perd l'usage du nom du mari (art.264 C.civ.).

Il existe cependant deux atténuations à ce principe :

– La femme a le *droit* de conserver le nom du mari lorsque le divorce est demandé par celui-ci pour rupture de la vie commune.

– La femme peut avoir *l'autorisation* du mari ou du juge de conserver le nom du mari si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour ses enfants (l'intérêt est généralement professionnel : une femme artiste ou écrivain a acquis une notoriété sous le nom de son mari, elle subirait un préjudice si elle changeait de patronyme).

B. – La modification du nom

En principe, la modification du nom est impossible, en vertu du principe d'immutabilité de l'état des personnes, qui se décline en principe d'immutabilité du nom.

1. – Le principe de l'immutabilité du nom. On ne peut pas modifier son nom. Ce principe est admis depuis une loi révolutionnaire, la loi du 6 fructidor an II.

Il s'est imposé pour des nécessités de police. Cette règle produit deux conséquences précises.

*. – La première est *l'imprescriptibilité* du nom. La longue durée ne peut en principe faire ni acquérir ni perdre un nom. Le fait de porter le nom d'autrui pendant

longtemps ne le fait pas acquérir (mais nous verrons une exception) ; le fait de ne pas porter son nom pendant longtemps ne le fait pas perdre.

** . – La deuxième est l'*incessibilité* du nom en tant que patronyme. Cependant, l'utilisation commerciale du nom d'autrui est licite en cas d'autorisation.

Deux hypothèses distinctes sont visées.

– On considère premier que l'utilisation d'un nom à des fins commerciales est évidemment possible mais que, en ce cas, le patronyme s'est détaché de la personne qui le porte pour s'appliquer au commerce qu'il désigne. Le nom devient un *nom commercial*, sinon une *marque*.

L'affaire *Bordas* est tout à fait illustrative de cette situation. M. P. Bordas avait fondé une société d'édition qui portait son nom. Il avait ensuite vendu les actions de cette société et donne sa démission du poste de PDG. Il voulut ensuite interdire à la société de porter son nom. La cour d'appel lui donna gain de cause mais la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel : le nom s'était détaché de son titulaire personne physique pour identifier la personne morale : « *Le nom s'est détaché de la personne physique qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue et devenir ainsi objet de propriété incorporelle* » (Com.12 mars 1985, JCP 1985, II, 20400, note G. Bonet).

– La seconde illustre les hypothèses de renonciation à défendre une usurpation de nom, souvent moyennant une contrepartie financière, éventuellement assortis d'une clause d'exclusivité, permettant ainsi à un tiers d'exploiter un nom commercial : c'est l'exemple des contrats de transfert de renommée.

2. – Exceptions

Nous avons déjà rencontré des hypothèses de changement de nom : celui de la femme mariée, celui des enfants naturels, celui d'un enfant adopté.

L'immutabilité du nom peut être écartée soit pour des intérêts privés (*), soit pour des intérêts nationaux (**).

a.– Les personnes pour des **intérêts** strictement **privés** peuvent désirer changer de nom. Nous avons déjà vu les questions posées par le nom de la femme mariées et les multiples possibilités offertes à l'enfant.

Les hypothèses de changement de nom en dehors ces cas sont rendus possible par le code civil, par exemple lorsqu'il s'agit de changer un nom reidicule ou déshonoré.

*. – *Conditions de fond.* –

Depuis la loi du 8 janvier 1993, modifiant l'article 61 du Code civil : « *toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom* ».

En pratique, le changement de nom n'est admis dans trois séries d'hypothèses :

– Lorsque le nom est ridicule :

Les exemples de jurisprudence sont nombreux : en liaison avec une profession (M. Vieilledent qui est dentiste, M. Danger qui est médecin, M. Lajoie qui est entrepreneur de pompes funèbres...) ou indépendamment de toute profession (M. Saucisse, M. Cocu, etc...).

– Lorsqu'une personne veut acquérir le pseudonyme sous lequel elle s'est illustrée (ex. : la maréchale de Hautecloque qui a repris le pseudonyme de son mari, le général Leclerc pour devenir la maréchale Leclerc).

– Lorsqu'un nom illustre, porté par un ancêtre, est menacé de s'éteindre. C'est le cas aussi des soldats morts pour la France qui seraient les derniers mâles d'une famille. L'action est une action en relevation du nom.

****.** – *Conditions de forme.* –

Les conditions sont simples : il faut une autorisation du gouvernement (l'avis du Conseil d'Etat a été supprimé en 1993). Le décret de changement de nom est publié au J.O. Les tiers disposent un délai de deux mois pour faire opposition s'ils justifient d'un intérêt sérieux et légitime, par exemple en cas de risque de confusion ou d'atteinte à l'image d'une famille portant déjà ce nom..

b. – L'immutabilité du nom peut être écartée pour des **intérêts nationaux**. Ainsi une procédure plus simple, accessoire à la naturalisation est prévue pour les étrangers qui désirent franciser leur nom ou leur prénom (afin de les assimiler plus complètement à la communauté française).

La loi du 25 octobre 1972 modifiée par la loi du 8 janvier 1993, qui règle la question, prévoit que la francisation d'un nom consiste dans sa traduction française ou dans la modification de celui-ci. La francisation du nom est obtenue plus simplement dans le cadre de la procédure de naturalisation par décret ministériel.

II. – LA NATURE ET LA PROTECTION DU NOM

A. – La nature juridique du nom

La **nature juridique** du nom est depuis une centaine d'années l'objet d'une controverse. Plusieurs thèses se sont succédées.

– **1ère thèse.** – On a d'abord vu dans le droit qu'a une personne sur son nom un simple *droit de propriété*. Par conséquent, le titulaire du nom pourrait l'utiliser comme il l'entend, pourrait le protéger contre toute usurpation, exactement comme s'il s'agissait d'une chose.

Cette analyse n'est pas satisfaisante au regard de l'indisponibilité du nom (il est immuable, il est imprescriptible, il est incessible).

– **2ème thèse.** – D'autres ont vu dans le nom une *institution de police civile* assurant l'immatriculation des personnes.

L'analyse se ne concilie pas avec le rôle reconnu à la volonté individuelle dans l'acquisition du nom (loi 23 décembre 1985 sur le nom d'usage; faculté du choix du prénom; effets du mariage sur le nom).

– **3ème thèse.** – La doctrine, aujourd'hui, tend à voir dans le droit au nom un *droit de la personnalité*.

On rapporte, par exemple, que le Professeur Léon Mazeaud, résistant et déporté à Buchenwald, (v. H. J. et L. Mazeaud, *Visages dans la tourmente, 1939-1945, Albin Michel, 1946*) définit après 1945 cette thèse en constatant, à la vue du tatouage portant son numéro de déporté sur son bras gauche, que, non, vraiment, le nom ne pouvait pas être une simple institution de police mais que, face à l'entreprise de déshumanisation dont il venait de faire la terrible expérience, son nom était une partie de lui-même, une partie de sa personnalité.

Mais là encore l'analyse suscite quelques réserves : elle ne tient pas du tout compte de l'intérêt que l'Etat prête au nom. En fait, on peut se demander si la vérité ne réside pas dans la synthèse de ces opinions : le nom serait un concept juridique protéiforme, c'est-à-dire qui prendrait les aspects les plus divers selon l'éclairage qui lui est projeté.

B. – La protection du nom

Les situations dans lesquelles la protection du nom est demandée en justice restituent cette diversité. Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- La première hypothèse est celle de *l'usurpation du nom*.

C'est le fait pour quelqu'un de porter le nom d'autrui. L'action en usurpation du nom revient aux personnes qui portent légitimement et exactement le même nom que celui qui est usurpé. Tous les membres de la famille dont le nom a été usurpé peuvent alors agir. Le nom est alors considéré comme une partie du statut familial; il "*appartient collectivement*" à la famille. C'est une sorte de protection de la "propriété du nom" (il n'est nécessaire de prouver ni le préjudice ni la faute). En réalité, cette action en usurpation du nom ne concerne que les noms rares ou illustres, aristocratiques.

