De la personne en droit

Corps en mutation, identité en construction

Stéphanie MAUCLAIR

Université d'Orléans

DOI : https ://doi.org/10.17184/eac.8565

Résumé : En droit, le corps et la personne sont indissociablement liés. L'un ne va pas sans l'autre et c'est de la naissance de l'une (la personne) que vient la protection de l'autre (le corps). Dans un chapitre 2 du code civil intitulé « Du respect du corps humain », l'article 16 pose en principe : « 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. » et l'article 16-1 poursuit : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Ainsi, la protection du corps de la personne est consacrée avec force, de sorte que la volonté de la personne, elle-même, ne saurait être toute puissante. C'est le sens d'un principe essentiel qui est celui de l'indisponibilité du corps humain. Il signifie que la personne ne peut pas disposer de son propre corps et ne peut donc y porter atteinte. Or, ce principe interroge aujourd'hui. Déjà, parce qu'en droit comme dans d'autres domaines, la notion même de corps n'est pas définie. Ensuite, parce que l'essence même du principe semble être aujourd'hui remise en cause. L'un des justificatifs de ce principe est la nécessité pour l'Etat de connaitre et de reconnaitre la personne. Pour des raisons d'ordre public, on ne peut modifier son apparence : corps, personne et identité sont intimement liés. Ainsi, de l'utilité du corps pour le droit dépend en quelque sorte la manière dont l'individu peut se l'approprier. Pour autant, la représentation du corps est le fruit d'une élaboration sociale et culturelle et connait de ce fait des mutations. Si, en théorie, ou en droit, la personne ne peut apporter des modifications à son corps, en pratique, la personne va changer, son corps va évoluer. Changer d'apparence, changer de sexe, changer de comportement, si ces mutations existent depuis longtemps, les revendications sociales plus fortes poussent le droit à réagir. Ainsi, les réformes des législations nationales et internationales montrent que le juriste comme le législateur ne se désintéressent plus de ces questions (rectification de la mention du sexe, PMA pour toutes, parentalité, genre…) de sorte qu'indiscutablement la question de la non disposition de corps par la personne se pose. En poussant la réflexion plus loin, il est permis de se demander si le corps demeurera toujours un élément d'identification de la personne. La réflexion posée plus haut se retrouve alors ici qu'est-ce que le corps, appartient-il à la personne et comment est-il vu et consacré par la Loi ?

Mots-clés : corps ; identité ; indisponibilité

La place attribuée au corps en droit est intimement liée à celle que l'on donne à la personne. Ainsi, corps et personne forment un tout et c'est de la naissance de l'une (la personne) que vient la protection de l'autre (le corps). Dans un chapitre 2 du code civil intitulé « Du respect du corps humain », l'article 16 pose en principe : « 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. » et l'article 16-1 de poursuivre : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Ainsi, la protection du corps est consacrée avec force, de sorte que la volonté de la personne, elle-même, ne saurait être toute puissante. C'est le sens d'un principe essentiel qui est celui de l'indisponibilité du corps humain. Il signifie que l'on ne peut pas disposer de son propre corps et ne peut donc y porter atteinte. Or, ce principe interroge aujourd'hui. Déjà, parce qu'en droit, la notion même de corps n'est pas définie. Ensuite, parce que l'essence même du principe semble être aujourd'hui remise en cause. L'un de ces justificatifs est la nécessité pour l'État de connaitre et de reconnaitre la personne : de l'identifier. Pour des raisons d'ordre public la personne doit pouvoir être identifiée de manière fiable, on ne peut modifier son apparence : corps, personne et identité sont liés. Pour autant, l'identité n'est pas désincarnée. Elle ne correspond pas uniquement à ce qui est dit pour la personne, mais aussi à ce que la personne veut dire d'elle-même. Paul Ricoeur avait déjà mis en lumière ces deux formes d'identité en discutant des relations entretenues entre l'identité-mêmeté, qui sert à individualiser la personne tout en la maintenant dans un socle humain commun, et l'identité-ipséité, celle qui se construit par le vécu et le récit, celle qui relève de l'intime et peut évoluer puisqu'elle provient de l'« interprétation de soi » (Ricoeur, 1988, 295). « La première, quasiment réductible à l'identité civile, correspond exactement à ce que l'État entend par identité, celle qui relève de l'intime suppose l'autopoïèse puisque cette dernière doit se régénérer face aux modifications demandées par l'individu » (Tharaud, 2020). En définitive, de l'utilité du corps pour le droit dépend de la manière dont l'individu peut se l'approprier. Or, la représentation du corps est le fruit d'une élaboration sociale et culturelle et connait de ce fait des mutations. « La notion d'identité n'est pas limitée aux caractéristiques biologiques ou physiques d'une personne au sens anthropométrique du terme, mais recouvre également la notion de personnalité à travers la dimension psychologique et sociale d'une personne. Une identité, c'est aussi la possibilité d'exprimer des émotions, des points de vue, c'est-à-dire une réalité sociale car la personnalité est une composante de l'identité ». (Benssoussan, 2016, 2). Si, en droit, la personne ne peut apporter des modifications à son corps, en pratique, la personne va changer, son corps va évoluer. Changer d'apparence, changer de sexe, changer de comportement, si ces mutations existent depuis longtemps, les revendications sociales plus fortes poussent le droit à réagir. Ainsi, les réformes, les décisions de justice révèlent que le droit ne se désintéresse plus de ces questions (rectification de la mention du sexe, PMA pour toutes, parentalité, genre…) de sorte qu'indiscutablement la question de la non-disposition du corps par la personne se pose. En poussant la réflexion plus loin, il est permis de se demander si le corps demeurera toujours un élément d'identification de la personne. Le corps et l'identité semblent en apparence un couple solide (I)), pourtant l'instabilité du premier remet en question l'indéfectibilité de leur lien (II)

