
GROUPE ISP

ENM 2019 – Droit civil – Composition

« Le sexe, le nom, le corps : la place de l'ordre public en droit des personnes »

©F. TOURET et J. BERREBI

Le Doyen Carbonnier affirmait que le sexe c'est « *le partage primordial* » : « *le nom, le domicile, les actes de l'état civil demandent des recherches, des justifications, des papiers : chaque être humain, à l'opposé, porte sur lui, dans la vie quotidienne, qu'il est un homme ou une femme* » (J. Carbonnier, *Les personnes*, PUF, coll. Thémis). Aussi, l'identification des personnes est marquée par un ordre public, réel comme virtuel, des plus prégnant aux fins de protection des personnes.

La notion d'ordre public est consubstantielle à celles de droit et d'Etat de droit. S'il n'existe pas de définition définitive de l'ordre public, il est immédiatement possible de l'étayer de trois manières : d'abord, en révélant le lien intime que l'ordre public entretient avec la morale, puisque les bonnes mœurs sont une composante de l'ordre public ; ensuite, en relevant que l'ordre public est un ensemble de règles structurelles et de police, marqueur d'un ordre politique et social ; enfin – et il s'agit là d'une explication de l'absence de définition définitive attachée à la notion – les contours de l'ordre public sont mouvants, les principes qui sous-tendent à l'ordre public sont pour certains pérennes, pour d'autres évolutifs. En témoigne le droit des personnes, à l'origine terrain de prédilection d'un ordre public puissant, aujourd'hui davantage concurrencé. Le droit des personnes appréhende les personnes physiques et morales, en tant que sujets de droit. Spécifiquement, la personne physique c'est l'individu, l'être humain tel qu'il est pris en considération par le droit et qui jouit de la personnalité juridique. D'ailleurs tout le Livre premier du Code civil est consacré aux personnes (art. 7 à 515-3 C. civ.). De nombreux aspects y sont abordés ; au premier rang desquels l'identification des personnes. En effet, le droit civil est d'abord le droit des identités en ce qu'il institue et garantit l'état des personnes. Il porte les éléments d'individualisation de la personne physique dans la société ; comme le nom, l'âge, le sexe, la filiation, la situation matrimoniale, la nationalité ou le domicile. Sous l'angle du droit civil, l'identité vise donc l'ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique aussi bien dans la société, la famille qu'au regard de l'état civil. En effet, l'identité d'une personne physique, qui est un être humain considéré comme un sujet de droit, est ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre. A un rang plus moderne, le Code civil s'attache également à la protection du corps humain. Quelque peu négligé jusque-là, le corps

humain, substrat de la personne, est, depuis quelques décennies, l'objet d'une attention particulière et de plus en plus soutenue, non seulement en ce qui concerne sa protection, mais également en ce qui concerne ses liens avec la personnalité juridique. La matière est dominée par l'ordre public, c'est la loi, et non la volonté individuelle, qui règle impérativement les conditions d'acquisition et les conséquences juridiques d'un état. L'état des personnes est indisponible : est donc nul tout acte juridique portant cession, renonciation ou transaction, même à titre gratuit, sur un élément touchant à l'état. Les éléments de l'état ont aussi un caractère permanent, immuable. L'ordre public, notion évanescence et évolutive, éminemment judiciaire constitue un vecteur normatif et matériel de la protection des personnes et de leurs droits, particulièrement en matière de nom, de sexe et de corps.

Traditionnellement, le droit des personnes est présenté comme un statut d'ordre public dont certains éléments sont imprescriptibles et indisponibles, car le nom ou le sexe permettent d'identifier la personne au sein de la société. Pour cette raison, ils figurent au nombre des indications contenues dans l'état civil des personnes. Toutefois, ce statut est aujourd'hui en recul. Ainsi, de nombreux éléments de l'état des personnes peuvent aujourd'hui être choisis (le nom), d'autres modifiés (le corps). Plus largement, c'est une tendance générale à la contractualisation du droit extrapatrimonial des personnes, permettant à l'individu de revendiquer des droits subjectifs et de satisfaire des désirs reflétant sa propre identité. Aussi se pose la question de l'équilibre que doit trouver, en la matière, le juge, à la fois garant des libertés individuelles, et garant du respect de l'ordre public.

Aussi convient-il d'envisager la vigueur traditionnelle de l'ordre public en droit des personnes (I) et le recul avéré de l'ordre public en droit des personnes (II).

I – LA VIGUEUR TRADITIONNELLE DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT DES PERSONNES

A – Les fondements solides de l'ordre public protecteur des attributs de la personne

- 1 – L'initiative jurisprudentielle
- 2 – La consécration légale

B – La matérialisation progressive de la protection des attributs de la personne au nom de l'ordre public

- 1 – Les principes d'indisponibilité, immutabilité et d'imprescriptibilité
- 2 – Les illustrations au travers de la dévolution du nom, de la protection du corps humain et du traitement juridique et judiciaire du transsexualisme

II – LE REcul AVERE DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT DES PERSONNES

A – L'ordre public concurrencé par les libertés individuelles

- 1 – La fondamentalisation du droit des personnes
- 2 – Les illustrations modernes de la fondamentalisation du droit des personnes

B – L'ordre public concurrencé par la volonté

- 1 – La place de la volonté en matière de changement de nom et de sexe
- 2 – La contractualisation émergente de l'état des personnes