Mais la protection cède parfois devant l'hypothèse de l'utilisation prolongée d'un nom d'emprunt, comme dans l'affaire Mortemat de Boisse. La famille Mortemat de Boisse utilisait ce nom depuis près de deux siècles depuis qu'un ancêtre avait signé Mortemat un acte célébrant son mariage en 1721 puis s'était nommé Mortemat de Boisse lorsqu'il fut nommé consul de France à Malaga. Cependant, un véritable aristocrate, M. François de Rochechouart de Mortemat de Tonnay-Charente avait assigné les membres de la famille Mortemat de Boisse en vue de la modification de leur nom en Mortomat. La première chambre civile de la cour de cassation avait alors décidé que « *le principe de l'immutabilité du nom patronymique, inscrit dans l'édit d'Amboise et réaffirmé dans la loi du 6 fructidor an II ? ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition, dès lors que cette possession n'a pas été déloyale* » (Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1978, D. 1979, 182 ? note R. Savatier, JCP 1979, II, 19035, note Ph. Nérac, RTD civ. 1979 . 121, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi).

- La deuxième hypothèse, que nous connaissons mieux, concerne *l'utilisation abusive du nom*.

Dans ce cadre, quelqu'un va user du nom d'autrui sans vouloir se l'attribuer. Par exemple, on va utiliser le nom d'autrui dans un contexte commercial, pour désigner des marchandises, ou dans la création littéraire, pour désigner un personnage imaginaire.

La prospérité de cette action suppose cependant la démonstration d'un risque de *confusion préjudiciable...* et illustre l'exercice d'une classique action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil (comme c'est la plupart du temps le cas s'agissant de "pseudo" droits de la personnalité).

Cependant, *l'utilisation commerciale* du nom d'autrui est licite en cas d'autorisation. On considère alors que le patronyme s'est détaché de la personne qui le porte pour s'appliquer au commerce qu'il désigne (ex. : Cass. com. 12 mars 1985, aff. Bordas). En réalité, l'autorisation donnée par le titulaire du nom à son utilisation commerciale ne constitue pas le consentement de celui-ci à une « vente » du nom – ce qui supposerait l'existence d'un droit de propriété sur ce nom –, mais le fait justificatif qui fait disparaître le caractère fautif de l'utilisation commerciale réalisée par le tiers et, partant, prive le titulaire du nom de son action en responsabilité civile à l'égard de celui-ci – ce qui, indirectement, « autorise » le tiers à utiliser le nom en question – (sur cette analyse, cf. P. Ancel, *"L'indisponibilité des droits de la personnalité"*, thèse Dijon, 1978).

§ 2. – LES ACCESSOIRES DU NOM PATRONYMIQUE

On distingue les accessoires habituels que chacun possède : les prénoms (I) des accessoires exceptionnels : le pseudonyme, la particule, le titre (II).

I. – L'ACCESSOIRE HABITUEL : LE PRENOM

Au sein de la famille, le prénom est l'élément de différenciation individuel. Comme pour ce qui est du nom, nous observerons tour à tour les questions touchant à l'*acquisition* (A) puis à la *modification* (B) du prénom.

A. – L'acquisition du prénom

A la différence du patronyme qui intervient de droit à la naissance, le prénom est conféré par la volonté individuelle postérieurement à la naissance.

Le prénom est choisi par le titulaire de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans la situation ordinaire, par les parents, d'un commun accord, ou un parent si un seul est vivant.

Le choix du prénom est en principe libre. Longtemps cependant, ce choix n'était pas totalement libre. Une loi du 11 germinal an XI limitait celui-ci aux noms en usage dans les différents calendriers et à ceux des personnages connus de l'histoire ancienne et interdisait aux officiers d'état civil d'en recevoir dans les actes d'état civil.

Cette limitation a posé problème dans son principe et dans sa mise en œuvre.

– **Dans son principe** : on s'est tout d'abord demandé si cette restriction n'était pas contraire à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui est un texte international (du 4 novembre 1950) auquel la France est signataire. Dans notre droit positif, il a valeur supérieure à la loi interne (art.55).

Or, cette convention pose des principes généraux relatifs au respect de la vie privé et familiale, à la liberté de conscience et à l'interdiction des discriminations. L'interdiction de pouvoir librement choisir un prénom ne contrevient-elle pas à ces principes ?

– **Dans sa mise en œuvre** : dans un arrêt du 1er octobre 1986, la Cour de cassation ne l'a pas jugé. Cette limitation a posé problème dans sa mise en œuvre. On s'est en outre demandé ce qu'il fallait entendre par calendrier. Le problème s'est posé à propos de prénoms bretons.

Une famille avait prénommé des enfants Adroraban, Maiwen, Gwendel et Dirvezha. L'officier d'état civil avait refusé d'inscrire les prénoms de ces enfants sur les actes d'état civil. Par suite les organes d'allocations familiales ont refusé de verser des prestations familiales aux parents des enfants dans la mesure où ceux-ci ne produisaient pas d'état civil. La Cour de cassation, le 12 novembre 1964, a décidé que « *cette absence d'état civil excluait la possibilité pour la dame Manrot de démontrer qu'elle avait la charge de 9 enfants* » et, par conséquent, a refusé le versement des allocations familiales.

Depuis ces excès, la jurisprudence se montre plus libérale : la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 10 novembre 1981 que les calendriers anciens de même que les hommes célèbres de l'Antiquité pouvaient servir de référence.

Ont ainsi été acceptés Mikelaïg, Björn, Sven, Ludivine ou Marjorie. Mais ont été refusés des noms de lieu du type Manhattan, Toulouse... mais en revanche, Alabama, entendu dans la rue, sans oublier la désormais célèbre Mégane ou le petit Zidane, né le soir du 12 juillet 1998...

– **La loi du 8 janvier 1993** a consacré cette évolution. L'article 57 nouveau du Code civil prévoit désormais que les parents choisissent librement le prénom.

L'officier d'état civil est ainsi tenu d'inscrire les prénoms choisis. Cependant, s'il estime ce choix préjudiciable à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers sur leur propre patronyme, l'officier de l'état civil en informe le procureur de la république qui peut saisir le juge aux affaires familiales. Ce dernier peut ordonner la suppression du prénom des registres d'état civil. A défaut par les parents d'un nouveau choix..., le juge décide lui-même du prénom de l'enfant.

Evidemment ce choix est très grave : l'officier d'état civil doit admettre des prénoms étrangers, des prénoms issus de la mythologie, de plantes, etc. Seuls les prénoms

B. – La modification du prénom

Naguère la jurisprudence affirmait comme pour le nom le principe de *l'immutabilité des prénoms*. Le principe est tout relatif : n'oublions pas, par exemple, qu'une personne peut choisir son prénom parmi tous les prénoms figurant sur son acte d'état civil.

Néanmoins, à l'occasion d'une adoption, il est prévu que sur la demande des adoptants, le tribunal puisse modifier le prénom (C. civ., art.357 al.2).

Plus généralement, une loi du 12 novembre 1955 a permis la substitution ou l'adjonction de prénoms « *en cas d'intérêt légitime* » (C. civ., art. 60).

L'aspect de police civile est moindre pour le prénom que pour le nom de sorte que l'on peut demander à ce qu'un prénom soit modifié, qu'un prénom soit ajouté ou que certains soient supprimés.

Les intérêts en jeu sont variables : intégration religieuse, intérêt familial justifiant qu'un prénom soit ajouté par fidélité avec une personne de la famille, et bien souvent, effacer un caractère ridicule (Lydie Hotte, ...), prendre en compte une souffrance particulière (transsexuel).

II. – LES ACCESSOIRES EXCEPTIONNELS

Ils n'existent pas toujours et sont donc facultatifs.

Ce sont le surnom et le pseudonyme d'une part (A), la particule et les titres nobiliaires d'autre part (B).

A. – Le surnom et le pseudonyme

* Le **surnom** est une appellation que l'entourage donne à une personne de manière constante et publique. Il n'est pas choisi mais imposé par son milieu.

Il est parfois retenu comme élément d'identification de la personne dans les pièces administratives, et notamment dans les documents de police (ex. : Pierrot le fou, Jack l'éventreur ; Jo le Trembleur et Lulu la Nantaise illustrés dans les *Tontons flingueurs*).

** Le **pseudonyme** est un nom volontairement choisi par une personne pour exercer, sous un masque, une activité professionnelle, généralement littéraire ou artistique.

Normalement, le choix du pseudonyme est libre. L'intérêt public interdit cependant l'exercice de certaines professions sous un pseudonyme (c'est le cas de la médecine).

Par ailleurs, le pseudonyme ne doit pas présenter un caractère général. Il ne doit pas servir à détourner une prohibition légale (non de sa mère ou nom d'un ex-conjoint) et ne peut être utilisée à l'occasion d'un acte administratif quelconque.