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

1 Corps et identité : un couple inébranlable ?

Identité pour autrui et identité pour soi. La relation entre corps et identité est une évidence. Derrière le corps se trouve la personne, celle dont on cherche à affirmer l'identité. Au travers de la notion de personne, ce que l'on cherche à saisir c'est la projection publique de celle-ci[1]. S'agissant de l'identité, le droit ne s'intéresse pas à la vie intérieure, à l'âme ou à l'esprit, il cherche à connaitre la personne dans son existence sociale et à travers son enveloppe corporelle. De cette perception du corps, en lien étroit avec la personne et l'identité, nait un principe essentiel d'indisponibilité du corps humain (A). Néanmoins, il est indéniable, aujourd'hui, que ce principe est mis à mal, de sorte que l'identité, d'abord, pour autrui bascule vers l'identité pour soi, les revendications personnelles sur le corps se multipliant (B).

1.1 De l'indisponibilité du corps humain : la fixité de l'identité

De l'identité pour autrui. « L'individu en tant que personne juridique est doté dès sa naissance d'une identité officielle ou civile » (Loiseau, 2015, 26), par l'effet de la loi. Les éléments qui composent son identité se retrouvent alors dans des documents officiels comme la carte d'identité ou le passeport, pour les plus connus, ou dans les actes d'état civil. Dès lors, un premier constat peut être fait, l'identité n'est pas choisie, elle n'est pas construite par l'individu, puisqu'en fait elle lui est assignée. On assigne ainsi dès la naissance un sexe à l'enfant, en retenant deux possibilités : homme ou femme qui sont déterminés par des conditions médicales en fonction des organes de l'enfant. Puis, on lui donne un nom qui, une fois encore, n'est pas choisi, mais est, en principe, le fruit de règles de droit qui imposent que le nom soit celui du père, celui de la mère ou les deux accolés[2]. Même le prénom, bien que choisi par les parents, ne l'est pas librement. Il subit lui aussi la contrainte de la règle de droit. Le prénom ne doit pas nuire à l'enfant, de sorte que le choix fait par les parents peut leur être refusé. (Pour une illustration remarquée sur le prénom Titeuf : Cass. 1re civ., 2012, n° 10-27.512). Tous ces éléments font partie de l'état des personnes l'article 57 du Code civil dispose : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

De l'indisponibilité. L'état des personnes est une expression juridique qui désigne les éléments permettant d'individualiser une personne, de la reconnaitre par rapport aux autres, comme le fait l'identité. On y retrouve la date de naissance, le nom, le prénom, le sexe, le domicile, le lien de filiation, etc. Il connait alors un rôle essentiel, à la fois au

[1] Le terme de personne vient du latin *persona* qui désignait le masque de l'acteur. Puis il a signifié le personnage ou le rôle. « Personne » et ses dérivés en proviennent. D'une façon très générale, la persona est le masque que tout individu porte pour répondre aux exigences de la vie en société.

