

Personne et discrimination : approche historique et théorique

Jean-François Niort

Maitre de conférence en histoire du droit et des institutions
Université des Antilles et de la Guyane
Email : jean-francois.niort@wanadoo.fr

In Jean-François Niort,

« *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées* », (actes du colloque de Paris, CNAM, 14 décembre 2005), dir. M. Mercat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50.



Centre d'Analyse Géopolitique et Internationale

Université des Antilles et de la Guyane
UFR de Droit et d'Economie
Campus de Fouillole B.P. 270
97157 Pointe à Pitre cedex
Tél/Fax : 0590 48 32 78
<http://calamar.univ-ag.fr/cagi>

Dans le langage juridique contemporain, la « personne » et l'être humain¹ semblent ne faire qu'un. « Tous les êtres humains sont des personnes juridiques », nous dit le *Lexique des termes juridiques* Dalloz, comme en écho à l'ensemble de la doctrine². C'est ce qu'affirmait déjà Demolombe au milieu du XIXe siècle à propos de la notion de personne, écrivant qu'il « il vaut mieux aujourd'hui, qu'il est plus simple et plus vrai de ne pas chercher à la distinguer doctrinalement de l'homme, de l'individu ». Toute distinction entre l'homme et la personne serait en effet à ses yeux « abstraite et métaphysique », et ne serait, dans le Code civil, « qu'une source d'obscurités et d'embarras »³. Notre droit tout entier est d'ailleurs construit sur la distinction entre les « personnes » d'un côté, et les « choses » de l'autre⁴.

De plus, cette « personne », à la fois humaine et juridique, a reçu de fortes consécration symboliques dans notre droit : issu des lois dites « bioéthiques » de 1994, l'article 16 du Code proclame en effet que « la loi assure la primauté de la personne », dans le droit fil du Préambule de la constitution de 1946 (cf. infra) et de celui de la Déclaration universelle de 1948, dans lequel « les peuples des Nations-Unies » ont « proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine », une dignité positivement consacrée en droit français dans les années 1990⁵.

Pourtant, dès lors qu'on aborde le statut juridique de l'embryon⁶, et, bien plus encore, lorsqu'on jette un regard historique sur la notion de personne, la perspective se complexifie. Pendant bien longtemps, en effet, la personnalité juridique n'a pas été reconnue à tous les êtres humains, et ressortait bien plus d'une simple technique d'imputation de droits et d'obligations, d'un *artifice* juridique tendant à ériger certains individus, et même parfois des biens, en « acteurs » de la vie juridique⁷. Et c'est bien, quoi qu'on en dise, le sens que la « personne juridique » conserve encore dans notre droit et sa doctrine⁸, d'autant plus que ce

¹ V. not., sur cette notion quelque peu insaisissable et son avenir incertain, J.-Cl. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Seuil, 2001, et D. Lecourt, *Humain, posthumain*, Puf, 2003.

² Par ex. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 6^e éd., 1996, n° 12 et s. ; Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civil, Les personnes*, 8^e éd. par Fl. Laroche-Gisserot, Montchrestien, 1997, n° 441 ; J. Carbonnier, *Les personnes*, Puf, Thémis, 21^e éd., 2000, n° 1 et 3 ; G. Cornu, *Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 10^e éd., 2001, n° 457 ; B. Teyssié, *Les personnes*, Litec, 7^e éd., 2002, n° 1 et 10 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, les incapacités*, Defresnois, 2003, n° 1. Adde : A. Sériaux, *Les personnes*, Qsj, 2^e éd., 1997.

³ *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, 1845, n° 133. Cité par D. Deroussin dans sa passionnante et savante étude, « Personnes, choses, corps », in *Le corps et ses représentations*, dir. E. Dockès et G. Lhuillier, Credimi, Litec, vol. 1, 2001, pp. 79-146, ici p. 114.

⁴ Ainsi que l'atteste notamment le plan du Code civil (cf. infra, note ...). V. not. C. Chabault, *La distinction entre les choses et les personnes*, thèse droit, La Rochelle, 1998. Mais la distinction, même aujourd'hui, n'est pas d'une efficacité absolue, not. au regard du corps humain (spéc. des organes qui en sont extraits – v. les contributions à l'ouvrage collectif cité note précédente) et des animaux (cf. infra, notes 155-156).

⁵ Cf. infra, II, B.

⁶ Cf. infra, III, B, et déjà mes réflexions dans « L'embryon et le droit : un statut juridique impossible ? », *Rev. de la recherche juridique*, 1998-2, pp. 459-477. V. plus récemment sur ce thème A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut juridique le l'enfant à naître)*, thèse droit, Paris II, PUAM, 2003, préf. F. Terré.

⁷ V. not. D. Deroussin, loc.cit. ; M.-Th. Meulders-Klein, V° Personne, dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Lgdj, 2^e éd., 1993 ; A. Lefebvre-Teillard, V° Personne, dans le *Dictionnaire de la Culture juridique*, Puf, 2003, et *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Puf, coll. Droit fondamental, 1996, spéc. pp. 12-13 ; ainsi que J.-M. Trigeaud, Y. Thomas, G. Lhuillier et les autres auteurs cités infra, I, A.

⁸ Ainsi le *Lexique des termes juridiques* Dalloz, définissant cette dernière comme « un être titulaire de droits et d'obligations, et qui de ce fait a un rôle dans l'activité juridique . On dit aussi sujet de droit ». V. aussi le sens n° 2 de la personne dans M.-Th. Meulders-Klein, loc.cit. : « Le sujet de droit, capable d'être titulaire de droits et d'obligations ».

terme s'applique à des entités abstraites, les « personnes morales »⁹, de droit privé (sociétés, associations, etc...) et de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics)¹⁰, qui occupent un espace énorme dans la vie juridique et la vie quotidienne des êtres humains.

Mais il est vrai, cependant, que si, en vertu de cette irréductible dimension artificielle de la personnalité juridique, toutes les « personnes », du moins aux yeux du droit, ne sont pas forcément des êtres humains, de plus en plus de catégories d'êtres humains, ces derniers siècles, et notamment les anciens esclaves, se sont vus reconnaître la qualité de personne juridiques pleine et entière. Insistons sur ces deux dernières qualités, car pendant longtemps, d'autres catégories d'êtres humains, telles les femmes mariées, n'ont joui de la personnalité juridique que sous la réserve d'une forte incapacité d'agir dans la vie juridique, ce qui revenait quasiment, en pratique, à les priver de personnalité¹¹. Quoi qu'il en soit, sous l'effet d'une conception à la fois « universaliste », « humaniste » et égalitariste (« Tout être humain est une personne »), la personnalité juridique, artifice juridique, c'est-à-dire la capacité d'être un acteur « complet » de la vie juridique, et d'utiliser toutes les institutions posées par le droit objectif, s'est étendue à un tel point qu'elle a pu permettre la remise en question de la répartition traditionnelle des rôles sociaux, spécialement ceux liés au sexe. Une remise en question qui s'est précisément effectuée, pour une grande part, sous le drapeau de la « lutte contre les discriminations ».

Si ce dernier terme n'a pas forcément un sens péjoratif¹², il est clair qu'il renvoie, dans le langage courant mais aussi dans le langage juridique, à une différence de traitement sinon juridiquement prohibée, du moins moralement suspecte¹³, à tel point qu'il faut préciser dorénavant, comme le fait notre ministre de l'Intérieur, qu'elle est « positive », si cette différence de traitement juridique est conçue comme devant profiter aux « discriminés » (pour rétablir une égalité « réelle »). La « discrimination »¹⁴ est devenue un argument de lutte pour l'égalité de traitement, l'accès de n'importe quel individu, quelque soit sa race ou sa couleur, son sexe et son « orientation sexuelle », son handicap physique ou mental, à l'exercice plein et entier de sa personnalité, à la fois juridique, individuelle et sociale. Et s'il en va ainsi aujourd'hui, c'est précisément à cause du triomphe de la conception « universaliste » et « humaniste » de la personne. Car il n'en a pas été toujours ainsi, précisément. Pendant

⁹ Groupement de personnes ou de biens (les fondations) ayant la personnalité juridique, et étant par conséquent, titulaire de droits et d'obligations » (*Lexique des termes juridiques*). Contrairement à ce qu'écrit Ph. Malaurie, op.cit., ibid., les personnes humaines ne sont pas les seuls sujets de droit (par opposition aux animaux), puisque les personnes morales le sont également, en tant que titulaires de « droits subjectifs » (J. Carbonnier, *Les personnes*, n° 1). Sur la notion de sujet de droit, cf. not. le n° 34 des *Arch. phil. droit*, 1989, et infra, notes 40-41, 156.

¹⁰ Parfois recouverts par le terme générique de « Personnes publiques » (ibid.).

¹¹ V. en ce sens J. Carbonnier, « Etre ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit », dans *Flexible droit*, 10^e éd., 2001, p. 234.

¹² Etymologiquement, discriminer (du latin *discriminare*, de *crimen* : point de séparation), c'est distinguer, classer en fonction de différences relevées. Le mot semble n'apparaître en langue française usuelle qu'au XX^e siècle, celui de « discrimination » l'ayant précédé (XIX^e siècle).

¹³ Cf. en ce sens le Code pénal, art.225-1 et 2. V., plus nettement encore, la Charte québécoise des droits et des libertés de la personne de 1975, art. 10 à 13, où la « discrimination » n'a qu'un sens négatif, celui de la violation du « droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne ». De même, la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui distingue entre les « différences de traitement justifiées » et les « discriminations », c'est-à-dire les différences de traitement prohibées (cf. art 2). V. de même la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (cf. infra, note 118), et le projet de loi tendant à réprimer les propos sexistes et homophobes (infra, note 157), et plus généralement infra, II, B.

¹⁴ Cf. not. sur ce thème les journées Capitant « franco-belges » de 2001, et, bien sûr, les contributions au présent ouvrage.

longtemps, du fait du caractère artificiel de la personnalité juridique, cette dernière n'étant pas considérée comme un attribut de la personne humaine, forcément reconnue à tout être humain, le droit objectif a pu légitimement « discriminer », instaurer des différences de traitement et même des statuts juridiques forts inégaux entre les êtres humains, en considération, notamment, de leur état de servitude ou de liberté, ou encore de leur sexe. Les rapports qu'entretiennent les notions de personne et de discrimination sont donc éminemment redevables de la conception dominante de la personne et de la personnalité juridique. Et ces rapports sont profondément intimes, des « rapports nécessaires », comme aurait dit Montesquieu à propos des lois¹⁵, au sens où ils constituent les deux facettes d'un même processus d'évolution, deux facettes qui sont en constante interaction, influence réciproque, symétrique, quasi-mécanique.

Ce processus d'évolution symétrique a abouti à une véritable « déssexualisation » des rôles socio-juridiques traditionnels, alors que c'est bien parce qu'il n'est pas une « personne » que l'embryon ne sera pas considéré comme « discriminé » par son statut spécial¹⁶, ce qui, en fin de compte, rappelle que la dimension artificialiste de la personne n'a pas disparu du droit, et permet, plus généralement, de tenter de cerner le sens de la notion de personne aujourd'hui.

Ainsi, après être revenu quelque peu sur l'évolution sémantique et juridique de la notion de personne (I), cette dernière sera donc mise en regard avec celle de discrimination (II), pour aboutir à une tentative de délimitation des contours actuels de la notion de « personne » (III et notre conclusion)¹⁷.

I. « Personne »

Deux grandes conceptions de la personne se distinguent – et coexistent encore – dans le droit : la personne comme simple technique d'imputation et d'utilisation de droits et d'obligations dans la vie juridique, qui n'est pas forcément liée à l'humanité (I), et la personne comme synonyme d'être humain, ou plus exactement la personnalité juridique comme attribut essentiel de l'humanité (II).

A. *Persona* ou l'artifice juridique

Pour simplifier¹⁸, on peut rappeler que dans la Rome antique, *persona* désignerait primitivement le masque de théâtre¹⁹ et le rôle joué par l'acteur qui s'y cache²⁰, d'où la notion moderne de « personnage »²¹. Puis, dans le langage juridique romain, *persona* en vient à

¹⁵ « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », De l'esprit des lois, livre premier, chap. I (éd. Garnier-Flammarion, 1979, I, p. 123).

¹⁶ Cf infra, III, B.

¹⁷ En raison de l'étendue du sujet et des contraintes éditoriales formelles, le lecteur comprendra que la bibliographie, sur ce thème général et les sous-thèmes abordés (statut de la femme mariée, de l'esclave, du mort civil, de l'embryon, etc...), ne soit pas entièrement restituée ici, ce qui occuperait à soi seul tout l'espace disponible. On se limitera donc à des références données utilement et ponctuellement.

¹⁸ Les origines et la notion de personne (*persona* en latin, *prosopôn* en grec) sont en effet très riches et complexes : v. en ce sens l'ouvrage de J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di cultura, Bibliotheca di filosofia oggi, 1990, spéc. pp. 49 et s. (texte également publié dans les *Arch. Phil. droit*, t. 34, 1989, op.cit., pp. 103 et s.). V. aussi Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature », dans *Le débat*, n° 100, 1998, pp. 85-108 ; G. Lhuillier, « L'Homme-Masque. Sur la dimension anthropologique du droit », revue *Methodos*, n°4, 2004, ainsi que sa contribution au présent ouvrage.

¹⁹ Mais aussi le masque rituel, artistique, et même les statuettes. Cf. D. Deroussin, p. 80-81, renvoyant à Ulpien dans le *Digeste*, 19, 1, 17, § 9.

²⁰ J.-M. Trigeaud renvoie à la *Poétique* d'Aristote, 1449a.

²¹ Présente déjà des les Etrusques (avec la notion de *persu*) et chez Cicéron selon J.-M. Trigeaud, pp. 52-53.

signifier les parties à un procès, distinguées suivant leur rôle²². Et ce rôle est avant tout déterminé par des considérations patrimoniales. En effet, selon Jean-Marc Trigeaud, qui écrit que *persona* désigne juridiquement, à l'origine, le masque juridique du rôle socio-économique assuré par le propriétaire d'une demeure rustique, à qui est reconnue la faculté d'agir sur la scène juridique, et notamment judiciaire : « être personne selon le droit, ce sera bénéficier de *iura* en fonction de ses avoirs patrimoniaux »²³. Selon Yan Thomas, finalement [en droit classique],

« on appelait *persona*, en droit romain, le sujet de droit titulaire d'un patrimoine, et les agents (fils, esclaves) qu'il incluait et qui, par là, étaient habilités à le représenter juridiquement. Le critère de cohérence était dans les biens, où plutôt dans leur mouvance juridique, qui faisait qu'une pluralité de biens était réduite à l'unité d'un même point d'imputation. Le droit reconnaissait autant de personnes que de patrimoines, plutôt que d'individus. D'où la possibilité pour un seul sujet de contenir plusieurs personnes [ainsi un esclave indivis entre deux maîtres, individu contenant les deux personnes de ses maîtres], ou pour une seule personne de contenir plusieurs sujets [un père et son fils par ex.] »²⁴.

Ainsi encore, un héritier revêtait la *persona* du défunt, qui résidait dans son patrimoine. L'*hereditas* était le droit d'accéder à cette personnalité juridique, un droit d'ailleurs analysé et réglementé de façon très détaillée par les jurisconsultes²⁵. Bref, le sujet de droit appelé *persona* n'était pas forcément un être humain²⁶ et pas forcément *un seul* être humain.