Mise à part cette hypothèse, le pseudonyme est protégeable contre les tiers (par les voies de l'article 1382) de la même façon que les tiers peuvent s'opposer au port d'un pseudonyme qui serait leur nom patronymique.

Notons enfin qu'à la différence du nom le pseudonyme ne se transmet pas aux héritiers de l'auteur ou de l'artiste sauf accord de ce dernier, mais est protégeable contre les usurpations des tiers : l'usage « loyal, continu, paisible et public » emporte création d'un droit patrimonial. On est donc propriétaire de son pseudonyme.

B. – La particule et les titres de noblesse

– La **particule**, c'est le « d' » (l'Amiral *d'Estaing*) « de » (*de* Gaulle), « de la » (*de la* Rochefoucault) ou le « du » (*du* Teil) qui précède le patronyme. En réalité, elle est souvent d'origine rurale et indique l'origine territoriale de la personne (ex. : Arnaud du Tihl : du village du Tihl) ou, au XVIIème et XVIIIème était le signe d'une noblesse d'épée signalée par un titre ou la remise d'une terre noble ou d'une noblesse de robe, d'origine bourgeoise ayant acquis une terre noble. La particule est parfois associée à un titre de noblesse. Mais les descendants de possesseurs de terres nobles ont le droit d'adjoindre le nom de ces terres à leur nom patronymique, en vertu d'un usage ancien.

Dans tous les cas, la particule est un élément du patronyme et est transmise comme ce dernier.

– Les **titres de noblesse** sont simplement, en république française, des accessoires honorifiques du nom (prince, duc, marquis, comte, vicomte, baron, chevalier, écuyer...). La noblesse en tant que classe a été supprimée le 4 août 1989 ; de même que les titres l'ont été en 1790, puis en 1848. Ils ont cependant été rétablis par la Charte de 1814 : « l'ancienne noblesse reprendra ses titres, la nouvelle noblesse gardera les siens », puis par décret du 27 janvier 1852.

On ne peut plus en acquérir aujourd'hui, on ne peut que conserver ce qui avait été acquis sous l'ancien régime.

Ces titres nobiliaires sont tout de même protégés. Les tribunaux judiciaires sanctionnent l'usurpation de ces titres qui ne peuvent s'acquérir même par un usage prolongé. De fait, ces titres peuvent être mentionnés dans les actes d'état civil. Leur transmission se fait comme au temps où ils ont été créés : de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, ce qui en fait une exception en droit civil. De même, les armoiries, les devises familiales sont des emblèmes privés, accessoires du nom susceptibles de protection.

SOUS-SECTION 2. – LE DOMICILE

Aux termes de l'article 102 du Code civil : "*Le domicile de tout français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement*".

Ce texte ne définit pas le domicile, il le situe en un lieu déterminé. De fait, il convient de s'attacher à mieux percevoir la notion de domicile (§ 1) avant d'en étudier le régime (§ 2).

§ 1. – LA NOTION DE DOMICILE

Le domicile est le lieu auquel une personne est rattachée.

Les raisons qui peuvent être prises en compte pour justifier ce rattachement sont nombreuses (lieu de travail, lieu de vie...).

Afin de préciser cette définition, il nous faut tour à tour préciser l'autonomie de la notion de domicile (I) puis mettre en lumière la diversité des fonctions qui s'attachent à celle-ci (II).

I. – LA DEFINITION DU DOMICILE

Le domicile doit d'abord être distingué de notions voisines : la simple demeure ou la résidence.

– La **simple demeure** ou **l'habitation** est le séjour de fait pour une durée extrêmement brève (ex. : séjour dans un hôtel).

– La **résidence** suppose une certaine durée et, en cela, elle est plus proche du domicile.

C'est le lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon habituelle, avec une certaine stabilité. La résidence coïncidera souvent avec le domicile, mais pas toujours.

Il en résulte donc que

- La résidence secondaire d'une personne n'est pas son domicile.
- La résidence conjugale n'est pas le domicile de fonction que la femme peut avoir dans une ville voisine.
- L'étudiant qui loge à Montpellier pour faire ses études aura son domicile à Béziers chez ses parents, sa résidence à Montpellier.
- On distinguera également le *domicile fiscal* et la *résidence fiscale*.

Le domicile apparaît ainsi comme une notion plus abstraite que la résidence. Le domicile serait ainsi une notion juridique, la résidence une notion de fait. Dès lors, la résidence a une fonction différente de celle du domicile :

Bien souvent, la résidence est écartée au profit du domicile, s'agissant par exemple du domicile légal.

Parfois la résidence est préférée, par exemple lorsqu'il s'agit de définir les critères de compétence judiciaire : c'est le lieu de résidence qui est défini.

Dès lors, afin de mieux percevoir la notion de domicile, il faut s'intéresser aux intérêts qui s'y attachent, c'est-à-dire à sa fonction.

II. – LA FONCTION DU DOMICILE

Le domicile, tout d'abord, facilite l'individualisation de la personne en la localisant. Mais le domicile présente bien d'autres intérêts, aussi bien en Droit public (A) que privé (B).

A. – En droit public

Le domicile est le lieu où l'individu exerce ses droits et obligations à l'égard de l'Etat (c'est le lieu où l'on vote mais également le lieu où l'on doit payer ses impôts).

B. – En droit privé

Le domicile est d'abord le lieu où certains actes doivent être accomplis si l'on désire que ceux-ci soient valables (ex. : le mariage - civil - doit être célébré au domicile de l'un des époux; l'adoption se fait au domicile de l'adoptant).

– Le domicile présente un intérêt publicitaire pour les tiers. Ainsi, certains actes doivent être publiés au domicile de l'intéressé. C'est le cas par exemple du jugement qui prononce l'absence.

– Le domicile présente aussi un intérêt procédural. Il est de règle en procédure civile que le procès soit engagé devant le tribunal du domicile du défendeur.

– Le domicile présente enfin un intérêt certain en droit international privé. Ainsi la loi applicable à une succession mobilière est celle du dernier domicile du défunt.

Ainsi la diversité des rôles que remplit le domicile explique la relativité de sa définition. L'étude du domicile intéresse davantage par le régime de celui-ci.

§ 2. – LE REGIME DU DOMICILE

Il s'agit d'abord d'observer comment se détermine le domicile (I), ensuite de savoir quels sont ses caractères (II).

I. – LA DETERMINATION DU DOMICILE

Le domicile peut être déterminé soit de façon volontaire (A), légale (B), il peut enfin être décidé pour une opération particulière : il s'agit alors d'un domicile élu (C).

A. – Le domicile volontaire

L'article 102 du Code civil désigne le domicile comme le lieu où l'on a son « *principal établissement* ». En ce sens, le domicile est bien volontaire puisque l'individu choisit celui-ci.

La notion de principal établissement mérite cependant quelques éclaircissements. Le principal établissement se caractérise par la conjonction d'un élément matériel et d'un élément psychologique.

– *L'élément matériel* : le principal établissement sera soit le lieu où une personne a sa résidence familiale (c'est-à-dire où elle habite durablement), soit le lieu où se trouvent ses intérêts économiques et où s'exerce sa profession.

– *L'élément psychologique* : le domicile est le lieu où une personne a l'intention de fixer son existence. La recherche de cette intention est importante en cas de changement ou de simultanéité de domiciles. La jurisprudence prenait

autrefois en compte un critère négatif et tourné vers le passé : il faut avoir perdu l'esprit de retour dans son ancien domicile. Aujourd'hui, les juges considèrent davantage l'avenir et les actes positifs de l'intéressé : le domicile est le lieu où l'on a l'intention de rester, de demeurer.

En réalité, que l'on considère le passé ou l'avenir, la démarche suscite de nombreuses incertitudes : quel est le domicile des réfugiés politiques vietnamiens ou autres qui vivent aujourd'hui en France ? Aussi la jurisprudence et le législateur tendent aujourd'hui de plus en plus à faire jouer un rôle important à la résidence, qui est une notion de fait, au détriment du domicile (ex. : de nombreuses lois en droit fiscal ou social prennent en compte la résidence de préférence au domicile).

Dans les articles 149 et 150 du Code civil relatifs au consentement des pères et mères à propos du mariage de leurs enfants mineurs, la résidence supplante le domicile.

B. – Le domicile légal

Dans un certain nombre de cas, le législateur a lui-même fixé le domicile de certaines personnes. En réalité, le législateur a établi une série de présomptions irréfragables selon lesquelles certaines personnes ont leur principal établissement en un lieu déterminé. Il détermine le domicile d'une personne tantôt en raison de sa profession (1), tantôt en raison du lien de dépendance dans lequel elle se trouve à l'égard d'autrui (2).