[2] Le législateur a aussi mis en place des outils lorsque des personnes étrangères ne disposent pas d'un nom de famille (D. 20 juill. 1808 qui obligeait les personnes israélites à choisir un nom ; ord. 31 janv. 1961 fixant les conditions dans lesquelles les citoyens français de statut civil local originaires de certaines communes d'Algérie pouvaient se voir attribuer un nom de famille).

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

regard de l'intérêt général (puisqu'il permet une identification simple et sûre d'autrui) et au regard du sujet lui-même (Sarcelet, 2012, 9).

Eu égard à l'importance qui lui est reconnue, l'état des personnes est régi par les principes d'indisponibilité et d'immutabilité. L'indisponibilité, d'une part, signifie qu'un individu ne peut disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique, ni un tiers pour lui. L'immutabilité, d'autre part, implique que l'état de la personne est figé définitivement, qu'il ne peut faire l'objet de modifications. En application de ces principes, le mariage n'emporte pas modification du nom de famille car le nom choisi à cette occasion, par la femme ou le mari, n'est qu'un simple nom d'usage (art. 225-1 C. civ). Par ailleurs, la Cour de cassation a consacré le principe d'indisponibilité de l'état des personnes à l'occasion d'une affaire dans laquelle se posait la question de la reconnaissance d'une convention de maternité de substitution opérée à l'étranger (Cass., AP., 1991, n° 90-20105). En l'occurrence, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a été convoqué par la Cour pour rappeler que l'on ne peut disposer soi-même de sa filiation. Le lien de filiation notamment maternelle pour être reconnu dépend de principes juridiques, tels que la reconnaissance de la qualité de mère attribuée à celle qui accouche, qui entre en contradiction avec la maternité pour autrui, où il s'agirait de dénier la maternité à celle qui accouche pour la donner à la mère d'intention. Rapportés au corps de l'individu, ces principes posent la question du sexe. Ils s'opposent, en principe, à toute évolution du sexe une fois ce dernier inscrit sur l'acte de naissance, de même qu'ils reviennent à considérer que l'on ne peut naitre et être qu'homme ou femme. La volonté serait dès lors impuissante dans la détermination du sexe de l'individu qui est ici un état, une vérité scientifique intangible, un élément fixé à la naissance. Le Doyen Carbonnier qualifiait ainsi le sexe, la date et le lieu de naissance de « réalités historiques qui résistent à toute manipulation ultérieure » (Carbonnier, 2000, n° 78, 140). Le principe d'indisponibilité s'attache également au corps de la personne. Ainsi, dans l'affaire précitée, la Cour de cassation a retenu que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Pour autant, ces principes attachés à l'état et au corps des personnes ne sont pas sans exception : un individu peut, en effet, changer de situation matrimoniale, de nom, de sexe, de nationalité à condition que ce changement se fasse dans les conditions prévues par la loi, et non du fait de sa seule volonté.

De la fixité. L'identité, pour des raisons d'ordre public, trouve ces caractères au nom de la fonction qui lui est attribuée. Elle doit permettre la reconnaissance des individus à l'aide de critères fiables, ce qui requiert la fixité et la stabilité. Dès 1858, la Cour de cassation indiquait en ce sens que « la constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social ; qu'il importe, en effet, pas moins qu'à la bonne police de l'État qu'aux intérêts privés et de famille, qu'en ce point, toutes les situations soient nettement fixées et clairement définies » (Cass. 1858, D.P. 1858, 1 : 247). En 1977, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'un intérêt public s'attachait à ce que tout individu vivant en France, même étranger, ait un état civil (CA, Paris, 1977). Au niveau international, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que des restrictions légales aux possibilités de changements des noms et prénoms d'un

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

individu peuvent se justifier dans l'intérêt public, par exemple afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné (CEDH, Golemanova c.Bulgarie, 2011 39, et CEDH, Henry Kismoun c.France 2013 , 31). L'État donne à la personne son image juridique et la classe dans une catégorie de sujets dont elle ne saurait s'extraire. (Lemouland, 2002, 631). L'identité se trouve alors hors d'atteinte des volontés individuelles » (Beignier et Binet, 2021 n° 182).

