



L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ?

Caroline Siffrein-Blanc

► To cite this version:

Caroline Siffrein-Blanc. L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ?. Personnes et Familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, pp.435, 2016, 978-2-36170-130-7. hal-02101401

HAL Id: hal-02101401

<https://amu.hal.science/hal-02101401>

Submitted on 16 Apr 2019

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

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

L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ?

C'est à la fois pour moi un immense plaisir, un grand honneur que de tenter de rendre hommage au professeur émérite qu'est Mme Jacqueline Pousson-Petit. Parmi ses nombreuses recherches, l'une d'elle a marquée mon esprit. Intitulé, « *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé* », ¹ l'ouvrage de plus de 1001 pages, constitué de 34 contributions substantielles, dissèque, analyse et repense savamment le concept d'identité de la personne humaine. A travers, les aspects historiques, sociologiques, philosophiques ou religieux, mais surtout les approches de droit comparé, cet ouvrage constitue une œuvre de réflexion, un complément indispensable à l'étude du droit des personnes, « tout simplement un hymne à la personne » ². Aussi, en toute humilité nous allons, plus d'une décennie après, nous pencher de nouveau sur le thème de l'identité avec comme jalons une question centrale : « L'identité de la personne : une identité pour soi ou pour autrui ? ».

Le thème de l'identité nourrit le débat public et juridique et traverse à l'évidence l'ensemble des sciences sociales. Claude Lévi-Strauss ³ a écrit que « le thème de l'identité se situe non pas seulement à un carrefour, mais à plusieurs. Il intéresse pratiquement toutes les disciplines, et il intéresse aussi toutes les sociétés » à tel point que le terme même d'identité fini par voler en éclat : on parle de « sentiment d'identité » ⁴, d'identité virtuelle, identité numérique ⁵, identité digitale ⁶, identité de genre, identité juridique, identité psychologique, identité subjective... En effet, l'identité est un concept difficile à définir de façon synthétique puisqu'elle englobe plusieurs éléments.

Les Deux faces de l'identité. L'identité - qui vient du latin, *idem*, le même - serait, du point de vue du juriste ⁷ « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre » par extension « ce qui permet de la reconnaître, de la distinguer des autres ».

Le philosophe Paul Ricoeur ⁸ distingue quant à lui deux pôles de l'identité. La première, l'identité « mêmété » renvoie à l'identité *idem*, le fait de rester le même à travers l'espace et le temps. La seconde, concerne le vécu d'existence, par un sujet humain conscient et réfléchi. C'est le « soi-même », en anglais le « self » c'est l'identité propre. On peut la désigner, pour la distinguer de la précédente, par le terme « *ipsité* », tiré du latin « *ipse* », c'est-à-dire le soi comme sujet réfléchi. « On peut dire que l'identité implique à la fois une définition de Soi-même et une distinction de Soi par rapport à l'Autre » ⁹.

L'identité pour soi et pour autrui. L'appréhension de deux pôles de l'identité diffère selon que l'identité est revendiquée pour soi-même (identité personnelle) ou pour autrui (identité

¹ J. Pousson-Petit (ss. Dirc), *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 1001 pages.

² F. Vasseur-Lambry, « L'identité de la personne humaine », *PA*, mai 2004 n° 91, p. 5.

³ C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, PUF, 1977, p. 9.

⁴ D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. François Terré, éd. LGDJ, coll. Droit privé, Tome 327, 2000.

⁵ D. Forest, « Identité (s) numérique(s) : authentifiés ? », *CNIL, Cahier IP, vie privée à l'horizon 2020*, p. 38.

⁶ A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux 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. 33

⁷ Dans son sens juridique le Vocabulaire juridique, publié sous la direction du doyen Gérard Cornu, l'identité est définie comme « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par extension, ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres ; l'individualité de chacun, par extension, l'ensemble des caractères qui permettent de l'identifier ».

⁸ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, le Seuil, 1990.

⁹ A. Ceyhan, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cultures & Conflits* [En ligne], 64 | hiver 2006, <http://conflits.revues.org/2176>, n°30.

sociale). L'identité revendiquée pour autrui répond à un besoin de la société de définir, classer, répertorier chaque élément qui compose le groupe pour que ses éléments soient administrés, contrôlés et que leurs relations soient organisées, enregistrées, gérées, le tout hors de portée de la volonté individuelle¹⁰. L'État apparaît alors comme la matrice *contrôlante* d'individualisation¹¹ et l'identité comme l'outil de contrôle. Dès lors que l'identité est conçue comme un élément de police, elle requiert une fixité dans le temps et dans l'espace. Aussi, c'est l'identité « mêmété » qui sera recherchée conduisant la société à imposer et *objectiviser* l'identité alors devenue indisponible. Claude Lévi-Strauss observe que « l'identité de l'individu lui vient ainsi, et ne peut venir que du dehors, c'est-à-dire de la société. C'est la société qui lui impose l'identité, par les positions qu'elle définit pour chaque individu dans le réseau social »¹².

En revanche, toute autre est la construction identitaire lorsqu'elle répond à un besoin personnel d'une identification pour soi. L'identité subjective¹³ serait alors un fait de conscience éprouvé par l'individu lui-même. Dans cette identité pour soi, l'individu définit sa propre identité en étant créateur de lui-même. Ici, c'est le self, « l'ipséité », qui c'est-à-dire ce qui est changeant comme la définition du Soi par rapport à soi et du Soi par rapport à l'Autre. L'individu revendique alors de choisir les éléments de son identité juridique pour les mettre en adéquation avec son identité véritablement vécue. Ce mouvement a trouvé écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui voit dans l'identité, certes une fonction de police, mais surtout un élément d'épanouissement personnel¹⁴. Les composantes de l'identité s'émancipent alors de la main mise de l'Etat, l'individu recouvrant au moins pour certaines composantes la liberté de définir ses propres caractéristiques identitaires.