1. – Les domiciles professionnels

Sont concernés d'une part les fonctionnaires nommés à vie (a), d'autre part les bateliers auxquels on assimile les forains et les nomades (b).

a. – Les fonctionnaires nommés à vie

Ils sont obligatoirement domiciliés au siège de leur fonction (art.107 C.civ.). C'est le cas des magistrats du siège en raison de leur inamovibilité, ou bien encore des officiers publics ou ministériels titulaires de charges.

b. – Les bateliers, les forains et les nomades

Ils se voient attribuer d'autorité un domicile par la loi. Aux termes de l'article 102 alinéa 2, il leur est fait obligation de choisir un domicile dans l'une des communes avec lesquelles ils ont une attache dont le nom figure sur une liste établie par arrêté interministériel. On parlera à leur égard de "*domicile d'attache*" (ex. : pour les bateliers, il s'agira d'un port de navigation fluviale). S'agissant de forains et nomades, il est prévu que les personnes circulant en France sans résidence, ni domicile fixe sont tenues de choisir une commune de rattachement.

2. – Les domiciles de dépendance

a. – En ce qui concerne la *femme mariée*, pendant longtemps celle-ci était impérativement domiciliée chez son mari. Depuis la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce, l'article 108 du Code civil prévoit que le mari et la femme « *peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie* ». Au delà de la séparation de résidence au cours de la procédure de divorce ou de la séparation de corps (art.108-1), la loi admet une nouvelle compréhension des rapports conjugaux où la communauté de vie ne serait pas incompatible avec la vie séparée.

b. – En ce qui concerne le *mineur non émancipé*, celui-ci a pour domicile celui de ses parents. Si les parents ont un domicile distinct, il est domicilié chez celui avec lequel il réside (art.108-2 C.civ.).

c. – Le *majeur sous tutelle* (c'est-à-dire le majeur incapable en raison notamment d'une altération de ses facultés mentales) a pour domicile celui de son tuteur (art.108-3).

d. – Enfin, les *domestiques* ou *employés* qui servent habituellement chez autrui auront le domicile de leur employeur pourvu qu'ils résident chez celui-ci (art.109).

La loi désigne ainsi le domicile d'un certain nombre de personnes, mais à côté du domicile volontaire et du domicile légal, il existe un troisième type de domicile.

C. – Le domicile élu

La **situation** est la suivante :

Deux personnes passent un contrat.

- Celles-ci décident que, pour tout ce qui touche l'exécution de l'acte, elles seront réputées domiciliées dans tel lieu où elles n'ont par hypothèse aucune attache.

- On dit alors que les parties élisent domicile en ce lieu.

- Si, ultérieurement, l'un des contractants veut intenter une action en justice concernant l'exécution de ce contrat, il pourra la porter devant le tribunal du domicile réel de son adversaire ou du domicile élu s'il est commerçant.

- Plus généralement, toutes les significations, tous les courriers concernant ce contrat peuvent être adressés au domicile élu.

L'élection de domicile se réalise en principe dans un cabinet d'avocat ou dans l'étude d'un notaire.

La théorie de l'élection de domicile est un procédé imaginé par les praticiens en vue de faciliter les rapports d'affaires.

– Parfois, elle *obligatoire* : celui qui fait opposition au mariage doit élire domicile au lieu où le mariage est célébré (art.176 C.civ.).

– Souvent, elle est *volontaire* : expresse ou tacite. Ce dernier aspect nous conduit à envisager les caractères du domicile.

II. – LES CARACTERES DU DOMICILE

Le domicile est nécessaire (A) et unique (B).

A. – Le domicile est nécessaire

Comme tout individu doit avoir un nom, une personnalité et un patrimoine, il doit avoir un domicile. Mais, à la différence du nom, conçu essentiellement comme un droit de la personnalité, le domicile est surtout une institution de police qui permet de localiser un individu dans l'espace.

B. – Le domicile est unique

De même que chaque personne n'a qu'une seule personnalité et n'a qu'un seul patrimoine, chaque personne n'a qu'un seul domicile.

Ce principe de l'unicité du domicile subit une atténuation intéressante avec la **jurisprudence dite des gares principales**.

Exemple

Le domicile d'une entreprise est situé à son siège social.

En cas de litige, cette entreprise doit être assignée devant le tribunal du ressort dans lequel se trouve le siège social (Paris).

Or, si l'entreprise a de multiples succursales en province, tous les litiges nés de l'exploitation de ces succursales et pour lesquels l'entreprise sera assignée, devront se plaider à Paris.

Il s'ensuit un encombrement supplémentaire pour les tribunaux parisiens et des frais supplémentaires pour les plaignants de Province.

La jurisprudence admet que ces commerçants de province puissent assigner cette société là où celle-ci a des succursales importantes.

Comme cette jurisprudence s'est d'abord appliquée en matière de chemins de fer, on l'appelle la jurisprudence des gares principales (un usager de la SNCF peut assigner celle-ci devant la juridiction dans laquelle se trouve une gare principale).

L'étude des caractères du domicile achève l'étude des éléments que le droit civil

SECTION 2 - LA CONSTATATION DE L'ETAT DES PERSONNES

Il est extrêmement important pour l'autorité publique de pouvoir à tout instant identifier ses citoyens, les localiser, c'est-à-dire les individualiser. A cette fin, ont été

institués les actes d'état civil (§ 1). Mais si ces actes n'existent pas ou n'existent plus ou sont prétendus inexacts, il faudra recourir à une action en justice que l'on appelle l'action d'état (§ 2).

§ 1. – Les actes d'état civil

L'histoire des actes d'état civil est liée à celle de la laïcité.

– Pendant longtemps, c'était par la seule possession d'état (renommée) que l'on prouvait l'état civil d'une personne.

– Au Moyen Age, les curés établissaient des registres comportant les actes de naissance, de baptême, de mariage et de décès.

– Au XVIème siècle, la monarchie rend obligatoire ces registres.

– Après la révocation de l'Edit de Nantes (1685), la naissance et le mariage des protestants n'étaient pas constatés dans ces registres.

– Après la révolution française, l'état civil sera confié aux municipalités, la laïcisation est consommée.

Définition. – Les actes d'état civil sont des actes solennels dressés en la forme authentique et destinés à conserver l'état d'une personne. La plupart du temps, c'est l'officier d'état civil qui le dresse (un notaire peut en dresser ou un magistrat lors d'un procès peut enregistrer une reconnaissance d'enfant naturel).

L'officier d'état civil est le maire de la commune mais il peut déléguer ses fonctions à un adjoint ou à un conseiller municipal.

Ces actes étant d'une extrême importance, ils sont établis en minute sur deux registres simultanément reliés. Chaque année, on envoie un de ces registres au greffe du tribunal pour répartir les risques de perte ou d'incendie.

Nous ferons tout d'abord l'inventaire (I) de ces actes, pour observer ensuite leur force probante (II), enfin la sanction des irrégularités qui peuvent les affecter (III).

I. – Inventaire des actes d'état civil

A. – L'acte de naissance

L'acte de naissance contient l'état civil complet du déclarant, la date, l'heure de la naissance, le nom, prénoms et sexe de l'enfant.

Pour les enfants naturels, le nom des parents peut être indiqué par le déclarant, mais cette indication est sans valeur puisque la filiation naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance ou d'un jugement.

Cette déclaration doit être faite dans les trois jours de la naissance, sous peine de sanction pénale et, passé ce délai, l'officier d'état civil ne peut plus dresser l'acte. En fait, les mensonges sur la date sont fréquents.

B. – L'acte de mariage

Cet acte, pour être valable, doit contenir la signature de l'officier d'état civil, celle des époux et celle des témoins (2 à 4) majeurs. L'acte mentionne l'état civil des époux, et l'indication qu'ils ont fait ou non un contrat de mariage.

Il est dressé par l'officier de l'état civil, maire ou adjoints, qui a procédé à la cérémonie du mariage. Sur cet acte sont mentionnés un certain nombre de renseignements concernant : les époux, leurs parents, l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage, les témoins...

Des mentions pourront par la suite être transcrites sur l'acte de mariage telles que changement de régime matrimonial, jugement de divorce ou de séparation de corps...

Le mariage lui-même est transcrit en marge de l'acte de naissance : ces mentions se nomment les *mentions marginales*

C. – L'acte de décès

La déclaration du décès doit être faite à l'état civil dans les vingt-quatre heures. Le permis d'inhumation est délivré par l'officier d'état civil sur production d'un certificat médical.