1.2 De la disponibilité du corps humain : le bouleversement de l'identité

De l'identité pour soi. L'identité connait au moins deux versants, celui que l'on projette pour les autres, qui sert à nous identifier en droit et celui que l'on ressent, auquel on aspire. L'identité subjective serait alors un fait de conscience éprouvé par l'individu lui-même. Dans cette identité pour soi, l'individu définit sa propre identité. Il y a ici une résurgence de la volonté, une véritable construction identitaire qui est en jeu. Il ne s'agit plus là de subir l'identité telle qu'on nous l'a assignée, mais d'être créateur de sa propre identité. Ce faisant, ces revendications identitaires entrent en contradiction avec les principes précédemment cités qui protègent le corps humain comme l'état des personnes. Le corps qui fonde en partie son identité n'appartient pas à la personne, principe de non-patrimonialité. Puisque la personne n'est pas propriétaire de son corps, elle ne peut exercer les attributs de la propriété sur celui-ci (*usus, fructus* et *abusus*) (article 16-1 du Code civil). Ainsi, elle ne peut vendre les éléments de son corps (à l'exception des dents, des cheveux et des poils, Décret n° 95-904 du 4 août 1995 relatif aux produits du corps humain non soumis aux dispositions du titre Ier du livre VI du code de la santé publique, Art. 1er), ni le louer (interdiction de la gestation pour autrui, parfois vue comme la location du ventre de la femme).

De la reconnaissance d'un droit à l'identité. L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales protège le droit au respect de la vie privée des individus ce qui comprend « un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel »(CEDH, 2001, Bensaïd c. Royaume-Uni voir également, Van Kück c. Allemagne, 2003, n° 35968/97, 69 ; Schlumpf c. Suisse, 2009, 77). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « l'établissement des détails de son identité d'être humain » contribue à cet épanouissement (CEDH, 2002, Mikulić c. Croatie). La Cour rappelle également que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 de la Convention » (CEDH, 2002, Pretty c. Royaume-Uni, 61), ce qui l'a conduite à reconnaitre, dans le contexte de l'application de cette disposition à la situation des personnes transsexuelles, qu'elle comporte un droit à l'autodétermination (Van Kück, 69, précité, et Schlumpf, 100, précité), dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels (Van Kück, précité, 73). Si la cour admet que des restrictions soient apportées par l'État, il importe que celui-ci assure un juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt privé. À cet égard, en ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit le droit à l'identité sexuelle, domaine dans lequel les États contractants jouissent d'une

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

marge d'appréciation restreinte (CEDH, Hämäläinen c.Finlande, 2014 : 67, CEDH, Garçon et Nicot c. France, 2017 : 123).

Le contenu du droit à l'identité est ainsi largement compris, d'autant que la Cour européenne n'en a pas donné de définition. Il implique le droit de connaitre son ascendance, il en résulte que l'incertitude entretenue sur l'identité de son géniteur s'analyse en une incertitude quant à son identité personnelle, susceptible d'emporter la violation de l'article 8. L'identité sexuelle ou l'identité de genre est protégée, non seulement en tant qu'élément relevant de l'intimité de la vie privée, qui n'a donc pas à être divulgué, mais aussi comme un aspect de l'identité personnelle qui doit être reconnue et protégée en tant que telle. De même, la réputation d'une personne – son intégrité physique et morale – est protégée parce qu'elle fait partie de son identité personnelle (CEDH, 2002, Christine Goodwin c. Royaume-Uni et S.V. c. Italie 2018).