Par conséquent, la personnalité juridique en droit romain est moins un attribut humain qu'« une technique d'imputation des droits, créé *ex nihilo* par l'ordre juridique, instituée par lui »²⁷, qui, cherchant à organiser une représentation des intérêts patrimoniaux, définit et confère des « rôles » juridiques²⁸ à des entités qui ne sont pas forcément des être humains. En d'autres termes, dans cette conception de la personne, la fonction socio-économique de la personnalité juridique l'emporte sur l'humanité individuelle et la « personnalité » propre (au sens moderne – psychologique – du terme)²⁹ de son titulaire. Selon David Deroussin, on ne trouve pas, à Rome, de doctrine philosophique ou juridique centrée sur la « personne humaine », sur l'homme pris individuellement. Plus précisément, l'être humain n'existe qu'à travers sa position sociale, son statut social, auquel est attaché et duquel est déduit son statut juridique³⁰. Le statut complet, le *caput*, désigne, à partir du I^{er} siècle ap. J.-C., l'homme libre, citoyen romain et *sui iuris*. La perte ou le changement dans l'une de ces qualités juridiques et sociales (*status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*)³¹ entraîne une réduction de capacité juridique. Cette *capitis deminutio* est dite *minima* lorsqu'il ne s'agit que d'un changement de famille (adoption, émancipation, mariage *cum manu*) ; elle est dite *media* à propos de la perte des droits civiques (bannissement, déportation) ; et *maxima* lorsque l'individu est privé de sa

²² *Persona actoris* pour le demandeur, *persona rei* pour le défendeur.

²³ J.-M. Trigeaud, p. 51.

²⁴ Y. Thomas, p. 100.

²⁵ J. Ellul, *Histoire des institutions de l'Antiquité*, Puf, Thémis, éd. 1961, p. 473.

²⁶ Outre la succession du défunt, les groupements comme les *municipes* (municipalités) et les *collegia* (associations) disposent de la *persona* (ibid., p. 472 ; A. Lefebvre-Teillard, op.cit., pp. 87-88). Par contre, les sociétés commerciales ne disposent pas de la personnalité juridique (J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2002, n° 474).

²⁷ D. Deroussin, p. 80.

²⁸ « En effet, précise J.-M. Trigeaud, op.cit., pp. 50-51, si certes elle est individualisée, la personne ne l'est pas dans un être humain considéré dans son intime spécificité, mais dans le rôle qui lui est dévolu ».

²⁹ Au sens not. d'une « individualité consciente et libre », englobant trois éléments (unicité, intériorité et autonomie), et se distinguant « de la notion anonyme de personne et de la notion simplement numérique d'individu » (D. Julia, *Dictionnaire de la philosophie*, Larousse, 1964, p.227). Rapp. avec M.-Th. Meulders-Klein, V° Personne, loc.cit., sens n° 1 (cité infra, note 207).

³⁰ Cf. J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, éd. Sirey, 1967, pp. 357 et s., ainsi que « Persona, membrum, status », *Studia et documenta Historiae Iuris*, n° 61, 1995. V. aussi A. Lefebvre-Teillard, V° Personne, loc.cit., et M. Ducos, *Rome et le droit*, Librairie générale française, 1996, pp. 32 et s.

³¹ Cf. Paul au *Digeste*, 4, 5, 11.

liberté. La *persona* s'éteint alors, et vers la fin du III^e siècle ap. J.-C., on assimilera cette *capitis deminutio* à une mort civile³². Le *caput* est la *persona* complète (la *persona civile* du citoyen *sui iuris*), et vice-versa (l'esclave est d'ailleurs dépourvu de *caput*). La *persona* est donc liée à la notion de *capacité* juridique, et elle renvoie à une capacité juridique variable, déterminée par le droit objectif. Ainsi, tant Gaius que Justinien, dans leurs *Institutes*, après avoir rendu compte de la *summa divisio* du *jus civile* par le triptique *persona-res-actio*, indiquent que le *ius personarum* concerne aussi bien les libres que les esclaves, « ceux qui ont leur propre capacité juridique et ceux qui l'empruntent à un autre », puis distinguent entre la *persona sui iuris* et la *persona alieni iuris*, attribuée à la femme mariée *in manu*, au fils de famille *in potestate*, à l'esclave *in mancipio*³³. L'esclave lui-même, du point de vue juridique, est donc tantôt *persona*, tantôt *res*³⁴, selon le point de vue adopté, suivant la situation juridique concernée. Sa *persona* sera cependant toujours *empruntée* à celle d'un autre être humain ou d'une masse de biens.

La *persona* constitue donc un ensemble variable de prérogatives juridiques (*iura*) attribué par le système juridique romain principalement à des individus humains, leur assignant une fonction précise dans l'ordre socio-juridique (et politique), les situant les uns par rapport aux autres « et surtout par rapport aux masses de biens qui constituent les patrimoines »³⁵. En d'autres termes, il n'existe pas d'universalité de la personnalité juridique complète des êtres humains, des *homines*. Ce terme est d'ailleurs très peu utilisé par les jurisconsultes romains. *Homo* désigne parfois l'homme sans statut propre, avant toute existence juridique³⁶ ; le membre de l'espèce humaine. Là réside d'ailleurs une égalité minimale mais réelle, puisque, par exemple, l'humanité de l'esclave n'est pas contestée par les jurisconsultes³⁷, de même que chez Aristote³⁸. Par contre, l'accès de l'être humain aux différents *status* (*libertatis*, *civitatis*, *familiae*), et donc à l'existence juridique propre, « ne dépend jamais de sa seule qualité d'homme »³⁹.

La *persona* est d'ailleurs une institution du *ius civile*, et non du *ius gentium* ou du *ius naturale*. La *persona*, la personnalité juridique au sens étymologique, résulte donc d'une attribution par le droit objectif et non d'un attribut propre à l'être humain, d'une qualité subjective. En d'autres termes, la *persona* constitue bien un *sujet de droit*, au sens technique et abstrait du terme, c'est-à-dire comme support, réceptacle, moyen d'imputation, ou même, malgré l'antinomie apparente, comme *objet* de droits et d'obligations, typique d'un système juridique de justice distributive⁴⁰. Par contre, la *persona* n'est pas le sujet de droit au sens

³² J. Ellul, op.cit., pp. 472-473.

³³ D. Deroussin, pp. 82-83, renvoyant à l'édition de Thorel des *Institutes* de Gaius (1844) et de Justinien (1846).

³⁴ Lorsque l'esclave est l'objet d'un contentieux de revendication de propriété, ou, plus généralement, dans les rapports juridiques avec son maître.

³⁵ D. Deroussin, p. 82 ; J.-M. Trigeaud, p. 51.

³⁶ B. Schmidlin, *Droit privé romain*, t. I, Lausanne, Payot, 1988, p. 67.

³⁷ L'esclave est même reconnu titulaire de droits naturels, en vertu du *ius naturale*, tel que la parenté, et même la possession d'un pécule, de concert avec le mouvement de *favor libertatis* qui favorise sous l'Empire les affranchissements et réduit le pouvoir des maîtres (J. Ellul, p. 480). J. Gaudemet rappelle quant à lui, dans ses *Institutions de l'Antiquité*, pp. 548-549, d'une part, que Gaius reconnaît que les esclaves sont bien des *homines* et traite en conséquence de leur statut dans le Livre premier des *Institutes*, consacré aux personnes, et non le Livre II, traitant des choses (*Institutes*, I, 9) ; d'autre part qu'Ulpien, tout en affirmant qu'au regard du *ius civile* les esclaves ne comptent pas, ne possèdent pas par eux-mêmes la *persona*, reconnaît qu'au regard du *ius naturale*, tous les hommes sont égaux (*Digeste*, 50, 17, 32).

³⁸ Cf. M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Puf, 1990, p. 84.

³⁹ D. Deroussin, p. 81, note 5, qui rappelle aussi (p. 83, note 13), que dans le langage populaire romain, le sens de *homo iste* – cet homme-là – comporte même une nuance péjorative.

⁴⁰ Dans le sens où M. Villey écrit que « le droit n'est pas l'attribut de l'individu, isolément considéré, mais une quantité déterminée [et variable, pourrait-on préciser] de prérogatives et de charges » (*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 160).

moderne, comme concept du sujet moral philosophique, en tant qu'être humain libre, autonome, pourvu de qualités juridiques intrinsèques, inhérentes à son humanité, indépendamment de toute appartenance sociale et politique⁴¹.

Cette conception de la personne et de la personne juridique, qu'on a pu appeler « institutionnaliste » (D. Deroussin), n'a pas complètement disparu du droit moderne. Elle s'y exprime d'abord et surtout à travers la notion de « personne morale », qui n'a rien d'humain ni de physique, et qui existe bel et bien comme sujet de droit, du moins selon les défenseurs de cette théorie⁴². Mais elle s'y exprime aussi, plus généralement, par la conception même de la personnalité juridique, en tant que support, réceptacle de droits et d'obligations, et possibilité d'action dans la vie juridique⁴³. Le droit objectif, metteur en scène, définit les catégories de rôles, écrit avec plus ou moins de précision et de rigidité leur contenu, en fixant les attributions et les marges de manœuvres, dans tous les domaines de la vie sociale (droit civil, commercial, social, pénal, etc...), laissant selon les cas plus ou moins de latitude aux acteurs⁴⁴, aux « personnages » du monde juridique, pourrait-on dire, qui peuvent d'ailleurs parfois écrire eux-mêmes leurs rôles (par ex., en droit des obligations, la négociation des clauses contractuelles), et choisir entre plusieurs solutions proposées par le droit (différents cas de divorce par ex.). La personnalité juridique prendra alors des formes juridiques, des rôles extrêmement divers au cours de la vie d'un individu socialisé : enfant mineur, puis parent, usager de la route, co-contractant multiple (en tant que consommateur, salarié, assuré, etc...), propriétaire et voisin, contribuable, administré, héritier, etc...

Ce qui a changé, néanmoins, par rapport à la conception romaine de la personnalité juridique, c'est l'« universalisation » de cette dernière à l'ensemble du genre humain, puisque le droit français et international contemporain reconnaissent la personnalité juridique à tout être humain. Et c'est là que se situe le point d'aboutissement, d'une autre conception de la personne et de la personne juridique...

B. La personne en tant qu'être humain

Il s'agit d'une approche à la fois plus universelle et biologique (tout être humain est une personne) et déconnectée de la dimension patrimoniale, puisque le critère de la personne devient spirituel (reflet divin, *imago dei*) ou « humaniste » (membre de l'espèce humaine, et donc égal en dignité et en droits avec ses congénères). Intervient alors le « sujet », non plus comme simple technique juridique, mais en tant que concept moral, philosophique, entraînant une réalisation sur le terrain du droit. Du coup apparaît la notion de personne humaine (« tout homme est une personne », disait Saint-Augustin), qui s'ajoute, sans s'y confondre, à celle de personne juridique, mais s'impose progressivement, sans s'y substituer totalement, à l'acception purement technique et relative de la *persona* romaine. En d'autres termes, après l'être devenu devant Dieu, puis en morale et en philosophie, tout *homo* finit par devenir pleinement *persona* aux yeux du droit moderne.

⁴¹ V. la démonstration de D. Deroussin, pp. 83-86, qui souligne la confusion de M. Villey (et d'autres auteurs à sa suite), lorsqu'il critique, emporté par son orientation idéologique anti-moderniste, l'utilisation par les romanistes du XIXe siècle de l'expression sujet de droit, qui doit être selon lui exclusivement rattachée au droit subjectif et à la toute-puissance du sujet moral. Sur la pensée de M. Villey et la pensée classique du droit, cf. not. *Michel Villey et le droit naturel en question*, dir. J.-F. Niort et G. Vannier, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1994.

⁴² Cf. supra, notre introduction. Rappelons, sans y insister, que cette notion de personne morale n'a pas, en effet, fait l'unanimité dans la doctrine juridique, not. au tournant des XIXe et XXe siècles chez Planiol et Varennes-Sommières (cf. notre ouvrage *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français* (thèse Paris I, 1995), PUAM, 2004, préf. J.-L. Halpérin, postface J. Carbonnier, 2 vol., ici II, p. 527).

⁴³ Cf. supra, note 8.

⁴⁴ Not. à travers la distinction entre les règles juridiques d'ordre public et les règles supplétives.

Ainsi que l'écrit Marie-Thérèse Meulders-Klein,

« L'invention de l'homme comme sujet doué d'une personnalité et d'un destin propre auquel il lui appartient de collaborer activement en même temps qu'à la maîtrise de l'univers, est une création de l'Occident, fruit imprévisible de la rencontre de la philosophie grecque, du juridisme latin et de la foi chrétienne, elle-même enracinée dans la tradition judaïque »⁴⁵.

En ce qui concerne la pensée grecque antique, on peut remarquer en effet qu'à côté de sa signification de masque, *prosopon* renvoyait aussi, chez Homère ou chez les Tragiques, à la face humaine, au visage proprement dit, dans sa réalité physique et concrète, et donc individuelle⁴⁶. De même, le mot étrusque *persu* qui a donné le latin *persona* ne serait pas seulement le masque exprimant un rôle extériorisé, mais renverrait aussi à l'être humain dans son individualité, et même dans son origine divine⁴⁷.

Quant au « juridisme latin », on peut remarquer que la *persona* au sens le plus large, telle que décrite plus haut (au sens du *ius personarum* de Gaius et Justinien), peut s'appliquer à tout être humain, y compris aux esclaves, même si c'est dans un sens et avec une étendue très limitée. La philosophie stoïcienne et la politique de *favor libertatis*⁴⁸, la disparition de la *gens*, les progrès de l'individualisme juridique sous l'Empire⁴⁹, qui s'expriment tant par le recul de la *patria potestas* que par l'extension d'une citoyenneté romaine réduite à ses aspects civils à la presque totalité des habitants de l'Empire⁵⁰, renforcent et préparent l'étape suivante, l'humanisation et l'universalisation totales de la personne, réalisée par le christianisme, à travers son origine hébraïque. En effet,

« la base métaphysique de la notion de personne, telle que nous la connaissons, « le passage de la notion de *persona*, homme revêtu d'un état, à la notion d'homme tout court, de personne humaine », égale en dignité parce que créature de Dieu également destinée à un salut auquel il lui appartient de collaborer volontairement, est le fruit particulier du Christianisme »⁵¹.

Saint-Augustin affirmera ainsi que « tout homme est une personne », et une personne singulière, individuelle, réelle et non fictive⁵². Mais le christianisme, pendant très longtemps, n'a posé cette dignité et cette égalité humaines que dans le domaine spirituel et moral, s'accommodant d'inégalités juridiques telles que l'esclavage, la mort civile, ou l'incapacité de la femme mariée, la bâtardise, ou encore les inégalités qui sévissaient entre hommes libres de sexe masculin dans la société d'ordres de l'ancienne France. En effet,

⁴⁵ V° Personne, loc.cit., p. 437.

⁴⁶ J.-M. Trigeaud, p. 51. V. plus en détail M. Nédoncelle, « *Prosopon* et *Persona* dans l'Antiquité classique : essai de bilan linguistique », *Revue de sciences religieuses*, 1948, pp. 277 et s.

⁴⁷ Par une association à la notion de *genius*, proche de celle d'*imago*, qui dénote « la caractéristique individuelle de chaque être humain, ce qui croît et se développe (*genius* vient de *gignere*) sous l'impulsion divine » (J.-M. Trigeaud, *ibid.*, avec ses réf.). L'auteur souligne que « ce principe vital d'opérativité », cet « acte d'être », donne par avance « l'une des composantes essentielles de la personne selon Saint Thomas ».

⁴⁸ Cf. *supra*, note 37.

⁴⁹ Cf. J. Ellul, p. 469-470, qui précise que cet individualisme, qui devient, sous l'influence stoïcienne, « une sorte de philosophie implicite de l'Empire à partir du I^{er} siècle ap. J.-C., et qui attribue à l'individu une valeur intrinsèque », n'implique pas le recours au concept de droit subjectif. Le droit est resté réaliste (il se préoccupe davantage des choses que des personnes). « Il n'y a pas d'autres notions de droit subjectif que l'*habere*. Les juristes ne décrivent pas le droit en fonction des pouvoirs juridiques de l'individu, ils définissent des statuts personnels, ce qui est totalement différent ».

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 482-483. Sur l'édit de Caracalla de 212 et son interprétation difficile, cf. *ibid.*, p. 481, et J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, pp. 528 et s.

⁵¹ M.-Th. Meulders-Klein, loc.cit., p. 437 ; A. Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, pp. 41-42.