L'acte de décès est dressé par l'officier d'état civil de la commune où le décès a eu lieu. Cet acte contient un certain nombre d'indications : jour, heure et lieu du décès, identité de la personne décédée, identité du conjoint éventuel. L'acte de décès sera mentionné sur l'acte de naissance.

II. – Force probante des actes d'état civil

L'acte rédigé par l'officier d'état civil constitue un acte authentique. Il fait foi jusqu'à inscription de faux pour tout ce qui a été constaté personnellement par l'officier d'état civil. Par contre, tout ce qui a été reproduit sous la dictée des déclarants ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire.

L'acte rédigé par l'officier d'état civil a, par ailleurs, une autorité absolue, ce qui veut dire qu'il est opposable à tous (un tiers ne peut venir contester l'acte sauf par la procédure d'inscription de faux ou par la preuve contraire).

A la différence des actes notariés qui ne peuvent être communiqués qu'aux seules parties, les actes de l'état civil sont faits pour être mis à la disposition du public sous forme de copies ou d'extraits.

La force probante et l'autorité absolue prêtée aux actes d'état civil se retrouvent pour ces documents. Il existe cependant certaines différences.

– La **copie d'un acte d'état civil** est la reproduction intégrale de l'acte en cause. A l'exception de la copie d'un acte de décès qui peut être délivrée à qui que ce soit, la copie d'un acte de naissance ou de mariage ne peut être fournie qu'aux intéressés ou à leurs proches.

– A côté des copies intégrales, les **extraits d'actes** ne reproduisent qu'un certain nombre de renseignements (ex. : un extrait sommaire d'acte de naissance n'indique pas la filiation de l'enfant). Lorsque tel est le cas, ces extraits peuvent être délivrés à toute personne.

– Le **livret de famille** est un document remis aux époux le jour de leur mariage par l'officier de l'état civil.

Dans ce document, se trouvent les extraits de l'acte de mariage des époux, des actes de naissance des enfants, des actes de décès des parents et enfants.

Chacune des mentions portées sur le livret de famille a la force probante qui s'attache aux extraits des actes de l'état civil.

– Les **fiches d'état civil** sont des documents établis par un agent de l'Etat sur présentation du livret de famille, d'un extrait d'acte de naissance ou de la carte nationale d'identité. Elles étaient exigées dans de nombreuses procédures intéressant l'administration publique et les organes contrôlés par l'Etat. Elles sont désormais inutiles : le livret de famille suffit.

Dans les rapports de droit privé ces fiches ne valent qu'à titre de simples renseignements. La gratuité des actes d'état civil est aujourd'hui la règle.

III. – Sanction des irrégularités

La sanction peut atteindre l'auteur de l'acte ou l'acte lui-même.

*. – La sanction peut atteindre l'auteur de l'acte. L'officier d'état civil peut engager sa responsabilité civile et pénale, c'est-à-dire qu'il supportera les frais de rectification et pourra être condamné à diverses amendes.

**.

– Mais la sanction atteindra l'acte lui-même dans deux situations.

– Le vice frappant l'acte peut être grave. Par exemple, si l'officier d'état civil n'a pas signé l'acte, s'il l'a dressé sur une feuille volante et non sur un registre ou si l'un des époux n'a pas signé l'acte de mariage, l'acte sera nul.

– Mais le vice peut aussi résulter d'un simple oubli ou d'une simple erreur (faute d'orthographe dans les noms). L'acte régulier n'est pas nul, il doit être rectifié. L'action en rectification d'un acte d'état civil est d'un ordre purement formel : elle tend à *rectifier* (une erreur matérielle), à *compléter* (un acte incomplet : oubli d'un

prénom), à *effacer* (une indication inexacte), mais jamais à *modifier* l'état d'une personne.

La rectification ne peut intervenir que sur injonction du procureur de la république ou sur ordonnance du président du TGI. La seule difficulté soulevée par cette procédure est parfois de masquer, sous le couvert d'une rectification, un véritable changement d'état. Or, ce changement d'état suppose une action d'état.

§ 2. – L'action d'état

L'action d'état est l'action en justice qui vise à préciser ou à modifier l'état d'une personne. Elle est différente de l'action qui vise à préciser ou à modifier l'acte d'état civil qui est une action en rectification.

Ces actions d'état sont de la compétence du TGI. Elles visent à faire reconnaître, proclamer un état controversé : on parle d'actions déclaratives d'état.

L'action déclarative d'état peut être l'action en contestation de paternité légitime par laquelle vous essayez de démontrer que tel individu (généralement le mari de la mère) n'est pas le père de l'enfant. Elle peut être l'action en recherche de maternité par laquelle vous essayez de prouver que telle femme est bien la mère de l'enfant. Ces actions ont pour effet de faire reconnaître rétroactivement à un enfant une qualité qu'il possédait mais qui était litigieuse.

A l'inverse, les actions constitutives d'état visent à faire modifier un état de droit préexistant. C'est le cas après un divorce : le statut, l'état de l'intéressé est modifié.

Conclusion de l'étude des personnes physiques. – Une théorie générale des personnes physiques devrait être une théorie juridique de l'homme. Le droit civil classique n'en a bâti que des fragments. En réalité, le droit des personnes physiques apparaît au carrefour de plusieurs préoccupations diamétralement différentes.

Sans doute un souci de générosité, de morale, d'éthique conduit à protéger la personne en tant que telle dans son intégrité physique ou morale. Mais ces préoccupations sont limitées : notre droit ne reconnaît pas un droit général à la vie : il connaît aujourd'hui l'avortement, il connaissait hier la peine de mort... "*Dieu créa l'homme à son image*" mais l'*homo juridicus* a perdu son caractère sacré.

A côté de ce premier type de préoccupations, on trouve très rapidement des considérations patrimoniales (régime des biens de l'absent, autorisation donnée à l'exploitation du nom), de police civile, familiales.

Cette diversité d'intérêt nuit, sans aucun doute, à l'élaboration d'une théorie juridique de l'homme en tant que tel. Ces difficultés ne se retrouvent pas s'agissant d'un autre type de personnes : les personnes morales.

SOUS-TITRE 2 LES PERSONNES MORALES

L'homme aspire essentiellement à satisfaire ses intérêts individuels.

Mais il existe aussi des buts et des intérêts collectifs. Pour les satisfaire, les hommes se regroupent pour constituer de nouveaux sujets de droit : les personnes morales.

Les personnes morales sont, par exemple, l'Etat, les sociétés commerciales, les associations à but non lucratif, les syndicats.

Le Code civil ne consacre expressément que la personnalité de l'être humain. Il ne fait cependant pas de doute que les personnes morales évoquées à l'instant ont une existence juridique.

Le silence du Code a conduit à s'interroger sur la nature juridique de la personnalité morale (Chapitre I).

Celle-ci reconnue, on s'est davantage attaché à préciser le régime de ces personnes morales (Chapitre II).

CHAPITRE 1. – LA NATURE DES PERSONNES MORALES

Le silence du législateur en 1804 sur la personne morale est sans doute volontaire. On se méfiait encore des groupements et notamment des corporations (qui avaient bridé la liberté du commerce et de l'industrie). Dans le même temps, on ne pouvait méconnaître l'existence d'intérêts collectifs. La principale question était de reconnaître la personnalité morale à certains groupements : les sociétés commerciale.

Afin de justifier cette reconnaissance, deux thèses étaient envisageables.

Selon une **première thèse**, la reconnaissance de cette personnalité était le résultat d'une **fiction**.

Selon une **deuxième thèse**, cette reconnaissance était la traduction d'une **réalité**.

Ces deux thèses se sont chronologiquement succédées et à la solution possible qui était la théorie de la fiction (Section 1) a fait place la solution retenue, c'est-à-dire la théorie de la réalité (Section 2).

Section 1. – La thèse de la fiction de la personnalité morale

Elle repose sur la conjonction de deux idées :

- seule la personne humaine est sujet de droit,
- mais, dans le même temps, il n'est pas possible de nier l'existence de groupements et des intérêts collectifs.

On reconnaîtra la personnalité juridique aux groupements en les personnifiant fictivement.

Si la personnalité morale est une fiction, elle n'est pas dans la nature des choses. Le législateur est seul apte à pouvoir la conférer. Dès lors, le législateur accordera ou refusera la personnalité morale et s'il l'accorde, il pourra limiter les droits qu'il veut bien conférer.