De la construction de l'identité. Fort de ce droit à l'identité, l'individu se trouverait en position de revendiquer la possibilité de faire évoluer librement son identité et donc d'apporter des modifications à son corps sans que la règle de droit ne puisse intervenir. L'individu revendique alors de choisir les éléments de son identité juridique pour les mettre en adéquation avec son identité véritablement vécue ou ressentie. C'est l'idée de l'identité comme élément d'épanouissement personnel qui se retrouve ici. « Les composantes de l'identité s'émancipent alors de la mainmise de l'État, l'individu recouvrant au moins pour certaines composantes la liberté de définir ses propres caractéristiques identitaires » (Siffrein-Blanc, 2016, 435). Concrètement, qu'en est-il ? À l'égard du corps, objet de notre étude, les revendications portent majoritairement sur le sexe de l'individu. En l'absence de disposition législative, intervenue en 2016, c'est à la jurisprudence et plus précisément à quatre arrêts de la Cour de cassation en date du 7 mars 2012 et du 13 février 2013 que l'on doit d'avoir posé les conditions que devaient réunir une personne pour changer la mention de son sexe sur les registres de l'état civil (Cass. 1ère civ., 2013, n° 12-11 949 et 11-14515). Ces arrêts posent le principe suivant : « Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence. » Ainsi deux conditions s'imposaient, d'une part, le diagnostic du transsexualisme et, d'autre part, l'irréversibilité de la transformation de l'apparence physique. Seulement, la jurisprudence fut très, voire trop, fluctuante d'une juridiction à l'autre. En effet, certains tribunaux ordonnaient systématiquement une ou plusieurs expertises (médicales, psychologiques) tandis que d'autres se contentaient de la remise d'attestations fournies par des médecins. Dès lors, « la situation des personnes transidentitaires se caractérise par une grande inégalité en fonction des juridictions où sont déposées les requêtes et partant, par une grande insécurité. » (CNCDH, 2013, spéc. n° 18). La notion d'irréversibilité apparaissait ainsi comme un élément permettant de justifier la dérogation au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Or, c'est justement cette notion d'irréversibilité, mal définie et difficile à prouver, qui entraina de manière très fréquente une demande d'expertise médicale (Corpart, 2012 et Reigné, 2012). En 2016, le législateur est intervenu (Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXIe siècle). Dorénavant, toute personne majeure ou

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et est connue peut en obtenir la transformation. Elle peut, à ce titre, établir par tous les moyens qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ou qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. Ainsi, bien qu'un contrôle demeure de la part de l'État pour permettre la modification du sexe sur les registres de l'état civil, ce contrôle est particulièrement amoindri. Nul besoin d'une modification irréversible - le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut pas motiver le refus de faire droit à sa demande (C. civ. art. 61-6, al. 3) -, c'est bien ici la reconnaissance du sexe social qui est en cause et non plus uniquement du sexe biologique. Après la question de la rectification, c'est celle de l'assignation qui se pose aujourd'hui. La loi est claire sur ce point, seuls deux sexes sont reconnus : féminin et masculin. En 2017, la Cour de cassation a eu à traiter de la question de savoir si un troisième sexe pouvait être reconnu (Cass. 1ère civ., 2017, n° 16-171-89). Cette demande a été refusée notamment en considération du fait que la reconnaissance par le juge d'une troisième catégorie de sexe aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination[3]. Si dans les faits de l'espèce, le demandeur était né de sexe indéterminé, la question de la création d'un troisième sexe renvoie à une problématique plus générale liée à la question du genre. Peut-on admettre que le sexe attribué à la personne le soit, non pas en raison de critères biologiques, mais en raison de critères sociologiques ? L'identité serait ici pleinement construite sur la volonté de l'individu et les choix qu'il opérerait sur son corps. Dès à présent, à défaut de condition d'irréversibilité posée dans la loi quant au changement de sexe, rien n'empêcherait, dans l'absolu, les changements de se succéder dans le temps si la possession d'état du sexe revendiquée change également. Cette évolution de l'identité liée au sexe ouvre la voie à d'autres velléités de changement, y compris d'âge. En 2018, un Néerlandais a ainsi demandé à se faire rajeunir de 20 ans, ce que le tribunal d'Arnhem a refusé en raison des « conséquences juridiques et sociales indésirables » que cette modification pourrait entrainer (Le Monde, 2018). L'instabilité du corps pose alors nécessairement la question de son maintien comme critère d'identification.

2 II. Identité et corps : un couple en reconstruction ?

Du bateau de Thésée. La relation entre le corps et l'identité rappelle le mythe du bateau de Thésée. En imaginant un bateau dont toutes les parties sont remplacées progressivement, au bout d'un certain temps, le bateau ne contient plus aucune de ses parties d'origine. La question est alors de savoir s'il s'agit du même bateau ou d'un bateau différent. Si tous les éléments de l'identité viennent à varier, s'agit-il de la même personne ? La réponse à cette question soulève des enjeux d'ordre public. Il

[3]Dans une décision du 31 janvier 2023, la CEDH a conclu à l'absence de violation de la convention. Ainsi, le refus des autorités de remplacer la mention « sexe masculin » par la mention « sexe neutre » ou « intersexe » sur l'acte de naissance du requérant n'a pas violé l'article 8 de la Convention. CEDH 31 janvier 2023, Y c/ France n° 76888/17.