⁵² « *Una persona id est singulis quisque homo* ». Saint-Augustin définit également l'homme-personne comme une substance individualisée de nature raisonnable, ce que reprendra Saint-Thomas dans la *Somme théologique* (« *Omne individuum rationalis naturae dicitur persona* »). Cf. J. Gaudemet, « *Persona, membrum, status* », loc.cit., p. 6 ; D. Deroussin, p. 108. Les canonistes médiévaux répugnaient d'ailleurs à qualifier les groupements de « personnes » et utilisaient à leur égard l'expression de *personne fictive*.

« Il faut attendre le XVIII^e siècle pour que dans la foulée de l'Ecole du droit naturel et des Gens⁵³, soit proclamé comme une « évidence » le principe solennel de l'égalité et de la liberté [civile et civique] de tous les hommes dans les sociétés occidentales, le XIX^e pour que soient abolies les dernières survivances de l'esclavage et de la mort civile, et le XX^e siècle, pour que soient universalisées et juridicisées les Déclarations des droits »⁵⁴.

Cette expansion progressive, cette « universalisation »⁵⁵ de la conception de la personnalité juridique de tout être humain, proclamée dès 1789 à travers l'art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme⁵⁶, s'est en effet accomplie progressivement, et parfois avec des réactions, mais inéluctablement, puisque impliquée logiquement par le concept même de personne humaine, libre et égale *par nature* en dignité et en droit avec ses semblables, les autres êtres humains⁵⁷, droits individuels que tout système juridique doit garantir sous peine d'illégitimité⁵⁸.

Si le principe d'égalité civile (entre les hommes) est posé dès 1789, puis réaffirmé dans le Code civil de 1804⁵⁹, la première abolition de l'esclavage dans les colonies (1794) ne survit pas au régime napoléonien (1802)⁶⁰, pas plus que l'abrogation (1791-1792) des discriminations civiles et civiques infligées aux libres de couleur depuis l'ancien régime, qui ne réapparaîtra, difficilement, qu'en 1830-1833⁶¹. Quant à la personnalité juridique (civile et civique) des esclaves, il faut attendre 1848 pour qu'elle soit reconnue définitivement par le droit positif français, du moins officiellement⁶². Il en va de même pour la mort civile, la perte de la personnalité juridique suite à une condamnation judiciaire, pratiquée sous l'ancien droit⁶³, conservée par la législation révolutionnaire⁶⁴ et le *Code civil des Français*⁶⁵, en attendant la lointaine abrogation définitive, cinquante ans plus tard⁶⁶. Depuis, l'esclavage a

⁵³ Sans oublier l'apport de humanisme de la Renaissance.

⁵⁴ M.-Th. Meulders-Klein, loc.cit., p. 437, et plus en détail A. Lefebvre-Teillard, op.cit., pp. 43-45.

⁵⁵ Au sens de la reconnaissance juridique de la personnalité (et de l'égalité qu'elle implique) à tous les êtres humains, aussi bien en droit national qu'international.

⁵⁶ « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

⁵⁷ La Déclaration de 1789 se contente en effet de « reconnaître », d'« exposer », et de « déclarer » des « droits naturels » humains, « inaliénables et sacrés », « imprescriptibles », et affirme que le but de toute association politique est leur conservation (art. 2). Il s'agit donc bien de droits inhérents à la nature de l'homme, attributs essentiels de l'Humanité.

⁵⁸ Tel est le sens de l'art. 16 de la Déclaration de 1789, qui prévoit que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits [de l'homme et du citoyen] n'est pas assurée.... n'a point de constitution* ».

⁵⁹ Not. à travers l'art. 8 : « Tout Français jouira des droits civils ».

⁶⁰ L'esclavage dans les colonies françaises est « maintenu » par la loi du 20 mai 1802 dans les colonies restituées à la France par le traité d'Amiens (dont la Martinique), alors qu'il est *rétabli* dans les autres colonies françaises (dont la Guadeloupe) par l'arrêté consulaire du 16 juillet suivant.

⁶¹ Sur cette question, cf. ma synthèse, « La condition des Libres de couleur aux îles du Vent (XVII^e-XIX^e siècles) : ressources et limites d'un système ségrégationniste », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français* (PUAM), n° 2, 2004, pp. 61-119.

⁶² Sur les ambiguïtés et les limites de cette reconnaissance officielle, v. not. J.-P. Sainton, « De l'état d'esclave à l'« état de citoyen ». Modalités du passage de l'esclavage à la citoyenneté aux Antilles françaises sous la Seconde République (1848-1850) », revue *Outre-Mers*, t. 90, 2003, pp. 47-82.

⁶³ Cf. D. Deroussin, pp. 99-100, renvoyant not. au *Traité de la mort civile* de F. Richer (1766), qui distingue bien la personnalité (qui disparaît) de l'humanité (qui subsiste) du mort civil, ce dernier restant, comme l'esclave, un être humain au yeux du *ius naturale*.

⁶⁴ Dans la législation contre les émigrés et les prêtres réfractaires (lois du 28 mars et du 17 septembre 1793).

⁶⁵ Art. 22 et s. du Code de 1804. La « mort civile » entraîne not. la perte de la propriété sur tous les biens du condamné, l'ouverture de sa succession, la dissolution de son mariage et l'incapacité d'en contracter un nouveau, et l'incapacité d'ester en justice sans curateur spécial (art. 25). Cf. aussi l'art. 18 du Code pénal de 1810.

⁶⁶ Loi du 31 mai 1854, abrogeant les art. 22 et s. du C. N., instaurant le système de l'interdiction légale, qui préservait la personnalité juridique mais limitait encore la capacité du condamné.

été internationalement interdit⁶⁷, criminalisé, et même érigé au rang de « crime contre l'humanité »⁶⁸, la France ayant récemment reconnu sa propre responsabilité historique à cet égard⁶⁹. Il est dorénavant clair qu'un être humain, qu'une « personne humaine », ne peut qu'être libre, non seulement par nature, mais dans tout système juridique, et par conséquent sa « personnalité juridique » doit aussi impliquer la liberté et son égalité juridique avec les autres êtres humains. C'est le triomphe de la philosophie des Lumières, de Rousseau à Kant, qui posait l'humanité et la servitude comme incompatibles⁷⁰.

Le processus sera encore plus long pour la femme mariée, pourtant reconnue (presque) l'égale de son mari dans la législation civile révolutionnaire (et les premiers projets de Code civil, qui entendent abolir la « ridicule puissance maritale »)⁷¹ : elle retombe dans l'incapacité absolue en 1804⁷², et dans le devoir d'« obéissance » à son mari⁷³, pour n'en sortir, partiellement, qu'en 1938-1942⁷⁴. La primauté juridique du mari subsistera jusqu'à la fin du XXe siècle⁷⁵.

La lenteur de cette évolution révèle bien les résistances de la conception « institutionaliste » (et traditionaliste) de la personne juridique, en tant que fonction sociale associée à la dimension patrimoniale (cf. supra, A). Les rédacteurs du Code civil de 1804, juristes chevronnés d'ancien régime et formés à la vieille école⁷⁶, en sont encore pétris, malgré la proximité historique de la Révolution, et certains discours trompeurs des Travaux préparatoires⁷⁷. Ainsi que l'indique le témoin privilégié de ceux-ci que fut le secrétaire général du Conseil d'Etat Guillaume Locré,

« La propriété est donc le sujet immédiat [des lois civiles], et par conséquent leur matière. Cette vérité est justifiée par la Code civil ; ses dispositions sont toutes consacrées à établir les règles de la propriété

⁶⁷ Art. 4 DUDH : « Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes ».

⁶⁸ Art. 212-1 C. pénal. V. sur ce thème les études de mon collègue D. Blanchet : « L'esclavage des Noirs au regard du régime répressif des crimes contre l'humanité : le cas d'une réparation pénale impossible », *Rev. de droit international et de droit comparé*, n°1, 1999, pp. 7-52 ; « L'esclavage des Noirs dans la définition juridique du crime contre l'humanité : de l'inclusion impossible à l'intégration implicite », *Rev. de la recherche juridique*, 1999-4, pp. 1173-1205.

⁶⁹ Loi Taubira du 21 mai 2001 (adoptée à l'unanimité le 10 mai), affirmant not. que la République française reconnaît que la traite négrière constitue un crime contre l'humanité (art. 1^{er}).

⁷⁰ Cf. not. E. Kant, pour lequel un individu renonçant à sa liberté « n'est plus une personne » (*Doctrine du droit*, éd. Vrin, 1979, pp. 162-163).

⁷¹ V. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Puf, 1992, p. 123. Ces premiers projets de code civil sont réunis dans le premier vol. du recueil Fenet (pp. 1^{er} s. pour celui de 1793 ici évoqué).

⁷² Cf. art. 214 et s., 1421 et s. du Code de 1804.

⁷³ Art. 213. Ce devoir d'obéissance ne sera supprimé qu'en 1938 (v. note suiv.).

⁷⁴ La loi du 18 février 1938 affirme « le plein exercice » de la capacité civile de la femme mariée (art. 215 nouv. C.c.). Cependant, cette libération juridique est fort limitée en pratique car le mari, qui reste le « chef de la famille » (art. 213 nouv.), continue à détenir seul l'administration des biens du ménage. La loi du 22 septembre 1942 confère à nouveau la « pleine capacité de droit » à l'épouse (art. 216 nouv. C.c.), réduit la portée de la notion de chef de famille, et modifie quelques dispositions du droit des régimes matrimoniaux. Mais il faudra attendre la réforme d'ensemble de 1965 pour que la capacité juridique de la femme mariée « devienne une réalité » (A. Lefebvre-Teillard, op.cit., p. 226).

⁷⁵ L'égalisation des prérogatives, des *statuts* (et donc *rôles*) juridiques du mari et de la femme est réalisée progressivement à travers la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux, du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale (qui, en abolissant la notion de chef de famille, instaure définitivement une conception égalitaire du rôle et des prérogatives parentales - art. 213 nouv.), du 11 juillet 1975 sur le divorce (qui pose le principe du choix commun du domicile conjugal - art. 215 nouv.), et du 23 décembre 1985 sur l'administration légale des biens des enfants (qui l'attribue dorénavant aux deux parents - art. 383 et 389 nouv.).

⁷⁶ Sur la domination de la conception artificialiste (la personne comme l'état-civil) dans la doctrine de l'ancien droit, cf. D. Deroussin, pp. 95 et s. (spéc. chez Domat).

⁷⁷ A. Lefebvre-Teillard, op.cit., n° 31 (« Les personnes dans le Code civil de 1804 »), p. 47 : « c'est moins la personne en elle-même, malgré l'épanouissement de la philosophie individualiste des droits de l'homme, qui est envisagée par les rédacteurs du Code civil que son statut ». Cf. plus généralement *Homo civilis*, I, not. pp. 77 et s., 104 et s.

[...]. On reconnaît facilement, à l'inspection des deuxième et troisième livres du Code, qu'ils n'ont point d'autres matières⁷⁸ ; mais il est également vrai du Livre premier qu'il n'est relatif qu'à la propriété, quoiqu'il porte pour rubrique « Des personnes ». Dans le Code [ce mot] est *synonyme d'état-civil* ; or, l'état-civil se compose des diverses capacités et incapacités des individus par rapport à la propriété. [...]. Voilà donc ce qu'est le droit civil ou privé : son objet est de régler les rapports individuels. Sa matière, la propriété »⁷⁹.

Ce n'est qu'un exemple de la prégnance de la tradition juridique romaine chez les rédacteurs et dans le Code civil, en ce qui concerne la conception de la personnalité juridique et la faveur reconnue aux détenteurs de patrimoines, aux « propriétaires »⁸⁰. Il est d'ailleurs facile de constater l'absence des « droits de la personnalité » dans la version initiale du Code, et il faudra attendre le XXe siècle pour les y voir insérés⁸¹, malgré les efforts prétoriens précoces en ce sens⁸². Dans la doctrine juridique du début du XIXe siècle, chez Toullier comme chez Demante, la personne est d'ailleurs encore nettement distinguée de l'être humain⁸³. Ainsi que le montre clairement David Deroussin, la doctrine juridique ne reçoit et ne consacre massivement la conception « universelle » et « humaniste » de la personnalité juridique qu'à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle. Marcadé prend ainsi Toullier à contre-pied et affirme qu'au contraire, « la personne, c'est l'homme, et quand un changement d'état a lieu, la personne reste toujours la même ; c'est seulement sa capacité qui est modifiée »⁸⁴. Demolombe précise à sa suite ce qui deviendra peu ou prou la version dominante de la doctrine juridique française jusqu'à nos jours :

« La personne, c'est l'homme, c'est l'individu lui-même, considéré par la loi dans ses rapports avec les autres hommes, avec la place qu'il occupe dans la cité, dans la famille ; avec ses droits et ses obligations. (...). L'état, c'est cette place elle-même, ce rôle social, cette condition juridique, cet ensemble de droits et d'obligation (...). La capacité, enfin, c'est l'aptitude légale [...] a avoir la jouissance ou l'exercice de tel ou tel droit⁸⁵.

La fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle voient en effet converger, dans une sorte d'alliance objective, des courants idéologiques fort divers mais unis autour de ce « personnalisme » triomphant. En effet, alors que la doctrine libérale « classique » (économique, politique et juridique) exacerbe l'individualisme, allant jusqu'à définir le droit comme « la science de la liberté » de l'être humain⁸⁶, le kantisme, avec son intransigeance philosophique sur la liberté et l'autonomie morale de l'individu⁸⁷, ainsi que les « personnalismes », tant ceux d'inspiration chrétienne (déjà le catholicisme social généreux

⁷⁸ Ces livres s'intitulent en effet respectivement « Des biens et des différentes modifications de la propriété » (art. 516 et s.), et « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » (art. 711 et s.)

⁷⁹ G. Locré, *Esprit du Code civil*, Paris, 1805, t. I, pp. 66-68. « Le Code n'est pas fait pour les pauvres », avait écrit en ce sens A.-J. Arnaud dans son *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Lgdj, 1973, p. 66.

⁸⁰ Cf. sur ce point J.-F. Niort, *Homo civilis*, I, spéc. pp. 167 et s., et aussi « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil », *Droit et cultures*, n° 48, 2004, pp. 77-105, ici pp. 100 et s.

⁸¹ Not. les lois de 1970 sur la protection de la vie privée (art. 9 nouv. C. c.) et de 1994 sur le respect du corps humain (art. 16 et s.). Cf. B. Teyssié, *Les personnes*, op.cit., pp. 27 et s. Le principe de dignité de la personne humaine en sera d'ailleurs extrait et constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel (cf. infra, II, B).

⁸² A. Lefebvre-Teillard, op.cit., n° 32.

⁸³ D. Deroussin, pp. 101-102, par ex. Toullier écrivant dans son traité, et dans le même sens que Locré précité, que le droit civil, qui ne connaît que les personnes, ne considère dans l'homme que « son état, que le personnage qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu... par opposition au mot *homo* ».

⁸⁴ Cité in *ibid.*, p. 111. Marcadé estime de surcroît que sa conception était celle du Code de 1804, invoquant not. l'art. 8 (mais oubliant, d'une part, les articles relatifs à la mort civile et, d'autre, part, le rétablissement de l'esclavage aux colonies en 1802 – cf. supra). V. infra, note 128.

⁸⁵ *Cours de droit civil*, t. I, Paris, 1845, n° 132, cité par D. Deroussin, p. 114, note 97.

⁸⁶ Chez le juriste Ch. Beudant et le célèbre économiste A. Jourdan not. Cf. *ibid.*, pp. 115-117 ; *Homo civilis*, II, pp. 424 et 495 not.

⁸⁷ Cf. J. Lacroix, *Le kantisme*, Puf, Qsj ; et sur l'influence sur la doctrine juridique, « Kantisme et Code civil », dans *Homo civilis*, II, pp. 640-660.

de Laménais⁸⁸, puis de Marc Sangnier, le personnalisme d'Emmanuel Mounier, le néo-thomisme de Jacques Maritain par ex., un personnalisme chrétien repris par de grands juristes du tournant des XIX^e et XX^e siècles⁸⁹, et que portera, sur la scène politique de la Quatrième république le Mouvement des Républicains populaires⁹⁰) que ceux d'obédience laïque-républicaine⁹¹ (celui de Charles Renouvier par ex.⁹², mais aussi celui des « socialistes libéraux »⁹³, solidaristes⁹⁴, ou autres sociaux-démocrates contemporains), imposent progressivement cette vision, bien relayée par la doctrine juridique⁹⁵, et qui va triompher au milieu du XX^e siècle.