Par conséquent, contrairement à ce qui se produit pour les personnes physiques, l'incapacité des groupements serait la règle, la capacité l'exception.

C'est la validité de cette théorie qui a été soumise à la Cour de cassation dans l'arrêt Saint-Chamond du 28 janvier 1954.

Section 2 - La thèse de la réalité de la personnalité morale

La Cour de cassation a nettement affirmé que la personnalité morale n'était pas une fiction en décidant, à propos de la personnalité morale d'un comité d'entreprise auquel la loi ne l'a pas reconnu en les instituant, que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* » (Civ.2ème, 28 janvier 1954, D.1954, 217, note G.Levasseur; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine; dans le même sens à propos du Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail, voir Soc. 17 avril 1991, JCP 1991, éd.E, II, 229, note H.Blaise).

Cette position se justifie car à côté des intérêts individuels, il existe des intérêts généraux bien distincts et parfois contradictoires.

Dans le silence de la loi, il faut reconnaître la personnalité juridique à une personne morale, c'est-à-dire à tout groupement pourvu d'une « *possibilité d'expression collective* ».

Cependant il faut limiter cette proposition car il est faux de prétendre que tous les groupements d'individus « *pourvus d'une volonté collective* » ont la personnalité juridique.

Exemple :

- La famille est un groupement où la volonté collective est exprimée par les parents et les enfants, c'est-à-dire dans une logique qui dépasse la seule addition de leurs intérêts individuels, mais qui n'a pas la personnalité juridique.

- Un amphithéâtre d'étudiants est un groupement qui a une durée (1 an), une volonté collective (recevoir des enseignements de qualité dispensés dans la sérénité), mais qui n'a pas la personnalité juridique.

C'est pourquoi on admet généralement que la reconnaissance de la personnalité juridique à une personne morale suppose la réunion de cinq conditions :

- des *intérêts collectifs* distincts de ceux de ses membres;
- une *volonté collective* qui permet la définition de ces intérêts;
- une *organisation* qui assure l'expression de cette volonté;
- une *spécialisation* (qui caractérise l'intérêt collectif, c'est-à-dire "*l'objet social de la société*");
- une *durée* nécessaire à la réalisation de cet intérêt.

Enfin, l'Etat peut toujours limiter les pouvoirs de cette personne morale dans des buts de police, d'économie ou autre.

CHAPITRE 2. – LE REGIME DES PERSONNES MORALES

Le régime varie selon les diverses personnes morales qui existent mais un certain nombre de traits communs peuvent cependant être dégagés. Ainsi, à travers la *diversité des personnes morales* (Section 1), on peut percevoir une existence similaire à travers *l'homogénéité du régime des personnes morales* (Section 2).

Section 1. – La diversité des personnes morales

On retrouve la distinction fondamentale entre droit privé et droit public.

§ 1. – Les personnes morales de droit public

Elles sont principalement de quatre types :

– Les *ordres professionnels* (médecins, avocats, notaires).

– Les *établissements publics* : vous les étudierez l'année prochaine; ce sont des services publics érigés en institutions autonomes et dotés d'un patrimoine et d'un budget : certains sont des établissements publics administratifs (EPA : universités, chambres de commerce, hôpitaux, ...), d'autres sont des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC : EDF...).

– Les *circonscriptions territoriales* et les *collectivités locales* (départements, communes, région).

– L'*Etat*, à moins, comme le note le Doyen Carbonnier, que l'Etat n'est pas dans le système du droit, il est le système lui-même.

Ajoutons des personnes publiques dont le caractère public ou privé est discutable : les sociétés d'économie mixtes, les sociétés dites publiques (SA de droit privé à capital entièrement public), etc.

§ 2. – Les personnes morales de droit privé

Ce sont celles qui ont pour objet des intérêts privés. Elles sont soit des groupements de personnes (I), soit des masses de biens (II).

I. – Les groupements de personnes

Traditionnellement, le Droit français ne connaissait que deux types de groupements de personnes comportant la personnalité morale : les sociétés qui recherchent le profit (A), les associations qui ont des fins désintéressées (B) et l'époque contemporaine a fait apparaître d'autres groupements de personnes (C).

A. – Les sociétés

L'article 1832 du Code civil définit la société par référence au contrat : la société est d'abord un contrat. La société est le groupement de plusieurs personnes, appelées associés ou actionnaires (pour les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées), et qui exige pour son existence trois conditions :

- que les associés mettent tous des biens ou des activités en commun (ces biens, ces activités sont appelés des apports en *nature* ou en *industrie*);
- que tous les associés *profitent des gains* et *contribuent aux pertes* de la société;
- que les associés aient l'*affectio societatis*, c'est-à-dire la volonté de se traiter comme tels, l'intention d'être associé.

Les sociétés sont très diverses. On distingue les sociétés commerciales (1°) des sociétés civiles (2°).

1. – Les sociétés commerciales

Ce sont des sociétés qui ont pour but des activités commerciales (l'achat de marchandises pour les revendre). Plus précisément, les sociétés commerciales sont commerciales par la forme : une société commerciale peut avoir un objet civil (l'exploitation d'une mine, d'une carrière, d'une exploitation agricole par exemple).

Ces sociétés commerciales sont de deux espèces selon qu'elles sont des *sociétés de personnes* ou des *sociétés de capitaux*.

***. – Les sociétés de personnes**

La forme la plus pure des sociétés de personnes est la *société en nom collectif*. Dans cette société, les associés sont personnellement et solidairement tenus des dettes sociales.

Exemple. – Monsieur X et Monsieur Y créent une société en nom collectif pour l'exploitation d'un magasin. Cette société achète des marchandises qu'elle ne parvient pas ensuite à revendre. Les fournisseurs de la société, qui sont alors les créanciers de celle-ci, pourront demander le paiement de la totalité de leur dette à l'un des associés.

****.** – *Les sociétés de capitaux*

L'exemple le plus caractéristique des sociétés de capitaux est constitué par la *société anonyme*, mais aussi par la *société à responsabilité limitée* (SARL) et par les *sociétés par actions simplifiées* (SAS).

Dans ces sociétés, les dettes sociales ne peuvent être poursuivies que sur le capital de la société (capital social) et non sur le patrimoine personnel de chaque associé.

Exemple. – X et Y apportent chacun 25.000 euros pour constituer la société. Ces 50.000 euros constituent le capital social de la société. Le fournisseur de la SARL qui sera impayé sera créancier de la SARL et ne pourra se payer que sur le capital de la société.

Cette masse, enfin, peut être constituée dans l'intérêt d'un seul. Pendant longtemps, la notion de société comportant un seul associé paraissait inconcevable. Dans le même temps, la jurisprudence admettait la validité des sociétés où les apports étaient disproportionnés (par exemple, 99 % pour l'un, 1 % pour l'autre). La loi du 11 juillet 1985 a finalement créé *l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL) et *l'exploitation agricole à responsabilité limitée* (EARL).

La personne qui veut exercer seule une activité commerciale peut limiter sa responsabilité grâce à l'écran que constitue la personnalité morale de la société. Les créanciers de l'entreprise (la banque qui aura financé l'acquisition de matériels) ne pourront se payer que sur les seuls biens de l'entreprise (en réalité, les créanciers de l'entreprise exigeront en pratique que l'entrepreneur s'engage sur ses biens personnels).

Exemple. – X veut développer un commerce. Il crée une EURL et il affecte 10.000 euros au capital de l' EURL Il demande un prêt de 50.000 euros auprès de son

banquier. La banque ne constituera le prêt que si X s'engage sur ses biens personnels au paiement du prêt, c'est-à-dire s'il se porte caution.

2. – Les sociétés civiles

Aux termes de l'article 1843, les sociétés civiles sont définies négativement comme les sociétés qui n'ont pas d'objet commercial. En réalité les sociétés civiles sont civiles par leur forme : une société civile qui aurait un objet commercial demeurerait formellement une société civile mais serait soumise au droit commercial.

On les rencontre dans le *domaine immobilier* (les sociétés civiles immobilières – SCI – ont pour objet social la seule construction d'immeubles) mais aussi, et surtout, il s'agit de la forme sociétaire utilisée par de nombreux professionnels pour l'exercice de leur activité libérale (ce sont les sociétés civiles professionnelles – SCP – de médecins, de notaires, d'avocats).

Comme pour les sociétés de personnes, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales (mais leurs dettes ne sont pas solidaires).