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

importe pour l'État de reconnaitre la personne qu'il a face à lui. Le corps doit-il rester un élément d'identification de la personne dès lors que sa mutation est consacrée ? (A). Faut-il totalement supprimer cette référence corporelle ou le corps et l'identité juridique doivent-ils demeurer un couple indéfectible (B)

2.1 L'instabilité du corps ou la remise en cause du corps dans l'identification

De l'instabilité du sexe. L'évolution de la législation en faveur de la reconnaissance d'une identité sexuelle construite et non plus assignée, conduit inévitablement à s'interroger sur le devenir du sexe comme élément de l'identité civile. Si l'on comprend aisément que cette identité au regard de sa fonction doit conserver son caractère de fixité, on s'interroge opportunément sur le maintien du sexe au regard des changements que l'individu est susceptible d'apporter. Dans cette réflexion, il ne s'agit pas d'écarter le sexe de l'identité personnelle de la personne, mais plutôt d'admettre qu'il existe une identité juridique sans sexe et une identité personnelle avec le sexe et / ou le genre. Coexisteraient ici deux formes d'identités consacrées par le droit celle que l'on assigne à l'individu pour des raisons d'ordre social et celle que l'individu se construit, ressent, adopte dans une démarche purement volontaire. Le sexe pourrait ainsi relever de cette deuxième catégorie. Toutefois, et c'est là la difficulté, de nombreuses dispositions continuent à voir dans le sexe une source de droits et d'obligations différenciés entre les hommes et les femmes. Or, l'obtention de ce droit peut nécessiter d'avoir à prouver le sexe qui permet de le revendiquer, ce qui pourrait justifier son maintien dans des documents officiels tel que la carte d'identité. On peut évoquer ici les règles de parité, la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes, les réglementations sportives qui mettent en place des compétitions séparées, les épreuves sportives des concours –pour le concours de gardien de la paix, par exemple : « Porter d'un sac lesté (non chronométré, mais limité à 3 minutes) » : 40 kg pour les hommes, 25 kg pour les femmes, sur une distance de 20 mètres. Néanmoins, là encore des évolutions sont notables, si l'on cite généralement dans les droits spécifiquement féminins le congé maternité ou encore le droit à l'avortement, l'évolution de la législation en faveur du changement de sexe sans condition médicale, conduit nécessairement à remettre en cause cette idée. À partir du moment où une personne née de sexe féminin, devient un homme sur les registres de l'état civil, elle peut accoucher d'un enfant. L'homme enceint donne naissance à un enfant et pourrait revendiquer un congé maternité. Les représentations évoluent, les frontières changent, les évolutions du corps physiques ou sociales sont consacrées et l'identité s'en trouve déstabilisée.

Du recours à la biométrie. Parallèlement, l'introduction de mesures scientifiques, permettant une identification plus fiable, conduisent à repenser la fonction du corps dans l'identité. Devenu instable, le corps tel qu'on l'utilisait auparavant n'est plus en mesure d'assurer la permanence et la sécurité dont l'identité civile a besoin. Les procédés d'identification par la reconnaissance des particularités morphologiques se sont enrichis, ce qui remet en avant le corps dans sa fonction identitaire. Test osseux –dans la détermination de l'âge en matière de droits des mineurs étrangers-(Meier-Bourdeau, 2014 :97), reconnaissance rétinienne, empreintes digitales, reconnaissance de l'iris.-« l'iris est pratiquement unique pour chaque individu (avec un risque d'erreur estimé à 1 sur 200 milliards) ; elle n'est modifiée ni par l'âge, ni par les maladies, ni

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

par les activités professionnelles, elle n'est pas effaçable »- tous ces outils utilisant le corps trouvent leur place dans l'identification fiable de la personne. (CCNE, 2007, 5). Paradoxalement, on assiste ici à une sorte de déshumanisation de la personne dont l'identité civile est réduite à des mesures biométriques. Peu importe le vécu, le ressenti, la volonté de l'individu, aucun changement n'est ici possible. Par ces outils, l'objectif de stabilité est pleinement atteint (Debaets, 2013, 197). L'instauration récente, en 2021, de la carte d'identité biométrique est révélatrice de cette volonté de se concentrer sur les données les plus sûres pour assurer l'identification de la personne. – Le règlement (UE) 2019/1157 du Parlement et du Conseil du 20 juin 2019 oblige les États membres à mettre en circulation, des cartes d'identité comportant des données biométriques, empreintes digitales et photographies, dans un composant électronique hautement sécurisé. Un tel dispositif existe déjà sur les passeports et permet de renforcer la lutte contre la fraude documentaire et l'usurpation d'identité, en vérifiant la cohérence des données figurant sur le titre et celles figurant sur la puce. Comme le note Antoine Garapon, « l'identité ne s'établit plus désormais par une nomination par la puissance publique, mais se reconnait sur le corps transformé en code numérique » (Garapon, 2005).