Un triomphe de la personne humaine comme personne juridique d'ailleurs paradoxal, puisque survenu dans un siècle qui en a été également et parallèlement la négation (politiques d'extermination nazie, totalitarismes sanglants de tous bords), mais une négation qui en a sans doute précipité l'avènement juridique total, national (constitutionnel) et international. C'est d'ailleurs « face aux régimes qui ont tenté de d'asservir et de dégrader la personne humaine », que le Préambule de la Constitution de 1946, « proclame à nouveau que *tout être humain*, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés », avant de renvoyer à la Déclaration de 1789 (qui retrouve ainsi la juridicité positive qu'elle avait perdue depuis 1792⁹⁶, ce qui remet donc en vigueur le grand principe de son article premier), et de proclamer, « en outre », les principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps », au premier rang desquels l'égalité de la femme avec l'homme « dans tous les domaines ». La femme qui, alors qu'elle vient d'obtenir le droit de vote (1945), fait donc, et finalement, une entrée fracassante dans l'acception universelle de la personne⁹⁷, même si l'égalisation juridique réelle dans « tous les

⁸⁸ Cf. not. son fameux *De l'esclavage moderne* (1839) qui conduira à la condamnation pontificale de l'esclavage la même année par Grégoire XVI. Marcadé était d'ailleurs influencé par cette doctrine personnaliste catholique.

⁸⁹ Tel Raymond Saleilles (cf. *Homo civilis*, II, spéc. pp. 435-443).

⁹⁰ C'est cette mouvance démocrate-chrétienne qui dominer la scène juridique de la Libération et not. la tentative de révision du Code civil à partir de 1945 (cf. *Homo civilis*, II, pp. 673 et s.). Cf. not. le thème des Semaines sociales de France en 1945, *Transformation sociale et libération de la personne*.

⁹¹ Inspirant certains grands juristes, tels F. Laurent, écrivant dans ses *Principes de droit civil* (1869, I, n° 287 et 307) que « depuis 89, tous les hommes sont des personnes » (cité par D. Deroussin, p. 112).

⁹² *Manuel républicain de l'homme et du citoyen* (1848) ; *Système de morale* (1869) ; *Personnalisme*, (1902). A. Tissier s'y réfère dans le *Livre du centenaire du Code civil*, en affirmant que « le but du droit étant le respect de la personne, sa liberté, son développement, la législation doit précisément être établie en vue de garantir à chacun une égale liberté et une égale possibilité d'exercer ses droits » (cf. *Homo civilis*, II, p. 629).

⁹³ Tels A. Naquet (*Socialisme collectiviste et socialisme libéral*, Paris, 1890) et Aristide Briand, par ailleurs ardent pacifiste (Prix Nobel de la paix en 1926, auteur du Pacte Briand-Kellog de 1928) et internationaliste (animateur de la S.D.N.).

⁹⁴ Le solidariste Léon Bourgeois, par ex., (premier président (radical) du Conseil en 1895, auteur d'une doctrine social-démocrate célèbre en son temps (*Solidarité*, 1896 ; *La politique de prévoyance sociale*, Paris, 2 vol., 1914-1919), et lui aussi ardent pacifiste et internationaliste (promoteur de la S.D.N., Prix Nobel de la paix en 1920). Cf. *Homo civilis*, II, pp. 394-446 sur le solidarisme (not. juridique) en général (et au sens large), et pp. 398-401 sur L. Bourgeois en particulier.

⁹⁵ De H. Capitant, affirmant que « tous les hommes sont des personnes », cette qualité étant « inhérente à la nature humaine », à Ripert et Boulanger (dans leur *Traité de droit civil*, Lgdj, 1956, n° 831-832 : « Toute personne physique est une personne juridique »). Cf. D. Deroussin, pp. 116-117.

⁹⁶ Placée en exergue de la Constitution de 1791, elle perd en effet sa positivité juridique avec la chute du régime de la Législative, en septembre 1792.

⁹⁷ La « personne humaine » englobe dès lors clairement l'homme et la femme, alors que l'utilisation du terme d'« homme » dans la Déclaration de 1789 restait ambigu. Cf. les débats sur la réforme du statut civil de la femme mariée au sein de la Commission de révision du Code civil nommée en 1945 et présidée par L. Julliot de La Morandière, ce dernier relevant et approuvant l'évolution socio-économique conduisant à l'égalité complète des époux (*Homo civilis*, II, spéc. pp. 740). V. aussi l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, prévoyant expressément, outre le sexe, la grossesse comme motif prohibé de différence de traitement.

domaines » traînera jusqu'au début du XXI^e siècle, face aux réticences sociales, culturelles et économiques⁹⁸.

Ce triomphe de la vision « humaniste », « universaliste » et également « naturaliste » (dans le sens d'une indépendance vis-à-vis du droit objectif) de la personne humaine comme personne juridique s'exprime à travers la Déclaration universelle (ou Charte internationale) des droits de « l'homme » de 1948⁹⁹, qui non seulement reprend en l'élargissant l'article premier de la Déclaration de 1789, en affirmant que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits...* » (art. premier), mais assure que « *Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* » (art. 6), et que « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne* » (art. 3). Ces textes, dont l'esprit est également porté par l'Eglise catholique¹⁰⁰, sont en effet suffisamment explicites sur l'assimilation personne humaine-personne juridique et sur le caractère inhérent à l'humanité de cette dernière¹⁰¹.

Or, précisément, c'est sur ces bases égalitaires et universelles que la prohibition des « discriminations » ou « distinctions » entre êtres humains va se fonder¹⁰² et se développer sans cesse... Des discriminations qui n'étaient précisément *pas perçues comme telles* sous l'empire de la conception artificialiste de la personne...

II. « Personne et discrimination ».

On voit bien, dans l'histoire du droit en général et celle du droit des discriminations en particulier, comment la conception « artificialiste » permet, justifie même, beaucoup plus de « distinctions » juridiques et d'inégalités entre les êtres humains (A) que la conception « humaniste » et « universaliste » n'en tolère, en raison de sa définition même de la personne comme être libre et égal, attribut naturel des êtres humains, qui précède l'Etat et le droit objectif et prévaut sur eux (B).

A. La discrimination légitimée

⁹⁸ Malgré les directives européennes du 10 février 1975 sur l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et malgré les interdictions de discriminations posées par le Code du travail (art. L. 122-45) et le Code pénal (art. 225-1 et s.), beaucoup reste à faire en matière d'égalité socio-économique, comme le révèlent not., d'une part, les lois de 1992, 2001 et du 17 janvier 2002 réprimant le harcèlement sexuel et la discrimination qui en résulte (v. art. L.122-46 Code du travail) ; d'autre part le projet de loi tendant à faire disparaître toute discrimination entre hommes et femmes en matière salariale déposé par le gouvernement à l'assemblée nationale le 24 mars 2005 (v. l'exposé des motifs sur le site http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_egalite_HF.htm). Plus généralement, cf. la proposition de loi tendant à renforcer la répression des violences faites aux femmes déposée en novembre 2004 (v. l'exposé des motifs et les enquêtes sociales qui y sont citées, ainsi que le texte de la proposition originelle, sur <http://www.senat.fr/leg/pp104-062.html>), adoptée tout récemment par le Sénat (cf. aussi infra, note 166).

⁹⁹ Bien que reprenant le mot « homme » et non celui de « personne » dans son intitulé, ce texte lève l'ambiguïté sur le sens et la portée « sexuelle » de ce terme dès son Préambule, en indiquant que les peuples des Nations-Unies ont « *proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes...* », ainsi que dans son article premier, qui évoque les « êtres humains » (cf. supra au texte).

¹⁰⁰ Cf. not. l'encyclique *Pacem in terris* (1963) de Jean XXIII proclamant que « *tout être humain est une personne, sujet de droits et de devoirs* ».

¹⁰¹ L'art 4 interdit d'ailleurs l'esclavage en ce sens (cf. supra, note 67).

¹⁰² C'est l'objet de l'art. 2 de la présente Déclaration, conséquence immédiate du principe d'égalité posé par l'art. 1^{er}, art. 2 sur lequel on va revenir infra, II, B.

A l'époque où domine la conception artificialiste de la personne, dissociant être humain et personne juridique, et alors que la conception « universelle-égalitaire » est encore essentiellement cantonnée au domaine spirituel, même si l'humanisme renaissant puis la philosophie des Lumières en revendiquent déjà l'élargissement aux domaines civils et politiques, il n'est pas étonnant de rencontrer des discriminations justifiées et légitimées par le droit et le discours juridique, en recourant à des argumentaires aussi bien « naturalistes » que « socio-politiques ». Contentons-nous ici d'évoquer deux catégories de « personnes discriminées », comme on dirait aujourd'hui : les esclaves et les femmes mariées. Il s'agit de deux cas distincts. Dans le premier cas, c'est la personnalité juridique de l'esclave qui est niée, mais pas son humanité. Dans le second, ni l'humanité, ni la personnalité ne sont niées en théorie, mais l'incapacité juridique quasi-absolue de l'épouse, conséquence du statut social qui lui est attribué, et imposé par le système juridique, la place dans un état d'inégalité juridique manifeste avec le mari.

1. L'esclave comme non-personne

Il est important de souligner que dans ce qu'il est convenu d'appeler le « Code Noir »¹⁰³, ensemble de textes justifiant et réglementant juridiquement la condition de l'esclave dans les colonies françaises¹⁰⁴, ce n'est pas *l'humanité* de l'esclave qui lui est déniée, mais sa *liberté*. En effet, si certes l'esclave est qualifié de « meuble » à l'art. 44 de l'Edit de 1685¹⁰⁵, ce n'est qu'une conséquence de son statut juridique servile, qui ne préjuge en rien de sa « chosité » (ou de sa « réalité » au sens étymologique du terme), ou encore de son « animalité » fondamentales, c'est-à-dire de sa non-appartenance à l'espèce humaine. Ainsi, on imagine mal qu'une « chose » puisse être convertie (certes de force) au catholicisme et donc avoir une vie spirituelle¹⁰⁶, se marier et fonder une famille légitime¹⁰⁷, détenir un pécule (avec l'autorisation du maître - art. 29), être instituée légataire universel, exécuteur testamentaire de son maître, ou tuteur de ses enfants (art. 56). Ou encore acquérir, par l'affranchissement, une

¹⁰³ *Code noir, ou recueil des règlements rendus jusqu'à présent concernant le Gouvernement, l'Administration de la Justice, la Police, la Discipline et le Commerce des Nègres dans les Colonies françaises*, Paris, 1767, rééd. Basse-Terre et Fort-de-France, SHG et SHM, 1980. On n'utilise ici que le premier texte, et le plus célèbre, l'Edit du Roi touchant la police des îles de mars 1685. Une nouvelle version en fut promulguée en 1724 pour la Louisiane.

¹⁰⁴ V. l'étude célèbre et heureusement militante, mais peu juridique et insuffisamment diachronique, de L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Puf, 1987. Pour des approches plus juridiques, cf. infra, notes 110 et 118, ainsi que Ph.-J. Hesse, « Le Code noir et la définition juridique de l'esclave », dans les *Actes du colloque international pour le Tricentenaire du Code noir*, Nantes, 1985 ; J.-L. Harouel, « Le Code noir », dans *Abolition de l'esclavage, Mythes et réalités créoles*, Paris, 1998, et à cette entrée dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003.

¹⁰⁵ « Déclarons les esclaves être meubles, et comme tels entrer en la communauté, n'avoir point de suite par hypothèque, se partager également entre les cohéritiers sans préciput ni droit d'aînesse... ». V. aussi l'art. 46. Il existe cependant une exception à cette qualification juridique de meubles et à ses conséquences juridiques, car l'art. 48 interdit la saisie pour dettes des esclaves affectés aux habitations « industrielles », qui doivent être compris dans toute « saisie réelle et adjudication » de l'habitation. Cf. L. Sala-Molins, pp.186-187, et surtout E. Géraud-Llorca, « La coutume de Paris outre-mer : l'habitation antillaise sous l'Ancien Régime », *Rev. hist. droit.*, vol. 60, 1982, pp. 207-259, ici pp. 246 et s.

¹⁰⁶ « Tous les esclaves qui seront dans nos îles seront baptisés et instruits dans la religion catholique, apostolique et romaine » (art. 2). J. Carbonnier, parle à cet égard de « personnalité de droit religieux » de l'esclave. Cf. « Scolie sur le non-sujet de droit. L'esclavage sous le régime du Code civil », dans *Flexible droit*, 10^e éd., 2001, p. 251.

¹⁰⁷ Art. 10 et s. de l'Edit. L'art. 47 interdit d'ailleurs, sous peine de nullité de l'acte, que soient « saisis et vendus séparément le mari de la femme et leurs enfants impubères, s'ils sont sous la puissance du même maître ». Les véritables mariages publics étaient cependant fort rares, les maîtres souhaitant préserver leur liberté juridique...

quasi-égalité de droits¹⁰⁸ avec les libres blancs, les « sujets naturels » du royaume, sans avoir besoin de « lettres de naturalité », même pour les esclaves nés « dans les pays étrangers » :

« Octroyons aux affranchis les mêmes droits, privilèges et immunités dont jouissent les personnes nées libres ; voulons que le mérite d'une liberté acquise produise en eux, tant pour leurs personnes que pour leurs biens, les effets que le bonheur de la liberté naturelle cause à nos autres sujets »¹⁰⁹.

En réalité, c'est le schéma du droit romain qui est suivi ici¹¹⁰ : l'humanité de l'esclave n'est pas niée, c'est bien un être humain, un « *homo* »¹¹¹, mais son statut juridique¹¹² lui dénie toute liberté, et toute personnalité juridique véritable¹¹³. En conséquence, il n'est pas une « personne »¹¹⁴, et l'Edit de 1685 prend bien soin de réserver ce terme aux individus libres¹¹⁵, incluant les affranchis¹¹⁶. Ainsi, puisque la personnalité humaine n'est pas entendue comme impliquant automatiquement la reconnaissance de la personnalité juridique ; puisque la liberté et l'égalité juridique n'ont pas encore été posées (par les déclarations des droits des XVIIIe et XIXe siècles) comme un attribut essentiel de l'humanité, que tout système juridique doit reconnaître, préserver et promouvoir sous peine de perdre sa légitimité¹¹⁷, il n'est pas jugé « discriminatoire » d'infliger un tel statut à l'esclave.

D'autant plus qu'à l'argumentaire juridique se surajoute la motivation politique, l'« ordre colonial » institué par le pouvoir métropolitain, qui entend maintenir *l'ensemble* des individus vivant aux colonies dans des statuts bien définis et hiérarchiquement ordonnés, et qui régleme et légitime le statut servile à cette fin. L'esclavage reste d'ailleurs interdit (en principe) sur le sol français métropolitain¹¹⁸. Il faut néanmoins préciser deux choses : d'une part, les règles protectrices établies par le Code noir ont très souvent été écartées par les maîtres et les usages coloniaux, et la condition réelle de l'esclave était bien plus dure que ne

¹⁰⁸ Sous réserve, en effet, de la survivance d'une sorte de devoir d'*obsequium* de l'affranchi envers son ancien maître et sa famille (art. 58, qui exclut expressément, par contre, et à la différence du droit romain, les droits de l'ancien maître en tant que « patron »), et d'une plus grande sévérité dans la répression de certains délits vis-à-vis des autres personnes libres (rétenion de marron et vol de bestiaux - art. 35 et 39).

¹⁰⁹ Art. 57 et 59. L'affranchissement est déclaré « *leur tenir lieu de naissance dans nos îles* » (art. 57). Cf. sur ce thème D.-A. Mignot, « Le droit romain aux Antilles : la pratique des affranchissements », *Rev. hist. droit.*, vol. 79, 2001, pp. 347-360.