B. – Les associations

Ce sont les groupements qui n'ont pas de but lucratif, ce qui ne signifie pas qu'elles ne recherchent pas de bénéfice mais qu'elle ne peuvent partager ces éventuels bénéfices entre leurs membres. Les associations bénéficient au regard des sociétés d'un régime fiscal privilégié. La loi du 1er juillet 1901 a fixé le droit commun des associations (1). Des dispositions légales peuvent modifier celui-ci : c'est le cas pour les syndicats professionnels (2) et les associations religieuses (3).

1. – Le droit commun des associations

Le principe de base est celui de la *liberté d'association*, principe admis au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946.

Cette liberté d'association se double d'une certaine inégalité de statut. Tant qu'une association n'a pas été déclarée à l'administration (c'est-à-dire à l'autorité préfectorale), elle n'a pas la personnalité juridique.

- *L'association non déclarée* existe : elle lie valablement les sociétaires mais elle ne peut agir avec les tiers, elle ne peut pas contracter, elle ne peut pas agir en justice. L'association non déclarée n'a pas la personnalité morale.

- *L'association simplement déclarée* sera pourvue de la personnalité morale. L'administration préfectorale n'a pas de pouvoir de contrôle, la personnalité juridique

est acquise par cette seule mesure de publicité. Mais cette personnalité est restreinte. L'association ne peut recevoir aucun bien en donation, elle ne peut pas acquérir des immeubles qui ne seraient pas nécessaires à ses buts.

- L'association peut avoir une personnalité plus étendue si elle est **reconnue d'utilité publique**. La déclaration résulte d'un avis pris en Conseil d'Etat. L'association peut alors recevoir des donations, des libéralités (mais sa capacité immobilière demeure restreinte puisqu'elle ne peut acquérir des immeubles que dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires à ses buts).

Une catégorie particulière d'associations bénéficie d'avantages particuliers : ce sont les syndicats.

2. – Les syndicats professionnels

Ce sont des associations qui ont pour objet la défense d'intérêts professionnels. L'octroi de leur personnalité s'obtient par une simple déclaration à la mairie. Les syndicats sont certainement les associations qui ont la personnalité juridique la plus étendue :

- ils peuvent agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la profession;

- ils peuvent acquérir librement des immeubles;

- leur patrimoine est insaisissable (les créanciers d'un syndicat ne peuvent faire vendre les biens de celui-ci, ce qui rend difficile l'exécution des condamnations prononcées contre ce dernier).

3.– Les associations religieuses

Aux termes de la loi de 1905 sur la séparation de l'église et de l'Etat, les associations religieuses doivent prendre la forme d'**associations culturelles**.

Le problème aujourd'hui posé est celui de la licéité de nombreuses sectes : en vertu du principe de la liberté d'association, les congrégations religieuses non autorisées sont aujourd'hui licites. Les sectes ne peuvent être appréhendées directement. Elles le sont indirectement en raison des agissements répréhensibles qu'elles peuvent par ailleurs commettre (séquestration de personnes, fraude fiscale, usage de stupéfiants...).

C. – Autres groupements de personnes

* Il s'agit là de formes modernes de groupements. On retiendra les **Groupements d'Intérêt Economique** (G.I.E.) qui poursuivent un but économique ponctuel mais ne cherchent pas à faire de bénéfices.

** On retiendra également le développement croissant ces dernières années de groupements agricoles. La baisse de la rentabilité des exploitations agricoles justifie ces regroupements. Ce sont les Groupements Fonciers Agricoles (G.F.A.), les Sociétés d'Intérêt Collectif Agricole (S.I.C.A.), les Groupements Agricoles d'Exploitation en Commun (G.A.E.C.).

Les sociétés, les associations, les G.I.E. ou les groupements agricoles constituent autant de groupements de personnes. Il nous faut dire quelques mots des masses de biens qui peuvent constituer des personnes morales de droit privé.

II. – Les masses de biens

En principe, seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. A côté de ce principe fondamental qui procède de la théorie du patrimoine, on relève un certain nombre de situations dans lesquelles une masse de biens peut se voir conférer une certaine personnalité.

* Cette masse peut d'abord être constituée dans l'intérêt de tiers : c'est le cas des *fondations*. La fondation est une masse de biens affectés à perpétuité à une oeuvre d'intérêt général et désintéressé. Ces biens proviennent de libéralités, c'est-à-dire de donations ou de legs. La fondation n'a pas de sociétaires, d'assemblée générale ou de cotisations comme c'est le cas pour les sociétés ou les associations. Ses fondateurs se bornent à l'administrer.

** Cette masse peut encore être constituée dans l'intérêt de différents copropriétaires : ce sont les *syndicats de copropriété*. En apparence, ce sont des groupements de personnes (les copropriétaires); en fait, ceux-ci ne participent au syndicat qu'en raison de leur qualité de propriétaire. Il s'agit donc, plutôt, d'une masse de biens personnalisée. La personnalité de ces groupements est faible. Leur principal avantage est d'assurer l'organisation qui facilite la gestion de la copropriété.

*** D'autres masses de biens, la majorité et les plus importantes, ne disposent pas de la personnalité morale : c'est le cas notamment des indivisions, de la communauté de biens (régime légal des époux).

Voici un rapide aperçu des différentes personnes morales telles qu'elles peuvent être présentées dans leur diversité. Or, en dépit de leurs différences, une certaine similarité de régime peut être observée à leur égard.

SECTION 2. – L'HOMOGENEITE DES PERSONNES MORALES

Le régime juridique des personnes morales est la transposition de celui des personnes physiques : les personnes morales naissent (§ 1), fonctionnent (§ 2) et disparaissent (§ 3).

§ 1. – La création des personnes morales

Trois éléments sont susceptibles d'intervenir dans la création des personnes morales : la volonté (I), des mesures de publicité (II), des autorisations administratives (III).

I. – Le rôle de la volonté dans la création des personnes morales

En principe, la création d'une personne morale comporte à l'origine un acte de volonté. La volonté des membres de la personne morale se manifeste par un contrat constitutif des « statuts » de la personne morale, auxquels il faut ajouter les résolutions d'associés et les pactes d'actionnaires.

Cependant, la loi porte parfois atteinte au rôle de la volonté. Ainsi la loi peut étendre l'action du groupement à d'autres que ses membres (exemple : les conventions collectives signées par les syndicats s'étendent à tous les ouvriers de la profession considérée, qu'ils soient ou non syndiqués).

Mais la loi peut aussi obliger directement un individu à faire partie d'un groupement (ex. : les porteurs d'obligations - titres émis par une société commerciale - sont obligatoirement réunis dans un groupement appelé "masse des obligataires").

II. – Le rôle des mesures de publicité dans la création des personnes morales

Quelles sont les mesures de publicité : le dépôt des statuts au R.C.S. pour les sociétés commerciales, l'insertion d'un extrait des statuts dans la presse, l'immatriculation au R.C.S. Fréquemment, ces mesures sont nécessaires, non seulement pour rendre le groupement opposable aux tiers, mais également pour lui conférer la personnalité juridique. C'est le cas aussi bien pour les sociétés commerciales que pour les sociétés civiles.

III. – Le rôle des autorisations administratives dans la création des personnes morales

A l'origine du Code civil, presque tous les groupements devaient être autorisés. Le relâchement s'est opéré peu à peu :

- En 1867 : les sociétés anonymes ont été dispensées d'autorisation administrative préalable.
- En 1884 : la loi pose le principe de la liberté syndicale.
- En 1901 : est affirmée la liberté d'association.

Continuons cette litanie des grandes réformes, qui, désormais, sont des réformes techniques :

- En 1967 : grande réforme du droit des sociétés commerciales

– En 1978 : grande réforme des sociétés civiles qui constitue un socle commun des sociétés et, plus largement, des structures sociales.

– En 2001, la loi « NRE » (nouvelles réglementations économiques) forge un nouveau droit des sociétés, plus universel, plus américain sans doute.

§ 2. – Le fonctionnement des personnes morales

Nous étudierons d'abord les attributs des personnes morales (I), puis l'activité juridique des personnes morales (II).

I. – Les attributs des personnes morales

Il faut envisager les attributs patrimoniaux (A) et extrapatrimoniaux (B) des personnes morales. Nous nous intéresserons essentiellement au deuxième aspect, le premier participant d'un rappel.

A - D'un point de vue patrimonial

Un trait fondamental caractérise les personnes morales : c'est l'existence d'un patrimoine appartenant au groupement et indépendant du patrimoine de chacun des associés. C'est l'application traditionnelle de la règle selon laquelle "*toute personne (même morale) a un patrimoine*". La conséquence de cette situation est que les dettes de la personne morale ne sont pas les dettes de ses membres et que les créanciers de la société, qui sont les créancier sociaux, ne peuvent pas poursuivre le paiement de leurs créances sur le patrimoine personnel des associés.