2.2 La reconstruction des identités autour du corps

De l'autodétermination corporelle à la dualité des identités. Les deux pôles de l'identité se construisent autour du corps et en subissent nécessairement les mutations. Ainsi, si le sexe était un élément clef de l'identification au sens juridique du terme, la reconnaissance progressive d'une autodétermination sexuelle conduit nécessairement à se détourner de cet élément. Pour autant, dans la recherche de la stabilité, c'est un autre élément du corps qui a fait son apparition pour assurer l'identité de la personne, empreinte digitale, iris, rétine, autant d'éléments du corps qui fondent l'identité civile de la personne, sans autodétermination possible. On peut alors s'interroger sur la concurrence de ces deux identités. D'un côté l'évolution législative conduit à reconnaitre l'existence d'une autodétermination dans son identité, en changeant de prénom, de sexe voire de nom l'individu reprend en main son identité, de l'autre, l'identité civile, celle qui permet à l'individu d'être reconnu de l'État s'écarte de cette construction identitaire et parfois la met à mal. Ainsi, le droit permet à l'individu né femme de devenir un homme alors que la biométrie elle révèlera son sexe d'origine peu importe le changement choisi. Deux identités se sont donc construites autour du corps, une permanente, une mouvante, une identité assignée, l'autre révélée.

Du corps numérique à la création d'une troisième identité. On pourrait en rester à deux identités, si les progrès de la technologie ne nous permettaient pas de nous incarner autrement. L'individu peut aujourd'hui se doter d'une véritable identité numérique. En la matière, on constate que la plupart des sites gratuits sur Internet ne recherchent pas le lien entre l'identité prétendue et la véritable identité civile. Chacun peut afficher, le nom, le sexe, l'âge, et toutes les données identifiantes de son choix. Néanmoins, tout n'est pas juridiquement permis. À titre illustratif, on citera que le fait d'usurper l'identité d'un tiers par ce biais est réprimé (article 226-4-1 du Code pénal).

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

Le corps se numérise et l'identité avec lui. L'identité numérique est une nouvelle projection de la personne parfois fidèle à ce que l'on est juridiquement, parfois fidèle à ce que l'on ressent. Elle peut aller jusqu'à prendre la forme d'un autre corps : l'avatar. Ce dernier se définit comme « un système de signes qui se substitue au corps dans les mondes virtuels : il enferme les enjeux de la téléprésence » (Georges, 2012/1, 34). L'avatar représente l'identité numérique de la personne, la manière dont elle souhaite être perçue dans ce monde virtuel, elle peut être proche de la réalité ou totalement fantasmée, peu -importe. D'ailleurs, l'avatar une fois constitué, se doit d'être vêtu et doté d'attributs uniques. Un nouveau marché se crée alors. Les marques de vêtements et d'accessoires se basant sur des technologies comme la *blockchain*, l'intelligence artificielle et la réalité virtuelle et augmentée pour vêtir cette nouvelle personne et parfaire son identité. Ici, la formule selon laquelle l'apparence corporelle répond à une mise en scène, touchant la manière de se présenter et de se représenter », prend tout son sens (Le Breton, 2018, 96).

Trois identités s'affirment ainsi autour du corps, une identité stable nécessaire à l'ordre social, une identité physique construite et une identité virtuelle quasi fantasmée. Le corps est présent à chaque fois, marquant ainsi son lien indéfectible avec l'identité.