¹¹⁰ Cf. A. Pfister, *Essai sur le Code noir et la condition juridique des esclaves dans l'ancien droit français*, thèse droit, Bordeaux, 1946 ; F. Jaubert, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social* (Mélanges J. Imbert), Paris, Puf, 1989, pp. 321-331. V. aussi les études de mon collègue D.-A. Mignot, et principalement « Le droit romain et la servitude aux Antilles », *Revue du CRPLC*, éd. L'Harmattan, n° 14, 2003-2004, pp. 127-159.

¹¹¹ Cf. supra, note 37, sur la position des « Anciens » à ce sujet. L'Edit interdit d'ailleurs aux maîtres les traitements « barbares et inhumains » (art. 26), et not. la torture (art. 42). V. aussi l'art. 9, évoquant les « hommes libres » (par opposition aux non libres).

¹¹² Le préambule de l'Edit précise en ce sens que l'objet du texte est de « régler ce qui concerne *l'état* et la qualité des esclaves » dans les colonies.

¹¹³ Même si, comme en droit romain impérial, il bénéficie du droit de plainte envers l'autorité publique cas de mauvais traitement infligés par son maître, not. en cas de violation par ce dernier de son devoir de nourriture et d'habillement (art. 26), maître à qui est également interdit de mettre à mort les esclaves (art. 42-43), et de les faire travailler le dimanche et jours de fêtes (art. 6). Comp. avec J. Ellul, op.cit., pp. 479-480 ; J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, pp. 547-549.

¹¹⁴ Contrairement à ce qu'écrit A. Bertrand-Mirkovic (*La notion de personne...*, op.cit., pp. 403-404), qui ne semble pas avoir pris en compte l'évolution conceptuelle de la notion de personne au XIXe siècle, évolution qui a pourtant brouillé les pistes à cet égard (cf. supra, I, B). V. au contraire la conception de la personne chez Domat (donc au siècle où sera rédigé l'édit de 1685), conception « artificialiste » comme le rappelle D. Deroussin, loc.cit., pp. 96-97.

¹¹⁵ Même si parfois le terme redondant de « personnes libres » est utilisé (art. 10).

¹¹⁶ Les art. 58 et 59 (cité au texte) qualifient bien, en effet, les affranchis de « personnes ». V. aussi l'art. 39.

¹¹⁷ Cf. supra, I, B.

¹¹⁸ Cf. la mise au point d'A. Castaldo, « A propos du Code noir », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français*, PUAM, n°1, pp. 19-30.

le laisse penser la lecture de la législation¹¹⁹ ; d'autre part, la condition juridique des affranchis va considérablement s'aggraver au cours du XVIII^e siècle, où le critère de la race va se substituer progressivement, dans la législation et dans les mentalités, au critère de la servilité¹²⁰, et où va se créer la catégorie juridique, intermédiaire entre esclaves et libres, des « gens de couleur libres », nettement discriminés, cette fois-ci, vis-à-vis des Blancs, et constituant donc des « personnes juridiques » de rang inférieur¹²¹. Préjugé de couleur et considération d'ordre politique (la raison d'Etat coloniale) s'exprimeront alors pleinement, comme en témoigne ces mots d'un ministre de la Marine et des Colonies de Louis XV, préconisant de ne pas « détruire la différence que la nature a mise entre les Blancs et les Noirs, et que le préjugé politique a eu soin d'entretenir comme une distance à laquelle les gens de couleur et leurs descendants ne doivent jamais atteindre », le tout afin de maintenir les Noirs dans « l'état d'humiliation » qu'exige le « repos » et « la constitution des colonies »¹²².

La concomitance de cette évolution avec l'avènement du discours universaliste et humaniste des Lumières en Europe au même moment n'est pas fortuite : aux droits naturels de l'homme affirmés de façon universelle et égalitaire, le lobby colonial chercha en effet un autre type d'argumentaire que le discours juridique, devenu de plus en plus inadéquat aux nouvelles valeurs montantes, pour justifier le maintien de la discrimination : c'est alors que triomphent, à côté des arguments religieux et politiques toujours présents, les arguments physiologiques, biologiques, culturels, promis à une belle carrière intellectuelle (et politique) aux XIX^e et XX^e siècles, du médecin réputé Jean-Jacques Virey (qui se prétendait pourtant anti-esclavagiste)¹²³ à Etienne Drumont ou Charles Maurras par exemple, en passant par le comte de Gobineau¹²⁴, puis cet autre médecin vulgarisateur de renom des thèses racisantes, mais bien moins connu aujourd'hui, Louis Figuier¹²⁵. Et d'ailleurs, par un paradoxe que nous retrouverons plus loin en une autre de ces formes, c'est précisément l'universalisation et l'ancrage de la personnalité juridique dans la réalité biologique de l'humanité par la philosophie des Lumières, qui a, en même temps, pu fonder et légitimer les tentatives pseudo-scientifiques modernes de *racialisation* (et par suite, de discrimination, voire d'extermination) des êtres humains¹²⁶.

¹¹⁹ V. not. F. Chauleau, *Essai sur la condition servile à la Martinique. 1635-1848. Contribution à l'étude de l'ineffectivité juridique*, thèse droit, Paris, 1964 ; plus généralement la synthèse d'A. Gisler, *L'esclavage aux Antilles françaises (XVII^e-XIX^e siècles)*, Editions universitaires de Fribourg, 1965 (rééd. Paris, Karthala, 1981), et la somme de G. Debien, *Les esclaves aux Antilles françaises, XVII^e-XVIII^e siècles*, Basse-Terre et Fort-de-France, SHG et SHM, 1974.

¹²⁰ L'Edit de 1685 emploie ainsi 52 fois au moins le terme d'« esclave » contre trois fois seulement celui de « nègre ». Or, ce rapport va s'inverser dans la législation du XVIII^e siècle, où les termes « Noirs » et « Blancs » vont dominer.

¹²¹ V. not. Y. Debbash, *Couleur et liberté. Le jeu du critère ethnique dans un ordre juridique esclavagiste. L'affranchi dans les possessions françaises dans la Caraïbe*, Dalloz, 1967, et J.-F. Niort, « La condition des Libres de couleur aux îles du Vent (XVII^e-XIX^e siècles), loc.cit., spéc. pp. 65-76. L'un des exemples les plus significatifs de cette évolution est l'élargissement de l'*obsequium* dû par l'affranchi (ou son descendant), à partir d'un règlement des administrateurs de Saint-Domingue en 1779, « à tous les Blancs en général », sous peine d'être privé de sa liberté, qui devient donc ainsi bien précaire (cf. *ibid.*, p. 75, et Sala-Molins, *op.cit.*, p. 198).

¹²² Cf. J.-F. Niort, loc.cit., pp. 72 et 86.

¹²³ Not. dans son *Histoire naturelle du genre humain* (1801), suivie de près par le très racisant *Les égarements du négrophilisme* (1802), de Deslozières. Cf. *ibid.*, p. 88, et plus en détail Y. Bénot, *La démence coloniale sous Napoléon*, La découverte, 1992.

¹²⁴ Dans son célèbre ouvrage *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1853-1855).

¹²⁵ Dans son ouvrage *Les races humaines*, qui connaît 5 éditions entre 1872 et 1885. L. Figuier (1819-1894) fut non seulement docteur en médecine (1841), mais docteur en physique (1850), et agrégé de pharmacie et de médecine (1853).

¹²⁶ Cf. not., en ce sens, les analyses célèbres de L. Poliakov, *Le mythe aryen. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes*, Paris, Calmann-Lévy, 1971.

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, il n'en reste pas moins vrai que l'esclavage finira par être définitivement aboli (cf. supra, I, B), cette abolition servant d'ailleurs d'argument justificatif aux auteurs de la doctrine juridique défendant la conception universaliste et humaniste de la personne au XIX^e siècle, avec le soutien de la législation et de la jurisprudence sous la monarchie de Juillet¹²⁷. Conception qui finit donc par s'imposer en doctrine et en droit positif, depuis Marcadé, déjà évoqué¹²⁸, jusqu'au doyen Glasson, qui révèle, à la fin du XIX^e siècle, la victoire, non seulement dans le droit positif et dans la doctrine juridique, mais aussi dans les mentalités, de la conception universaliste de la personne, quand il écrit que

« Dans la langue vulgaire, la personne, c'est l'homme physique. Pour la science du droit, la personne devient tout être considéré comme capable d'avoir des droits et des devoirs. Tout homme physique est une personne : l'esclavage n'existe plus »¹²⁹.

Néanmoins, si tout être humain accédait en effet à la personnalité juridique, la différence sexuelle entre l'homme et la femme allait encore longtemps se traduire par une inégalité juridique, qui passait alors, non plus par l'absence de personnalité, mais par celle de capacité juridique, exprimant et légitimant à la fois, néanmoins, la discrimination infligée par le droit objectif à la femme mariée.

2. La femme comme incapable

Si l'incapacité civile de la femme ne fut abrogée qu'en 1945, cent-cinquante quatre ans après la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne d'Olympe de Gouges¹³⁰, l'incapacité civile de la femme mariée, on l'a vu, se maintiendra plus longtemps encore. On sait qu'alors que la législation révolutionnaire l'avait considérablement élevée dans sa capacité civile, le Code de 1804 opère une sévère réaction envers la femme mariée. Les rédacteurs de l'an VIII, pétris d'ancien droit et de « tradition juridique », et imprégnés de la conception classique de la personne (cf. supra, I, B), vont alors tenter de justifier l'inégalité juridique de l'épouse avec son mari de deux façons distinctes. L'argumentaire se veut d'abord « naturaliste ». Portalis, comme de nombreux autres intervenants au processus de codification, explique en ce sens, en présentant le projet de loi sur le Mariage aux députés, en mars 1803, qu'

¹²⁷ Malgré le rétablissement de l'esclavage et du « Code noir » en 1802, une loi du 24 avril 1833 désigne en effet les esclaves sous le terme de « *personnes non libres* » et l'ordonnance royale du 4 août suivant leur reconnaît un état-civil. Ce qui permettra à la Cour de cassation, dans un arrêt méconnu mais important, de qualifier les esclaves de « personnes » (humaines) (Crim., 8 février 1839, *Recueil Sirey*, 1839. 612, évoqué par J. Carbonnier, loc. cit., p. 254, et A. Bertrand-Mirkovic, op.cit., pp. 403-404), et d'aller plus loin encore en affirmant que « *même sous la législation du Code noir, les esclaves n'avaient pas perdu leur personnalité, puisqu'ils étaient baptisés, mariés et ensevelis avec les prières de l'Eglise, puisque leur personne était protégée contre les sévices, leur état constaté, et qu'ils étaient responsables devant la loi pénale de la majorité de leurs actions* ».

¹²⁸ Cf. supra, note 84. Marcadé qui est à son époque en porte-à-faux avec la réalité juridique quand il affirme que l'article 8 du Code civil consacre sa conception de la personne, alors même qu'il y constate les effets juridiques de la mort civile, et cette fois-ci sa position est encore contestable puisque le mort civil, dans le Code du même non, est tout de même plus qu'un « cadavre » ; ainsi peut-il saisir la justice et se faire représenter ses intérêts par un curateur (et non un tuteur, ce qui suppose un degré d'incapacité moins élevé – cf. en effet art. 25, al. 6 du Code de 1804). Cf. D. Deroussin, pp. 111-112. V. aussi, in *ibid.*, pp. 113-114, les positions incohérentes de Duranton, défendant la même vision que Marcadé (selon laquelle le droit positif de son époque et not. le Code ne consacrent pas la conception romaine de la personne), tout en étant bien embêté avec « l'esclavage noir aux colonies », dont il n'entend « point parler »...

¹²⁹ *Eléments de droit français*, Paris, 1884, n° 20 (cité par D. Deroussin, *ibid.*).

¹³⁰ Dont l'art. premier, anticipant de plus d'un siècle et demi le Préambule de la Constitution de 1946, affirmait déjà que « *La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droit* ».

« On a très bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun est de l'espèce¹³¹ ; ce qu'ils ont de différent est du sexe. [...]. Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. [...]. Ce ne sont point les lois, c'est la Nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes », cette nature qui « ne les a fait si différents que pour les unir ». « La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être... [...]. l'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège »¹³².

C'est donc cette différence de « nature », fondée sur le sexe, qui justifie l'incapacité de la femme mariée, une incapacité qui est d'ailleurs présentée davantage comme un mécanisme de *protection* d'un être faible, à l'instar des enfants mineurs et des prodigues¹³³. Cependant, l'argument principal des rédacteurs reste politique... En effet, à l'inverse des projets jacobins, qui invoquaient précisément la Nature et la Raison pour établir l'égalité dans le statut familial, comme dans la société républicaine, la vision socio-politique des rédacteurs du Consulat, monarchiste et hiérarchisée, ne tolère pas d'égalité absolue dans la famille, pas plus que dans la société¹³⁴ : Portalis affirme en ce sens que la société conjugale « *ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre* », mais avait déjà annoncé, dans le Discours préliminaire au projet de l'an IX, que

« Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes ». Or, « les lois civiles, qui doivent régler le gouvernement de la famille », ont posé que le mari est le chef de ce gouvernement, l'autorité maritale étant fondée sur « la nécessité de donner, dans une société de deux individus, la voix prépondérante à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué »¹³⁵.

Un demi-siècle plus tard, Troplong, faisant pourtant l'éloge de l'esprit démocratique du Code, renchérit, en apostrophant son lecteur, le renvoyant à l'exemple de la décadence impériale romaine : « Voulez-vous que la femme soit l'égale absolue du mari ? *Vous aurez l'anarchie*, et, de plus, la chute des mœurs domestiques ! »¹³⁶. A côté de son infériorité « naturelle », c'est donc aussi en effet son *statut*, son rôle social de femme mariée et de mère de famille, qui assigne à l'épouse sa soumission au mari, ainsi que son infériorité dans la gestion des biens du ménage, jusqu'en 1965¹³⁷. L'expression juridique de la personnalité humaine de la femme mariée est donc bien subordonnée à la personnalité juridique (ici sous la forme atténuée de la capacité)¹³⁸ qui lui est attribuée par le droit objectif, dans le prolongement de la *persona* romaine. La preuve que c'est bien le *statut* qui est attribué à la femme mariée par la société et le droit objectif qui prime sur le plein déploiement juridique de son humanité (vers la personnalité et la capacité juridiques totales, égales à celle de l'homme, du mari en l'occurrence), est que non seulement la femme célibataire n'a jamais été frappée d'incapacité, mais que la femme mariée peut, dans certains cas, s'émanciper de la tutelle maritale¹³⁹, ou

¹³¹ Comme les esclaves, les femmes sont donc bien des êtres humains.

¹³² Extrait du recueil Fenet (t. IX, pp. 177 et s.) reproduit dans *Naissance du Code civil...* (dir. F. Ewald), Flammarion, 1989 (2e éd., 2004), pp. 369-370.

¹³³ « *La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort* », explique encore Portalis. V. Aussi le tribun Mouricault, in *ibid.*, p. 371.

¹³⁴ J.-F. Niort, « *Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...* Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil », loc.cit., spéc. pp. 83 et s.

¹³⁵ Cité dans *Naissance Code civil*, pp. 370, 56 et 68.

¹³⁶ « De l'esprit démocratique dans le Code civil », communication à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduite dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 32, 1848, pp. 145, 148-149 (l'auteur affirme que c'est la « licence des femmes » qui a causé la perte de l'Empire). V. mon essai de synthèse, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale... Deux siècles de lectures d'un symbole national »..., RTD civ., 2005-2, pp. 257-291, ici, à propos du droit de la famille, pp. 260 et s.

¹³⁷ Et dans l'administration des biens de ses enfants mineurs jusqu'en 1985 (cf. *supra*, note 75).

¹³⁸ Mais une incapacité absolue en pratique, se rapproche grandement d'une absence de personnalité juridique en pratique (cf. en ce sens J. Carbonnier, *supra* note 11).