Cependant, nous le savons, les membres des sociétés civiles professionnelles ou des sociétés en nom collectif sont tenus des dettes de la société.

B - D'un point de vue extrapatrimonial

Les attributs de la personne morale sont pratiquement analogues à ceux des personnes physiques.

1. – Toute personne morale a un **nom**. Ce nom, qu'on appelle « dénomination sociale » est fixé par les statuts. Il peut être choisi librement. Il peut être tiré du but poursuivi par le groupement, du nom patronymique de certains dirigeants; il peut même être une qualification de fantaisie.

A la différence du nom patronymique, ce n'est pas une institution de police civile. Dès lors, il peut être librement modifié car il n'y a pas ici d'immutabilité du nom. Mais, comme pour les personnes physiques, il est protégé notamment contre les usurpations s'il y a risque de confusion.

2. – Toute personne morale a un **domicile** que l'on appelle le « siège social ». Nous avons vu qu'il n'avait pas en la matière la même règle d'unité du domicile que celui des personnes physiques (v. supra la théorie dite "des gares principales").

3. – Toute personne morale a une **nationalité**. Celle-ci est déterminée :

- en principe par le siège social (ex. : l'article 1832 C.civ. et l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales édicte que les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française);

- plus exceptionnellement par la nationalité de ceux qui la contrôlent.

4. – Toute personne morale a enfin un **honneur** qu'elle ne peut faire respecter en agissant en diffamation. La jurisprudence nous offre des exemples de sociétés qui agissent en diffamation contre des journaux satiriques.

Mais les tribunaux sont bien moins sévères s'agissant de protéger l'honneur d'une personne morale. Les tribunaux ne sanctionnent pas l'atteinte au respect d'un groupement litigieux. Ainsi, la Cour de cassation, s'agissant du film "*Je vous salue Marie*" (21 juillet 1987) et la cour d'appel de Paris pour le film "*La dernière tentation du Christ*" (27 septembre 1988) n'ont pas admis les actions intentées par des associations religieuses pour faire interdire ces films.

Ces arrêts se fondent, d'une part, sur le droit à la liberté d'expression et, d'autre part, sur le fait que "*le caractère blessant d'un film pour la sensibilité des chrétiens*" ne caractérise pas une diffamation ou une provocation à la haine ou à la discrimination.

Les tribunaux ridiculisent même les groupements religieux minoritaires.

Exemple. – La congrégation de la secte Krishna se plaignait de ce que dans un film X les protagonistes du film étaient présentés comme des membres "actifs" de la secte.

Le TGI. de Paris, dans son jugement du 2 février 1997, énonçait que :

"Il y a lieu d'admettre que Krishna au cas où il jouirait de l'immortalité, s'il a pu s'offusquer d'entendre chanter son nom au cours d'un film scabreux, a, sans aucun doute, dans sa haute sagesse, pardonné cette offense...; il suffit de rappeler d'autre part que l'on attribue à Krishna 16.000 épouses et 180.000 fils pour admettre que sa mémoire ne souffrira guère d'avoir été mêlée à quelques manifestations complémentaires; ... si les zéloteurs de Krishna peuvent être légitimement blessés dans leur conscience juridique, encore faut-il pour cela qu'ils voient le film; cette hypothèse est hautement improbable pour ces adeptes dont "l'optique est centrée sur Dieu" et qui selon ses statuts pratiquent une vie simple "en particulier au milieu des communautés rurales"; sans doute, chaque religion a son contingent de brebis égarées, mais le nombre d'adorateurs de Krishna exposés à se fourvoyer dans les salles spécialisées du cinéma Amsterdam Saint-Lazare est

d'autant plus réduit que les membres de l'Association ne dépassent pas une ou deux centaines..." (TGI Paris, 2 février 1977, Aff. de la Secte de Krishna, JCP 1977, II, 18636).

Au delà de ces anecdotes, il peut paraître choquant que l'on protège le droit à l'image de Brigitte Bardot ou Isabelle Adjani et non la conscience profonde de millions de chrétiens (ou de musulmans).

Les raisons qui militent en faveur de cette jurisprudence sont de trois ordres :

– *La crainte de la censure de la part du pouvoir exécutif* : les tribunaux, le pouvoir judiciaire veulent limiter ce pouvoir discrétionnaire dont on sait les excès : les "*versets sataniques*" de S. Rushdie sont, heureusement, en vente libre dans les librairies françaises.

– *La tradition historique française* (c'est-à-dire la coutume), qui admet largement que l'on se moque ou que l'on conteste les autorités et la pratique religieuses ou politiques.

– Il y a enfin une *raison technique* : un groupement religieux (c'est-à-dire les chrétiens, les musulmans) n'a pas en tant que tel la personnalité juridique. Ce seront des associations chrétiennes qui agiront en justice pour défendre un intérêt qui n'est pas véritablement le leur mais celui de toute une communauté.

Ayant observé les attributs patrimoniaux et extra-patrimoniaux des personnes morales, il faut maintenant s'attacher à observer comment ces attributs seront défendus en justice.

II. – L'activité juridique des personnes morales

Cette activité ne saurait être strictement identique à celle des personnes physiques. Cette différence se manifeste au plan de l'expression de la volonté (A) et de la capacité (B) de la personne morale.

A - Règles spécifiques à l'expression de la volonté

A l'inverse d'une personne physique, une personne morale ne peut faire elle-même des actes juridiques. Elle doit donc être représentée. Les organes représentatifs de la personne morale qui agiront en son nom sont de deux types.

* Les premiers sont des *organes délibérants* qui revêtent généralement la forme d'assemblées générales. Leur rôle est de prendre les décisions les plus importantes concernant la vie de la personne morale (ex. : transformation, dissolution, vote du budget annuel...).

** Les seconds sont des *organes exécutifs* dont le rôle est d'assurer l'exécution des décisions prises par les organes délibérants. Ces organes revêtent des

formes variées selon le type de personne morale. Dans les sociétés de personnes, on parle du gérant; dans les S.A., on parle du conseil d'administration qui, à son tour, délèguera une partie de ses pouvoirs à un bureau, avec à sa tête un président (P.D.G.). Ces personnes ont la qualité de représentant légal de la personne morale.

B - Règles spécifiques à la capacité des personnes morales

En principe, toute personne physique a pleine capacité de jouissance. Au contraire, la capacité des personnes morales est limitée par le principe dit de "spécialité". Selon ce principe, chaque groupement doit cantonner ses activités juridiques à la réalisation exclusive du but qu'il s'est assigné dans ses statuts. Ce but représente l'objet social de la personne morale. Mais si mince soit cette capacité, toute personne morale a le droit d'agir en justice pour la défense de ses intérêts.

§ 3. – La disparition des personnes morales

A l'inverse des personnes physiques qui sont mortelles, une personne morale a vocation à la perpétuité. Mais la personne morale est cependant appelée à disparaître : causes (I) et effets (II)

I. – Les causes de disparition des personnes morales

Il est des causes de disparition qui sont en quelque sorte *naturelles*. Il en est ainsi lorsque le terme fixé dans les statuts pour la durée du groupement est arrivé, ou bien lorsque l'objet pour lequel le groupement s'était constitué est atteint ou achevé, ou bien encore lorsque l'ensemble des membres du groupement décide d'un commun accord de le dissoudre.

Il est d'autres causes de disparition que l'on peut qualifier d'*accidentelles*. Il en est ainsi chaque fois que la personne morale disparaît du fait de l'autorité publique. Il peut s'agir d'une décision administrative retirant la reconnaissance d'utilité publique à une association, ou bien d'une décision judiciaire qui annule ou dissout une société.

II. – Les effets de la disparition des personnes morales

Quand une personne morale disparaît, le problème essentiel qui se pose est de savoir ce que l'on va faire de son patrimoine, c'est-à-dire de ses biens.

– Pour les *sociétés*, il n'y a pas de difficultés. On commence par payer les dettes de la société; s'il reste un actif, il est partagé entre les associés.

– Pour les *associations*, le problème est plus difficile. Ce sont, en principe, les statuts qui prévoient la destination du patrimoine en cas de dissolution. En fait, il est le plus souvent transféré à une association voisine poursuivant un but analogue.

– Pour les *fondations*, il n'y a qu'une solution : les biens font retour au fondateur et, à défaut, passent à ses héritiers.