Bibliographie

Livres / Manuels

Beignier B. et Binet J.-R., *Droit de la personne et de la famille*, LGDJ, coll. Cours, 2021

Carbonnier J, *Les personnes, La famille*, Les incapacités, PUF, 21e éd., 2000

Le Breton D., *La sociologie du corps*, Que sais-je ?, PUF, 2018

Ricoeur P., *L'identité narrative*, Esprit, 1988

Articles de revue

Benssoussan. A, « Avatars et identité numérique, quelle protection ? », 8 mars 2016, https://www.alain-bensoussan.com/avocats/avatars-identite-numerique/2016/03/08

Corpart I., « Quelle place pour l'expertise judiciaire dans les demandes de changement de sexe pour trans-sexualisme ? », *RJPF* juillet-août 2012

Garapon, A., « Audition par la CNIL, » 14 avril 2005, cité par A. Ceyhan, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », In identification et surveillance des individus. Quels enjeux pour nos démocraties ? », *Bibliothèque centre Pompidou, Paroles en réseau* 2010, p. 13

Georges F.„ « Avatars et identité », *Hermès, La revue*, 2012/1, n° 62

Meier-Bourdeau A., « Dossier « Mineurs isolés étrangers : la détermination de la minorité », *AJ Famille* 2014

Reigné Ph., « Le changement de sexe devant la Cour de cassation. Le juge, l'expert et l'irréversibilité », *JCP.G.* n° 26, 25 juin 2012

Sarcelet D., « l'état civil est une base de l'ordre social, par lequel l'autorité publique constate un évènement dont dépend l'état d'une personne », GP. 21 juin 2012, n° 173, p. 8

Tharaud. D., « Identité personnelle et Ordre public », *Revue générale du droit on line*, 2020, numéro 53638

Le Monde, 6 décembre 2018,

https://www.lemonde.fr/international/article/2018/12/06/aux-pays-bas-un-tribunal-refuse-de-rajeunir-de-vingt-ans-un-sexagenaire_5393440_3210.html).

Articles ouvrage collectif

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697

Debaets E., « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », *In l'identité juridique de la personne humaine*, sous la direction de Géraldine Aïdan et Emilie Debaets, L'harmattant, Logiques juridiques, 2013, p. 197

Lemouland J-J., « Le choix du prénom et du nom en droit français », *L'identité de la personne humaine,* Étude de droit français et de droit comparé, sous la direction de Jacqueline Pousson-Petit, Bruylant 2002, p. 631

Loiseau G., « L'identité… finitude ou infinitude », *in L'identité, un singulier au pluriel*, B. Mallet-Bricourt et T. Favario (Dir.), Dalloz, coll. Thèmes Commentaires et Actes, 2015, p. 26

Siffrein-Blanc C., « L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ? », *in Mélanges offerts à J. Pousson*-Petit, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

Jurisprudence et avis

Jurisprudence nationale :

CA, Paris, 24 février 1977, Defrénois 1978, art. 31590

Cass. 14 juin 1858, D.P. 1858, 1, p. 247

Cass., AP., 31 mai 1991, n° 90-20105.

Cass. 1ère Civ., 15 fév. 2012, n° 10-27.512,

Cass. 1ère civ., 13 février 2013, n° 12-11 949 et 11-14515

Cass. 1ère civ., 4 mai 2017, n° 16-171-89

Jurisprudence internationale :

CEDH, 6 févr. 2001, n° 44599/98, Bensaïd c. Royaume-Uni

CEDH, 7 févr. 2002, no 53176/99, Mikulić c. Croatie

CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, Pretty c. Royaume-Uni

CEDH, Gde ch., 11 juill. 2002, no 28957/95, Christine Goodwin c. Royaume-Uni

CEDH, 5 juin 2009, n° 29002/06, Schlumpf c. Suisse

CEDH, 17 mai 2011, n° 11369/04, Golemanova c. Bulgarie,

CEDH, 5 décembre 2013, n° 32265/10, Henry Kismoun c. France,

CEDH, 16 juillet 2014, n° 37359/09, Hämäläinen c. Finlande,

CEDH, A.P., 6 avril 2017, n° 79885/12, Garçon et Nicot c. France

CEDH, 11 octobre 2018, n° 52216/08, S.V. c. Italie

Avis :

CNCDH, Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil », JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 100.

CCNE, Comité consultatif national d'Éthique pour les Sciences de la vie et de la Santé, « Avis n° 98, Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme », 25 avril 2007

Published in : LOMO MYAZHIOM, Aggée Célestin (dir.), *Corps, identités et Sociétés. Volume 1. Autour de David Le Breton*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004697, doi : 10.17184/eac.9782813004697