¹³⁹ En cas d'exercice d'une profession commerciale indépendante de celle de son mari (art. 220 du Code de 1804).

même se substituer au mari dans sa *fonction* paternelle¹⁴⁰, car lui aussi était revêtu d'une fonction imposée par le système juridique, une fonction privilégiée liée à la « force » de son sexe¹⁴¹, certes, mais avant tout *artificiellement instituée* par le système juridique (et politique), qui choisit sciemment de l'attribuer à l'homme. Le statut de la femme mariée et du mari ressortent par conséquent d'une idéologie socio-politique fondée sur la hiérarchisation au sein du couple, et qui s'impose d'ailleurs autant à l'épouse qu'au mari, qui lui aussi, était en effet sommé par le droit objectif d'assumer, et d'assumer correctement (c'est-à-dire dans l'intérêt de la société), son rôle de « chef de famille »¹⁴².

B. L'extension de la prohibition des discriminations

Avec le triomphe de la conception « humaniste » et « universaliste » de la personne, fondée sur une idée d'égalité entre les êtres humains, notamment dans la pleine jouissance de la personnalité juridique (cf. supra, I, B), la liste des distinctions prohibées, des discriminations au sens péjoratif, s'est considérablement allongée, spécialement en ce qui concerne la race et le sexe. L'article 2 de la Déclaration universelle de 1948 (entrée en vigueur en France en 1949), prévoit déjà que l'égalité de droits ne peut être légitimement rompue en invoquant la race, la couleur, le sexe, mais aussi la langue, la religion, l'opinion, l'origine nationale ou sociale, de naissance « ou toute autre situation ».

Par la suite, les « pactes », « chartes » ou « conventions » se sont multipliées en droit international et régional, appliquant et approfondissant la conception universaliste de la personne, et forçant les droits positifs nationaux à évoluer dans le sens d'une plus grande égalité entre les êtres humains. Citons d'abord les Pactes internationaux de l'ONU adoptés en 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et les droits civils et politiques d'autre part, ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (entrée en vigueur en France en 1974), qui proclame notamment le droit de « toute personne » à la vie, à la liberté et à la sûreté, au respect de sa vie privée et familiale (art. 2, 5, 8), à la liberté de conscience et de religion (art. 9), qui interdit à nouveau l'esclavage (art. 4), et garantit la jouissance de ces droits

« sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes les autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou tout autre situation » (art. 14).

A propos de l'Europe, on peut rappeler l'existence de la Déclaration du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les droits fondamentaux du 5 avril 1977¹⁴³, de la

¹⁴⁰ En cas de décès du père, par la mère survivante (mais non remariée), solution implicite à travers les art. 373, 381 et 384 du Code de 1804, qui est d'ailleurs plus généreux envers la mère naturelle (hors famille légitime), puisqu'elle peut alors exercer la puissance paternelle « en commun » avec le père naturel (art. 383). Le caractère artificiel (et donc « asexué » en principe) de la puissance paternelle est plus nettement affirmée par la loi du 2 juillet 1907, qui dispose que « *La puissance paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus est exercée par celui de leurs père et mère qui les aura reconnu le premier* » (art. 383 nouv.).

¹⁴¹ Cf. supra, les justifications de Portalis, et l'art. 373 original : « *Le père exerce seul cette autorité durant le mariage* ».

¹⁴² Cf. *Homo civilis*, I, pp. 143-144. Il faut cependant attendre la loi du 22 septembre 1942 déjà citée, pour une formulation juridique plus nette de ce principe (art. 213 : « *La mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants* »), dans le sillage de l'esprit de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités prévoyant la déchéance la puissance paternelle, reprise et étendue par la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale puis la loi du 5 juillet 1996 (art. 378 et s. C.c.). Cf. aussi art. 227-3 et 4 C. pénal sur l'abandon de famille.

¹⁴³ Soulignant « l'importance primordiale » du respect des droits fondamentaux, not. ceux formulés dans la Convention de 1950.

Déclaration des droits et libertés fondamentaux adoptée par ce même parlement en 1989¹⁴⁴, puis, finalement, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000¹⁴⁵, de même que la directive du Conseil européen du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, complétée par celle du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et qui interdit les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹⁴⁶.

Citons aussi la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, qui, prenant au mot l'expression « ou toute autre situation », a rajouté expressément aux motifs prohibés de 1948 et de 1950 la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état-civil et la condition sociale (art. 10)¹⁴⁷, ainsi que la Charte canadienne des droits et libertés (1982), qui mentionne l'âge et les déficiences mentales et physiques (art. 15)¹⁴⁸.

En droit interne français, la promotion de l'égalité de traitement, c'est-à-dire la lutte contre les « discriminations », après avoir été solennellement affirmée par le Préambule de la constitution de 1946 (cf. supra, I, B), a été consacrée positivement dans le nouveau Code pénal et le Code du travail, et plus encore à travers les loi des 16 novembre 2001, 17 janvier 2002 et du 4 mars 2002, qui ont rajouté de nouveaux motifs¹⁴⁹, jusqu'à atteindre une liste impressionnante. L'article 225-1 du Code pénal prévoit en effet, désormais, que :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

L'article L. 122-45 du Code du travail, consacrant au passage en droit français la notion de discrimination « indirecte »¹⁵⁰, protège quant à lui toute « personne » contre toute différence de traitement ou sanction

« en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme, ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail [...], en raison de son état de santé ou de son handicap ».

¹⁴⁴ Résolution du Parlement européen du 12 avril 1989 portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux (JOCE n° C.120 du 16 mai).

¹⁴⁵ JOCE n° C.364 du 18 déc. 2000. Ces textes n'ont pas force juridique obligatoire, mais la Cour de justice a indirectement la possibilité de les garantir, puisqu'elle doit assurer le respect des principes généraux du droit communautaire, dont les droits fondamentaux de la personne humaine font partie (CJCE 15 juin 1978, aff. Defrenne, 149/77 : Rec., p. 1365), ce dernier principe ayant été repris et étendu dans le traité du 7 février 1992 instituant l'Union européenne, et réaffirmé encore en 1997 (art. 6, § 1 et 2 du traité). Cf. sur tout cela B. Teyssié, *Les personnes*, op.cit., n° 22.

¹⁴⁶ J.O. n° L. 303 du 2 déc. 2000. Cf. supra, note 13.

¹⁴⁷ V. H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, Cowansville (Québec), éd. Yvon Blais, 2^e éd., 1990, pp. 953 et s. L'orientation sexuelle n'a été rajoutée à cette liste qu'en 1977.

¹⁴⁸ Rappelons que cet article, entré en vigueur en 1985, n'énumère que quelques cas de discrimination, mais de façon non limitative, permettant ainsi une extension jurisprudentielle (ibid., p. 947-948), extension qui a eu lieu en ce qui concerne « l'orientation sexuelle » en 1995 par la décision de la Cour suprême *Egan c. Canada*. V. la contribution de M. Bureau au présent ouvrage.

¹⁴⁹ Respectivement, d'une part, l'âge, le patronyme, l'état de santé et l'orientation sexuelle, et, d'autre part, les « caractéristiques génétiques » des personnes.

¹⁵⁰ Notion définie par la Directive européenne du 27 novembre 2000, art. 2.2 b (« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes... », sauf dans le cas d'un « objectif légitime »).

Plus généralement, au-delà des catégories prohibées de discriminations, c'est le grand principe de la « primauté » et de la « dignité » de la personne¹⁵¹ qui triomphe, jusqu'à atteindre la consécration constitutionnelle¹⁵², résumant à lui seul l'autre triomphe, celui de la notion « moderne » de la personne, comme individu appartenant à l'espèce humaine et de ce simple fait ayant le droit à la liberté, à l'égalité de traitement¹⁵³, et à des conditions de vie « dignes » de l'humanité¹⁵⁴, et non de l'animalité ou de la « chosité », quoique les animaux bénéficient eux aussi, de plus en plus, de garanties juridiques¹⁵⁵, sans que leur qualité de « sujet de droit » soit pour autant expressément reconnue, du moins chez ceux qui confondent cette notion avec celle de personne humaine¹⁵⁶. Promotion de la personne et de sa dignité et lutte contre les « discriminations » sont donc intimement liées, et se renforcent mutuellement, en parfaite synergie, comme l'indiquent encore ces premiers mots de l'exposé des motifs du projet de loi sur la répression des propos discriminatoires à caractère sexiste et homophobe présenté l'année dernière :

« Les comportements discriminatoires constituent dans une société démocratique des atteintes qui ne sauraient être tolérées parce qu'elles mettent directement en cause la dignité de la personne humaine dans ce qu'elle a de plus sacré »¹⁵⁷,

alors que, simultanément, était lancée la Haute autorité chargée de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité¹⁵⁸.

Or, un tel triomphe de la notion moderne de la personne aboutit à deux phénomènes, révélateurs des principales caractéristiques de cette notion aujourd'hui : l'un de *désexualisation*, l'autre de *limitation* du champ d'application de la notion de personne à une catégories d'êtres humains, dépourvus de l'entière « personnalité » humaine, et, partant, privés de personnalité juridique.

¹⁵¹ Déjà affirmé dans le Préambule de la Constitution de 1946 et la DUDH, mais positivement consacré en droit interne par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, à travers l'art. 16 nouv. du C.c. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Cf. M.-L. Pavia, « La dignité de la personne humaine », dans *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 10ed., 2004, pp. 139-156.

¹⁵² La « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » a été en effet positivement consacrée au rang des principes à valeur constitutionnelle à l'occasion de l'examen de la loi précitée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994 (D. 1995. 237, note Mathieu).

¹⁵³ Les articles du Code pénal concernant la discrimination sont d'ailleurs rangés dans la catégories « Des atteintes à la dignité de la personne » (Chap. V du Titre deux, « Des atteintes à la personne humaine » du Livre deuxième du Code, consacré aux Crimes et délits contre les personnes).

¹⁵⁴ Ainsi par exemple le fameux « lancer de nain » à l'origine de l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 oct. 1995 (D. 1996. 177, note Lebreton), ou encore les dispositions du Code pénal réprimant les conditions de travail ou d'hébergement « contraires à la dignité de la personne » (art. 225-13 et s.)

¹⁵⁵ Cf. not., dans le sillage de la loi du 10 juillet 1976, qui déclare protéger l'animal comme « être sensible », de la Déclaration universelle des droits des animaux proclamée à l'UNESCO le 15 octobre 1978, et de la loi du 6 janvier 1999 distinguant dorénavant, dans le Code civil (art. 524 et 528), les animaux des « objets » et des « corps », la répression par le Code pénal des atteintes volontaires ou non à la vie des animaux (art. R. 655-1 et 653-1), des mauvais traitements (R. 654-1), et enfin des sévices graves ou actes de cruauté (art. 521-1 et R. 511-1), ainsi que des expérimentations « sauvages » (521-2), qui sont punies de six mois d'emprisonnement.

¹⁵⁶ Cf. not. A.-M. Sohm-Bourgeois, « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », D. 1990, Chron. 33 ; Mazeaud-Chabas et Fl. Laroche-Gisserot, *Les personnes*, op.cit., n° 440 ; Ph. Malaurie, *Les personnes*, op.cit., n° 1. V. contra J.-P. Marguenaud, *L'animal en droit privé*, thèse droit Limoges, Puf, 1992, et « La personnalité juridique des animaux », D. 1998, Chron. 205 ; S. Antoine, D. 1999, Chron. 166.

¹⁵⁷ Exposé des motifs du projet de loi présenté en Conseil des ministres par D. Perben le 23 juin 2004 (consultable sur le site http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_lutte_homophobie.htm). Ce projet de loi est cependant toujours en instance devant l'Assemblée nationale...

¹⁵⁸ Projet de loi présenté par J.-L. Borloo au Conseil des ministres du 15 juillet 2004. Cette « HALDE » a été créée par la loi 2004-1486 du 30 décembre 2004.

III. La notion de personne aujourd'hui

Le phénomène d'universalisation de la personnalisation des êtres humains a en effet trouvé son point d'orgue dans la « déssexualisation » juridique de la notion de personne, et le droit de la famille actuel est emblématique à cet égard (A), mais, simultanément, il a trouvé sa limite dans le statut juridique de l'embryon, malgré les tentatives en sens contraire, cette limite révélant du même coup les contours de la notion moderne de personne (B).

A. La « déssexualisation » de la personnalité : l'exemple du droit de la famille actuel.

En effet, à travers l'égalisation juridique – ou en d'autres termes l'avènement et le déploiement du principe de « non discrimination » - entre les hommes et les femmes¹⁵⁹, et spécialement les maris et les épouses, on a assisté, c'est bien connu, à une « déssexualisation » des rôles, ou, si l'on préfère, à une « homosexualisation » des statuts au sein de la famille. Les notions asexuées de « conjoint » et de « parent », se sont presque entièrement substituées, du moins dans le langage juridique récent, à celles de « mari » et de « femme », de « père » et « mère » dans la législation familiale, témoignant d'un changement profond des mentalités familiales, et de l'avènement d'une conception plus égalitaire entre êtres humains de sexe différents, notamment depuis la réforme de 1970, remplaçant la « puissance paternelle » par « l'autorité parentale »¹⁶⁰. En cette dernière matière, les restes de discriminations entre parents mariés ou non se sont d'ailleurs éteints récemment¹⁶¹, de même qu'entre parents unis et parents séparés¹⁶², à l'occasion de la loi du 4 mars 2002, qui a encore davantage atténué la différence de statut et de traitement entre famille légitime et famille naturelle, parents mariés ou divorcés¹⁶³. En ce qui concerne le mariage, après l'égalisation des « droits et devoirs respectifs entre époux »¹⁶⁴, on peut aussi citer l'abrogation annoncée, et fort emblématique, de la différence d'âge prévue à l'article 144 du Code civil entre la fille (15 ans) et le garçon (18 ans) : la « nature » qu'invoquait Portalis, et qu'en l'occurrence, au moins dans ce cas précis, la science médicale semblait justifier jusqu'à aujourd'hui, n'a pas résisté au principe abstrait

¹⁵⁹ Cf. supra, I, B et II, B. V. aussi la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes de mars 1980, entrée en vigueur en France en 1984 (Décret du 12 mars 1984, J.O. du 20), qui fait écho au droit européen (cf. supra, note 98), tel qu'interprété et appliqué par la CJCE dès sa décision Defrenne du 15 juin 1978 (précité supra, note 145) : le droit de ne pas être discriminé selon son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, reconnus par les textes européens, et dont la Cour est tenue d'assurer le respect.

¹⁶⁰ L'égalisation s'est ensuite étendue aux parents séparés, avec même une sorte de « rééquilibrage » en faveur du père (qui en pratique était souvent discriminé à cet égard) à l'occasion des lois du 8 janvier 1993 et surtout du 4 mars 2002 (art. 373-2 et s. C. c.).

¹⁶¹ En ce qui concerne le principe, v. l'art. 372 nouv. C. c., al. 1er : « *Les pères et mères exercent en commun l'autorité parentale* », et comp. avec l'ancienne formulation, résultant de la loi du 8 janvier 1993 : « *L'autorité parentale est exercée en commun par les parents s'ils sont mariés* ». V. plus généralement l'entrée officielle du concubinage dans le Code civil, à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 (art. 515-8).

¹⁶² V. la formulation de ce principe dans l'art. 373-2 nouv., al. 1^{er} : « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ».

¹⁶³ Après les réformes opérées par les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993. L'architecture même du Code a d'ailleurs été bouleversée à l'occasion de la réforme de 2002, puisque les dispositions des art. 287 à 295, applicables aux conséquences du divorce pour les enfants, ont été abrogées et la matière a été renvoyée au (et traitée directement par le) titre IX du Livre premier du C. c., sur l'autorité parentale (art. 371 et s., et, en l'occurrence, § 2 de la section I, art. 373-2 et s., régissant l'exercice de l'autorité parentale par les « parents séparés »).

¹⁶⁴ Cf. supra, notes 74-75, dans le sillage de l'art. 16 de la DUDH, qui prévoyait déjà que l'homme et la femme « *ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

d'égalité, réfutant toute différence de traitement entre les êtres humains notamment au regard de leur sexe¹⁶⁵, et en l'occurrence, de surcroît, à la prévention des violences conjugales¹⁶⁶.

Mais le processus de « déssexualisation » des rôles et des statuts juridiques ne s'est pas arrêté là. Il s'est en effet poursuivi, et est en train de s'appliquer aux homosexuels¹⁶⁷, qui, après avoir obtenu l'insertion du cas de « l'orientation sexuelle » au rang des discriminations¹⁶⁸, ainsi qu'une protection de plus en plus poussée contre les actes d'« homophobie »¹⁶⁹, réclament maintenant, après avoir obtenu celui de s'unir juridiquement¹⁷⁰, le droit d'accéder au mariage et à l'« homoparentalité »¹⁷¹. Le tout face aux résistances « naturalistes », spécialement de la part de l'Eglise catholique, pour laquelle la « personne humaine » ne s'entend pas d'une façon aussi abstraite qu'elle pourrait s'abstraire, précisément, des déterminations sexuelles « naturelles » qui doivent nécessairement induire l'hétérogénéité conjugale, « vérité évidente pour la droite raison », et qu'on ne peut violer sous peine de menacer gravement « le bien commun de la société » et la moralité, ce qu'a rappelé il y a deux ans, au nom de l'Eglise, celui qui est devenu depuis Benoît XVI¹⁷².

Et si le droit français résiste encore sur ces deux points¹⁷³, il ne s'agit probablement que d'une question de temps¹⁷⁴, malgré la contre-attaque idéologique et politique¹⁷⁵, car ces restrictions

¹⁶⁵ Cette égalisation, si elle est définitivement adoptée, rentre d'ailleurs en contradiction avec l'art. 16 de la DUDH, qui prévoit le droit de se marier et de fonder une famille dès « l'âge nubile », disposition reprise par l'art. 12 de la CEDH (mais nuancée par la formule « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »).

¹⁶⁶ Cette disposition constitue en effet l'art. 1^{er} de la proposition de loi sur la prévention et la répression des violences au sein du couple, adoptée par le Sénat le 29 mars 2005 (<http://www.senat.fr/leg/tas04-093.html>). Cf. supra, I, B, note 98. A noter que ce relèvement à 18 ans de l'âge du mariage pour la jeune femme a été également accompli par le nouveau Code de la famille marocain (loi 70.03 promulguée le 3 février 2004, art. 19).

¹⁶⁷ Pour une perspective historique, v. Fl. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Puf, 1997.

¹⁶⁸ A travers la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 qui a modifié les art. 225-1 du Code pénal et L.122-45 du Code du travail (cf. supra, note 13 et II, B). V. aussi la directive européenne du 27 novembre 2000 précitée (note 13 et II, B), les chartes canadienne et québécoise, supra, notes 148-149, et enfin la note suiv..

¹⁶⁹ A travers les lois du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qui a créé la circonstance aggravante d'homophobie (v. art. 132-77 C. pénal) et celle du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui l'a étendu à de nouvelles infractions (comme les menaces, les vols et les extorsions). Le gouvernement, à travers le projet de loi précité supra, note 157, sur la répression des propos sexistes et homophobes, entend élargir cette répression à la diffusion de « *propos ou messages* de même nature », en rajoutant un nouvel alinéa à l'art. 24 de la loi de 1881 sur la presse.

¹⁷⁰ C'est l'effet du fameux « PACS », introduit en droit français par la loi du 15 novembre 1999, permettant l'union légale de « *deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe* » (art. 515-1 et s. C. c.). V. aussi l'art. 515-8 précité supra, ouvrant officiellement le concubinage aux couples de même sexe. Au Québec il s'agit du contrat d'union civile, institué en 2002 (art. 521.1 et s. C. c. Q.), calqué sur le droit du mariage (art. 365 et s. C. c. Q.), et qui va beaucoup plus loin que le pacte civil de solidarité, not. en matière de filiation (V. *L'union civile. Nouveaux modes de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, dir. P.-Cl. Lafond et B. Lefebvre, Cowansville (Québec), Ed. Yvon Blais, 2003, ainsi que la contribution de M. Bureau au présent ouvrage.

¹⁷¹ V. not. les arguments des « pour » et des « contre » regroupés dans le petit ouvrage collectif *Homosexuel, hétérosexuel. Le mariage en question*, dir. G. Lapointe, Ottawa et Montréal, Novalis, 2004. V. aussi *Homoparentalités. Etat des lieux*, actes du colloque de l'APGL de 1999, « Parentés et différences des sexes », dir. M. Gross, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2000.

¹⁷² Card. J. Ratzinger, *Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles*, Déclaration de la Congrégation pour la Doctrine de la foi, 3 juin 2003, pp. 1 et 6, sur le site http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/ avec toutes les réf. à la doctrine catholique officielle citées (not. la Lettre sur la pastorale à l'égard des personnes homosexuelles de Jean-Paul II du 1^{er} octobre 1986, l'Encyclique *Evangelium vitae* de 1995, ainsi que le *Cathéchisme de l'Eglise catholique*). V. en outre A. Roy, « Mariage de personnes de même sexe. Le point de vue de l'Eglise catholique », dans *Homosexuel et hétérosexuel...*, op.cit., pp. 31 et s.

¹⁷³ Cf. l'affaire du mariage prononcé à Bègles par N. Mamère le 5 juin 2004 malgré l'interdiction du procureur de la République, poursuivi en justice par ce dernier et annulé le 27 juillet suivant par le tribunal de grande

juridiques sont de plus en plus jugées « discriminatoires » par une majorité de la population peu âgée... Le Canada et l'Espagne, tout récemment, après les Pays-Bas et la Belgique, ont d'ailleurs ouvert l'accès au mariage et à l'homoparentalité des couples homosexuels¹⁷⁶.

Car encore une fois, la logique de la conception universaliste de la personne joue avec une implacable rigueur : dès lors que tout individu humain doit être libre de définir sa vie et peut exiger d'être traité sur un pied d'égalité avec ses congénères, notamment malgré son sexe ; que toute personne humaine a droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique complète ; a droit à revendiquer l'ensemble des « attributs de la personne humaine »¹⁷⁷, ce qui implique un droit de participer à tous les rôles sociaux institués par le système juridique, lui-même soumis au respect des « droits de l'homme », comment justifier durablement, en théorie du moins, une discrimination, une différence de traitement relative à certains de ces rôles sociaux (le statut de parent en l'occurrence), en raison du sexe¹⁷⁸ ? Il existe pourtant une limite à cette extension, limite elle-même révélatrice de l'acception moderne de la notion de personne.

B. La dernière limitation de la personnalisation des êtres humains : l'embryon comme être humain mais non comme « personne »¹⁷⁹.

Depuis son avènement, et poursuivant une tradition intellectuelle notamment aristotélicienne¹⁸⁰ de « l'animation » dès (plus ou moins) sa conception, l'Eglise catholique tente de faire prévaloir sa conception de l'embryon comme « personne humaine » dans le droit. Ainsi l'instruction *Donum vitae* de 1987 rappelle-t-elle encore que

instance de Bordeaux, alors que M. Mamère avait été suspendu de ses fonctions de maire pendant un mois par le ministère de l'Intérieur. La Cour d'appel de Bordeaux, suivant la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (Cass. Civ., 6 avr. 1903, ss art. 144 C. c.), a confirmé le jugement le 19 avril 2005 (lire la décision sur http://www.juritel.com/Ldj_html-1076.html).

¹⁷⁴ V. la proposition de loi « clarifiant l'accès au mariage des couples de même sexes » déposée par M. Billard, Y. Cochet et N. Mamère à l'assemblée nationale dans la foulée du mariage de Bègles, le 8 juin 2004, affirmant que « L'institution du mariage civil, telle que pratiquée aujourd'hui dans notre pays, est *discriminatoire* à l'égard des couples composés de personnes de même sexe », et proposant la solution inverse de celle de la « proposition Boutin » (cf. note suiv.), à savoir de définir le mariage, dans le Code civil, comme « *l'union célébrée par un officier d'état civil entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, ayant toutes deux dix-huit ans révolus* », et, partant, de remplacer toutes les occurrences « mari » et « femme » par « conjoints ou époux ». (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1650.asp>).

¹⁷⁵ V. not. la proposition de loi déposée not. par Mme Ch. Boutin le 29 avril 2004 et tendant à définir le mariage, dans le Code civil, comme « *l'union librement consentie d'un homme et d'une femme* » (cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1575.asp>).

¹⁷⁶ Sans l'accès à l'homoparentalité pour la Belgique. Pour le Canada, v. encore la contribution de M. Bureau au présent ouvrage.

¹⁷⁷ R. Nerson, « La protection de la personnalité », RTD civ. 1975.524.

¹⁷⁸ La réforme québécoise de 2002 a d'ailleurs abouti à souligner encore plus fortement le caractère artificiel des « personnages » et des « rôles » juridiques de « père » et de « mère » dans le C. c. Q. (art. 597 et s., règles sur l'autorité parentale), où désormais, dans le cas d'un couple de parents de même sexe féminin, « *les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant* » (art. 539.1. V. aussi art. 578.1).

¹⁷⁹ Rappelons qu'il ne s'agit en aucune façon ici de mener une étude exhaustive sur le statut juridique de l'embryon, de même que pour les femmes et les esclaves, ainsi que les autres thèmes évoqués dans le présent texte. La bibliographie indiquée sera donc succincte.

¹⁸⁰ Aristote affirmait que l'âme s'unit au corps entre le quarantième et le quatre-vingt dixième jour après la conception. V. plus généralement F. Terré, « L'embryon et la personne », dans son ouvrage *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, pp. 134-149.

« L'être humain doit être respecté et traité *comme une personne* dès sa conception, et donc, dès ce moment, on doit lui reconnaître les droits de la personne, parmi lesquels en premier lieu le droit inviolable de tout être humain innocent à la vie »¹⁸¹.

Pourtant, si elle a obtenu la « personnalisation » de l'embryon, à travers la criminalisation de l'avortement, sous l'ancien droit, en tant qu'*homicide*¹⁸², jamais n'a-t-elle obtenu pareille reconnaissance en droit civil. Déjà les jurisconsultes romains, de même que les Stoïciens, affirmaient que la vie humaine ne commence vraiment qu'à la naissance, l'âme ne se glissant dans le corps de l'embryon qu'à la première inspiration de celui-ci, devenu alors « nouveau-né ». Ainsi Ulpien explique-t-il que l'embryon n'est qu'une *portio viscerum matris*, une partie intégrante du corps de la mère, alors que Papinien va jusqu'à dire que cette « part » organique ne peut être appelée « homme » (*homine*) qu'à la naissance¹⁸³. De là la fixation du point d'acquisition de la *persona* à la naissance, l'existence physiquement indépendante de la mère¹⁸⁴. Cette solution continue à s'imposer depuis l'ancien droit jusqu'à nos jours, tant dans la doctrine majoritaire que dans le droit positif. Malgré des tentatives doctrinales et jurisprudentielles pour lui donner une portée générale¹⁸⁵, l'adage *Infans conceptus pro nato habetur*, exprimé notamment à travers les articles 725 et 906 du Code civil, ne dit pas autre chose que la vieille règle romaine de la fiction de personnalité conditionnée par la naissance¹⁸⁶. L'enfant n'acquiert définitivement la personnalité juridique qu'à la condition de naître « vivant et viable »¹⁸⁷. Il s'agit donc bien d'une limite forte posée face à l'extension de la personne véhiculée par la conception universaliste, d'autant plus qu'aujourd'hui, l'embryon est bien reconnu comme « être humain », et non pas comme une simple partie du corps de sa mère¹⁸⁸.

Par conséquent, il est faux d'affirmer que l'embryon a la personnalité juridique, puisque le droit objectif français (et romain) pose la solution contraire et que le législateur de 1994, dans

¹⁸¹ *Instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation*, Congrégation pour la doctrine de la foi, Rome, Vatican, 1987. L'expression « traité comme une personne » est néanmoins ambiguë, et renvoie à la fiction de personnalité opérée par anticipation par le droit civil à travers le principe *Infans conceptus*, mais à titre conditionnel (cf. infra).

¹⁸² Le caractère délictuel de l'avortement n'a d'ailleurs disparu que depuis 1975, et, encore, à condition que les conditions légales soient réunies. La loi du 17 janvier 1975 constitue en effet non pas un « droit à l'avortement » mais une permission légale d'interrompre la grossesse. Cf. sur les sanctions encourues art. L. 2222-2 C. santé publique (tel qu'il résulte de la loi du 4 juillet 2001, art. 14), remplaçant l'art. 223-11 C. pénal (abrogé). Cependant, au fil du temps et des lois successives concernant l'IVG (lois du 31 décembre 1979 pérennisant la permission légale de 1975 ; du 31 décembre 1982 sur le remboursement automatique par la S.S. ; loi du 27 janvier 1993 abolissant l'infraction d'auto-avortement et créant le délit d'entrave à l'IVG, et enfin la loi du 4 juillet 2001), celui-ci tend à devenir de plus en plus un véritable droit subjectif.

¹⁸³ *Digeste*, respectivement 25, 4, 1, 1 et 35, 2, 9, 1.

¹⁸⁴ Cf. A. Lefebvre-Teillard, *historique au droit des personnes et de la famille*, pp. 58-59 ; Ph. Malaurie, *Les personnes*, n° 6 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 173.

¹⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985, qui évoque l'adage comme un principe général du droit (D. 1987. 449, note G. Paire ; RTD civ. 1987, p. 309, obs. J. Mestre). V. aussi TGI Lille, 13 fév. 1998, D. 1999. 177, note X. Labbée. Cf. B. Teyssié, *Les personnes*, n° 18, qui reproduit l'arrêt de 1985.

¹⁸⁶ Cf. A. Lefebvre-Teillard, *ibid.*, et son étude spécifique « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », *Rev. hist. droit.*, 1994, pp. 499 et s.

¹⁸⁷ Cf. art. 311-4, 725 et 926 du C. c. « Le mort-né n'est pas une personne » (Ph. Malaurie, *op.cit.*, n° 5, qui rappelle que les droits civils allemand et suisse ont opté pour une solution différente sur ce point ; v. aussi par ex. B. Teyssié, *op.cit.*, n° 12 et s. ; J. Hauser et J. Casey, *Code des personnes et de la famille*, Litec, 2004-2005, ss art. 16 C. c., et G. Cornu, *infra*, note 200.

¹⁸⁸ La loi du 17 janvier 1975, art. 1^{er}, a bien reconnu l'humanité de l'embryon (« la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »), sans en faire une personne, malgré l'emploi du qualificatif « *sa vie* » lors de la reformulation de ce principe dans l'art. 16 C. c. (résultant de la loi de 1994). Cf. mes réflexions, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *Rev. de la recherche juridique*, 1998-2, pp. 459-477.

la foulée de celui de 1975, a nettement établi la distinction¹⁸⁹. On peut toujours *revendiquer* la « personnalisation », plus ou moins totale¹⁹⁰, de l'embryon, philosophiquement ou doctrinalement (soit en assimilant personne et personne juridique¹⁹¹, soit en distinguant les deux et en réservant seulement la première à l'embryon¹⁹²), ou même scientifiquement¹⁹³ ; mais il est incorrect de la présenter comme la solution posée par le droit objectif¹⁹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme vient de confirmer, l'année dernière, cette solution juridique, refusant, en l'absence de consensus dans les Etats membres, de prendre parti sur la définition juridique de l'embryon et donc de dire si le fœtus doit être considéré comme une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (protégeant le « droit à la vie »)¹⁹⁵.

Le plus piquant dans cette histoire est que ce sont le plus souvent des tenants de la conception universaliste de la personne, et spécialement des militantes féministes, qui s'opposent le plus à la reconnaissance d'une quelconque personnalité à l'embryon, de peur que, par un effet logique, la protection de son droit à la vie ne devienne telle (calquée sur celle des « personnes » humaines-juridiques), qu'il pourra conduire à la remise en cause du « droit » à l'avortement¹⁹⁶.

On aboutit au paradoxe selon lequel les déclarations de droits ou les affirmations doctrinales selon lesquelles tout être humain est une personne, ou, plus encore, une personne juridique¹⁹⁷, sont partiellement fausses, en tout cas lorsqu'elles sont appliquées à l'embryon. L'article 1^{er}

¹⁸⁹ Les travaux préparatoires ont révélé que la distinction opérée par l'art. 16 nouv. du C.c., résultant des lois dites « bioéthiques » de 1994, entre humanité et personnalité est délibérée, not. suite au rejet de l'amendement Boutin, en 1992, qui tendait à insérer dans la future loi la formule selon laquelle « dès la première étape de sa conception, l'être humain *est une personne* » (cf. *ibid.*, pp. 473 et s.).

¹⁹⁰ Ainsi a-t-on pu proposer le concept de « personne humaine potentielle » (Comité consultatif national d'éthique, dans ses avis de 1984 et de 1986) ou « de personnalité juridique conditionnelle » (G. Mémeteau, « La situation juridique de l'embryon conçu », *Gaz. Pal.* 24 avril 1993, D. 524).

¹⁹¹ X. Labbé, note sous TGI Lille, 13 février 1998, *loc.cit.*, et plus généralement *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse droit Lille, 1986, PU Lille, 1990 ; D. Fenouillet, qui affirme que la vie et l'humanité sont suffisantes pour attribuer la personnalité juridique à l'enfant conçu (« Respect et protection du corps humain, protection de la personne », *Jurisclasser civil*, (art. 16 à 16-12 C.c.), fasc. 10, 1997, p. 11). V. aussi M. Herzog-Evans, « Homme, homme juridique, et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000, pp. 66 et s., pour laquelle l'embryon « *est réellement et absolument une personne humaine* » (p. 72) et doit être par conséquent, reconnu comme personne juridique.

¹⁹² Cf. sur ce point A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne*, *op.cit.*, qui milite pour le maintien de la *summa divisio* personnes-choses mais en élargissant la notion de personne humaine au-delà de celle de personne juridique, ce qui lui permet d'y inclure l'embryon, l'esclave et le mort civil (*op.cit.*, spéc. pp. 401 et s.).

¹⁹³ Par ex. P. Kayser affirmant que « les progrès de la biologie inclinent à considérer l'embryon non seulement comme un être humain dont la vie commence, mais comme une personne » (« Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *Rev. de la recherche juridique*, 1998-2, p. 429).

¹⁹⁴ Ni le Conseil d'Etat (not. en 1990), ni le Conseil constitutionnel (à trois reprises, en 1975, 1994 et 2001), ni la Cour de cassation (en refusant, à trois reprises également, en 1999 et 2002 pour la Ch. crim., en 2001 pour l'Ass. Plénière, de qualifier d'homicide l'atteinte (non intentionnelle) à la vie de l'embryon – art. 221-6 C. pénal), ne se sont, en effet, écartés de la solution légale de 1975 réaffirmée en 1994. Et le retrait de « l'amendement Garraud » adopté en 2003 renforce encore cette position juridique.

¹⁹⁵ CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/France*, dans le sillage de son arrêt *Open door* du 29 oct. 1992. V. l'analyse de N. Fricero, *Rev. jur. pers. et famille*, n° 9, septembre 2004, p. 25 et s., qui approuve la décision en tant qu'« opportune et raisonnable », la protection juridique de la dignité humaine dès le commencement de la vie n'impliquant nullement la pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse et l'octroi de la personnalité juridique à l'embryon, qui peut bénéficier d'un statut original (de même que l'être humain protégé après sa mort).

¹⁹⁶ Ainsi le Mouvement français du Planning familial qui s'opposait très vivement à « l'amendement Garraud » au motif qu'une telle disposition législative aurait donné « *insidieusement au fœtus le statut juridique d'une personne* » (AFP, 28 nov. 2003), et alors même que le Gouvernement avait expressément écarté cette évolution juridique.

¹⁹⁷ Cf. *supra*, introduction, et encore l'art. 6 de la DUDH qui va être rappelé.

du Code civil du Québec, qui affirme en ce sens, dans son article premier, et contrairement à l'article 16 de son homologue français, que « *Tout être humain possède la personnalité juridique* »¹⁹⁸, n'a pas empêché la Cour suprême canadienne de valider l'avortement¹⁹⁹. Par conséquent, cette affirmation devient inexacte en droit objectif, à moins d'en faire une interprétation restrictive, confondant être humain, personne humaine, personne juridique, comme dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, quand elle affirme que

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité »,

ne réservant ainsi les droits proclamés qu'à l'être humain *né*²⁰⁰, et développant ses facultés intellectuelles, propres à l'humanité (raison et conscience), dans *l'action*, à travers ses rapports *sociaux*²⁰¹...

Bref, si l'embryon n'est définitivement plus une « chose », mais n'est pas non plus ni une personne juridique, ni un « être humain-personne » (au sens d'être humain né), son statut reste néanmoins obscur, spécifique, une sorte de statut *sui generis*, et même multiple, surtout si l'on y inclut le statut des embryons *in vitro*²⁰². Par conséquent, n'étant pas une « personne », il peut légitimement être discriminé, notamment au regard du droit à la vie, par le droit objectif, vis-à-vis des « personnes », de même que l'esclave et le mort civil de jadis, êtres humains mais non personnes eux aussi²⁰³... Du temps où la personnalité juridique demeurerait essentiellement *artificielle* – c'est-à-dire comme artefact destiné à ériger certains individus en acteurs de la vie juridique.

¹⁹⁸ Art. 1^{er}, dans le Livre premier, Des personnes, de même que l'art. 1^{er} de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne précitée. Le texte poursuit : « *il a la pleine jouissance des droits civils* ». Cette disposition était présente dans le Code initial de 1866 (rédigé dans un contexte idéologique ouvertement chrétien catholique), et a été reprise dans le nouveau Code civil du Québec de 1991, entré en vigueur en 1994 et intégrant d'ailleurs moult propositions doctrinales de réformes faites en France depuis le début du XXe siècle (cf. mes études, « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994 », *Revue de droit de McGill*, n° spécial sur le C.c. Q., vol. 39, 1994, pp. 845-876 ; « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits*, n° 24, 1996, pp. 135-143 ; « *Notre droit civil...* Quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », dans les actes du colloque *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?* (Mélanges J. Vanderlinden), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 173-199), mais avec un sens et une portée bien plus limitée dorénavant (cf. note suiv.).

¹⁹⁹ Affaire *Daigle c/ Tremblay* de 1989. V. Cl. Masse, « Le fœtus est-il une personne ? », *The Supreme Court Law Review*, 1990.325. La réponse est négative, et la solution canadienne et québécoise est donc la même qu'en droit civil français, de même que pour le sens à donner à l'adage *Infans conceptus* : la personnalité ne s'acquiert définitivement qu'à la condition de naître vivant et viable (v. not. F. Allard, « L'existence de la personne physique », dans *Personnes, familles, successions*, Barreau du Québec, Cowansville (Québec), éd. Yvon Blais, 2004-2005, p. 31).

²⁰⁰ V. en ce sens G. Cornu, *Introduction, les personnes, les biens*, op.cit., n° 458 et s. et not. : « la personnalité juridique est un *don de naissance* ».

²⁰¹ V. dans le sens de cette acception restrictive de « l'humanité », J.-M. Laxalt, président de la MGEN (qui rembourse l'IVG depuis 1975), à propos de la loi de 1975 : « *une loi humaniste confiante en la responsabilité et en la dignité de l'humain* », rappelant ensuite que « *mutualistes, nous avons la passion de l'humain, l'ambition de sa pleine reconnaissance dans la société. Au-delà de tout, prime la finalité humaine* » (*Les cahiers MGEN*, n° 237, mai-juin 2005, p. II), comme si l'embryon n'était pas autant « humain » que sa mère...

²⁰² Cf. not. Cl. Neyrinck, « L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable », *D.* 2003, Chron.84 ; et mon collègue P. Egea : Commentaire de la loi n° 2000-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *Rev. jur. pers. et famille*, n° 9, septembre 2004, pp. 6 et s., ainsi que, avec Fl. Béllivier, « Personne humaine. Les chemins de la liberté (petite leçon de bio-politique) », *D.* 2004, Chron. 647. V. également sa contribution au présent ouvrage.

²⁰³ C'est précisément le parallèle que tracent les promoteurs de la personnalisation de l'embryon du fait de son humanité, en dénonçant la renaissance d'une « sous-catégorie d'êtres humains, ressuscitant ainsi une forme inédite d'esclavage » (B. Edelman, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, Chron. 205), ou le retour de la mort civile (A. Terrasson de Fougères, « La résurrection de la mort civile », *RTD civ.* 1997.893), critiques reprises not. par M. Herzog-Evans, loc.cit., pp. 69-73.

Or, c'est à partir de la spécificité de cette dernière limitation à l'universalisation de la personnalité juridique, et en gardant en mémoire les autres développements du présent texte, que l'on peut tenter, *in fine*, quelques réflexions théoriques concernant la notion actuelle de personne (et ses liens avec celle de discrimination).

Conclusion (et « ouverture théorique »).

Arrivé au terme de ce bref survol historique et théorique destiné, d'une part, à mettre en lumière les deux grandes conceptions de la personne, et d'autre part, à souligner à quel point la notion de personne est intimement et dialectiquement liée à celle de discrimination, on peut en effet tenter de broser à grands traits les caractéristiques fondamentales de la notion de personne et plus particulièrement de personne juridique aujourd'hui. Car ces deux notions entretiennent toujours des rapports ambigus et également intimes, car avant d'avoir des différences, elles présentent des convergences étonnantes.

On peut rappeler tout d'abord ceci : que ce soit dans sa dimension étymologique (masque de théâtre) ou moderne (tout être humain), la « personne » est avant tout un *individu*, un membre de l'espèce humaine, même si c'est un « acteur » qui se cache derrière un masque, jouant ainsi un « personnage »²⁰⁴. Et précisément, cette acception de la personne implique l'existence d'un individu qui dispose d'une certaine *autonomie physique* et qui *s'exprime*, qui s'exprime *socialement* (la personnalité juridique en tant qu'acteur de la vie juridique suppose une vie sociale), et par la *voix* (le masque de théâtre non seulement laissait passer, mais amplifiait la voix de l'acteur : *personare*), deux caractéristiques dont est dépourvu l'embryon, malgré son appartenance à l'espèce humaine, et qui peuvent expliquer, en théorie, que l'on puisse hésiter à lui reconnaître non seulement la *personnalité* juridique, mais la *personnalité* humaine également, sous réserve d'attributions anticipées de droits à titre exceptionnel (en vertu de la règle *infans conceptus*). Ainsi, la solution juridique, à la fois traditionnelle et actuelle, de l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant né, vivant, et viable (le signe de ces qualités étant d'ailleurs souvent, en pratique, pour les parents et pour les médecins, le cri poussé par le nouveau-né « donnant de la voix », comme dans les anciennes coutumes européennes²⁰⁵), révèle sa cohérence théorique avec les *deux* conceptions de la personne, tant par l'inspiration primordiale du bébé que par son expression vocale. De plus, si l'embryon n'est toujours pas considéré comme une personne par le droit, c'est peut-être aussi parce que la notion de personne a pris aujourd'hui, notamment sous l'influence kantienne, un sens philosophique si substantiel – et en même temps si abstrait et idéalisé²⁰⁶ – qu'il devient encore plus difficile d'attribuer cette qualité à l'embryon²⁰⁷. Par conséquent, et quoi qu'il en soit, dès lors qu'il n'est pas une « personne », l'embryon n'est donc pas « discriminé » quand le droit objectif lui réserve une protection moindre que s'il en était une, et ceci même au prix de sa vie....

Paradoxalement, de son côté, la notion de « personne morale », même si elle est totalement artificielle, est moins éloignée des deux caractéristiques dont est dépourvu l'embryon, car elle

²⁰⁴ Cf. supra, I, A et B *in limine*.

²⁰⁵ De l'ouest et du nord de la France, mais aussi d'Angleterre, de Scandinavie ou d'Allemagne, attachant le caractère vivant et viable du nouveau-né à ses cris (A. Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 59-60).

²⁰⁶ V. en ce sens M.-Th. Meulders-Klein, V° personne, *loc.cit.*, sens n° 1 : « L'être humain individualisé, conçu comme ayant une existence propre, et caractérisé essentiellement par son unicité (individualité), son intériorité (conscience de soi), sa rationalité (faculté de raisonnement) et son autonomie (volonté libre et faculté de se donner des normes) ».

²⁰⁷ Même si les critères de l'individualité et de l'intériorité semblent pouvoir être reconnus à l'embryon, dans une certaine mesure, à l'aune des derniers progrès de l'embryologie (cf. supra, note 193).

a été conçue à l'image de la personne humaine, disposant d'une autonomie individuelle (fictive mais bien réelle sur la scène juridique, avec le nom, le patrimoine), d'une identité personnelle cultivée, d'une protection contre les discriminations, et même d'une responsabilité pénale, ainsi que l'a consacré notre nouveau Code pénal²⁰⁸, ce qui constitue une promotion remarquable de sa « personnalité », et témoigne aussi de l'intensité anthropomorphique de sa conception, mais nous rappelle, en retour, combien est fictionnelle la notion de personne juridique.

D'ailleurs, si la *persona*, tant au sens artistique du personnage jouant un rôle, qu'au sens juridique d'un être humain jouant un rôle déterminé par le système juridique (le rôle de conjoint, ou de parent par exemple), est soumise à un champ de possibles moins large (car il est plus précisément réglementé par l'auteur et le metteur en scène de ces personnages juridiques qu'est le droit objectif) que celui de la « personne humaine », au champ de liberté et de créativité potentiellement infini (sous réserve du respect du droit d'autrui) depuis l'avènement des « droits de l'homme » (liberté d'expression, d'opinion, etc...), le champ des possibles juridiques des personnes juridiques a toutefois eu tendance à s'ouvrir considérablement depuis l'avènement et le triomphe de la conception moderne de la personne, entraînant non seulement l'égalisation et la déssexualisation des rôles socio-juridiques déjà évoquée, mais aussi la multiplication des cas d'expression libre et juridiquement effective des choix individuels (multiplication des cas de divorce en 1975, et au sein de ceux-ci assouplissement progressif de la procédure de divorce par consentement mutuel jusqu'à la récente réforme du 26 mai 2004 ; détermination libre des modalités d'attribution de la garde des enfants entre parents séparés dans la réforme de mars 2002, etc...). Cette dernière évolution aboutit à un autre paradoxe : la conception moderne de la personne, construite sur l'équation être humain = personne, et consistant donc à universaliser la personne (et par conséquent la personne juridique) dans la nature biologique (l'espèce humaine) a finalement conduit à *revenir à l'abstraction*, par l'avènement d'une vision abstraite de l'être humain, indépendante de son sexe, de sa race, etc, même dans les rôles sociaux traditionnels... Ainsi, la dimension artificielle - et donc culturelle²⁰⁹ - de la notion de personne et plus encore de personne juridique apparaît encore comme dominante, tant à travers la distinction traditionnelle de ces rôles qu'à travers leur uniformisation actuelle. C'est donc avant tout à des *déterminations culturelles* qu'il faudra également ramener, en dernière analyse, les « discriminations » prohibées ou admises par le système juridique, au fur et à mesure, comme dirait Portalis, de l'évolution des mœurs²¹⁰.

On ne peut donc que constater que si la notion d'être humain peut être revêtue d'une certaine consistance et constance scientifique, objective, « positive » (au sens comtien), il n'en va pas de même pour celle de personne, qui reste, à titre principal, et de plus en plus, abstraite, artificielle, et culturelle, du moins tant que le système juridique attribuera cette qualité (et donc la vie juridique) à des entités fictives représentant des groupements d'humains et de biens, et la refusera à l'être humain individuel qu'est l'embryon.

Le Gosier, Guadeloupe, le 1^{er} juillet 2005

²⁰⁸ Art. 225-1 al. 2 et 121-2. C. pénal.

²⁰⁹ M.-Th. Meulders-Klein, loc.cit., p. 436-437 (cf. supra, I, B), renvoyant à M. Mauss, D. de Rougemont, L. Dumont, etc...

²¹⁰ « On croit que ce sont les lois qui gouvernent, et partout ce sont les mœurs », affirmait-il devant les députés lors de la présentation du Concordat et des Articles organiques, en 1802, dans son fameux *Discours sur l'organisation des cultes* (cité not. par J.-L. Chartier, *Portalis, père du Code civil*, Fayard, 2004, pp. 264-265).