Ainsi, l'identité s'élabore dans l'interaction d'une identité pour soi, revendiquée pour soi-même (l'identité personnelle) et d'une identité pour autrui (l'identité sociale), attribuée par les autres. « L'histoire démontre que la question de l'identité se cristallise en institutions juridiques élaborées au moment de l'éclosion de "l'individu mondain".[...] L'expérience commune, mais aussi des catégories juridiques, opposent un moi, propre et valorisé, à la société, extérieure au moi, voire hostile »¹⁵.

Les mises en tensions : le juste équilibre. Cette confrontation entre "l'être individuel" et "l'être social" – pour reprendre le vocabulaire d'Emile Durkheim¹⁶ met en tension le rapport que l'individu et la société peuvent avoir sur le contrôle et la détermination des éléments

¹⁰ A. Bernard, « Identité des personnes physique en droit privé », *In Identité politique*, 2e séminaire de formation doctorale, Amiens, 1992-1993 / [organisé par le] Centre de relations internationales et de sciences politiques d'Amiens... [et le] Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1994, p. 127.

¹¹ F. Vasseur-Lambry, « L'identité de la personne humaine », *PA*, mai 2004 n° 91, p. 5. ; A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, Paris, PUF, 1990 coll. Léviathan, p. 121 ; J.-L. Thireau, « L'identité des personnes: perspectives historiques », *In Identité politique*, 2e séminaire de formation doctorale, Amiens, 1992-1993 / [organisé par le] Centre de relations internationales et de sciences politiques d'Amiens... [et le] Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1994, p. 15. : « Historiquement, l'identité relevait, de l'époque romaine à la fin du Moyen Age, d'une zone de non-droit où l'Etat renaissant n'osait guère s'aventurer, et où la liberté à peu près totale demeurait la règle sous réserve de l'intention frauduleuse. [...] C'est à compter du XVIe siècle que les premières manifestations d'intervention du droit moderne voient le jour. De simple nécessité sociale, l'identité des personnes s'est muée en institution de police. C'est avec la Révolution que l'identité des personnes entre pleinement dans le domaine du droit et commence à faire l'objet d'une abondante législation. Le grand texte, voté après thermidor, est le décret du 6 fructidor an II (23 août 1794) : il interdisait de manière absolue, et sous de lourdes sanctions pénales, de porter des noms ou prénoms différents de ceux qui figuraient dans l'acte de naissance, et consacrait par là même de manière définitive le principe de l'immutabilité du nom, sans ménager la moindre exception. Si l'on y ajoute la sécularisation complète de l'état civil par décret de la Législative des 20-25 septembre 1792, il faut bien conclure que les assemblées révolutionnaires successives ont mené en la matière une politique cohérente, qui allait dans le sens d'une mainmise de plus en plus forte de l'Etat ».

¹² C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, PUF, 1977, p. 99.

¹³ E.-M. Lipianski, "Identité subjective et interaction", in *Stratégies identitaires*, PUF, 1990, p. 173.

¹⁴ A. Gouttenoire, « Droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH », *Droit et patrimoine*, 2013, 229.

¹⁵ A. Bernard, « Identité des personnes physique en droit privé », *op. cit.*

¹⁶ E. Durkheim, *Education et sociologie*, PUF, 1977.

identifiants. Entre l'identité assignée par le droit à l'individu, et l'identité revendiquée par l'individu, l'identité apparaît plutôt comme une notion fonctionnelle mettant à la charge des Etats l'obligation d'arbitrer entre les exigences d'ordre public (la fonction d'identification et la stabilité des éléments de l'identité) et le soutien qu'ils doivent apporter à la construction de l'identité de chacun. Conscient que ce juste équilibre conduit à une certaine instabilité des éléments traditionnels d'identification que sont, le nom, le prénom, le sexe, la filiation, le droit soucieux d'établir avec certitude l'identité de la personne s'est tourné vers des nouvelles données d'identification plus objectives. C'est ainsi que la biométrie, technique d'authentification et d'identification¹⁷ à partir de données biologiques, a pénétré la construction de l'identité juridique.

Quelles évolutions ? L'évolution décrite emporte une dose de « privatisation » de l'identité. De sorte que les éléments qui la composent, ne relève plus seulement de l'ordre public mais aussi de la vie privée, reconnaissant ainsi une place plus ou moins grande à la volonté. Ce mouvement individualiste qui s'est amorcé depuis plusieurs années, avait été mis en exergue dans l'ouvrage dirigé par Mme Pousson-Petit.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Plus de dix ans après que doit-on constater ? L'identité s'est-elle totalement privatisée ? Est-elle abandonnée aux volontés privées ? Alors que le mouvement individualiste et libéral de subjectivisation de l'identité semble se poursuivre, un retour aux préoccupations sociales d'identification des personnes semble se dessiner conduisant à une mutation des données identifiantes. Aussi, le droit s'inscrit-il dans un double mouvement, alors même qu'il est marqué par des conquêtes progressives de la volonté individuelle dans la définition de l'identité¹⁸ (I), le droit s'appuie simultanément sur des éléments objectifs, des données corporelles, pour établir avec certitude l'identité de l'individu¹⁹ (II).

I. L'identité juridique miroir de l'identité subjective

Identité subjective et identité juridique : entre dépendance et indépendance. Répondre à la question « qui suis-je ? », c'est faire état d'une identité subjective, liée à l'intériorité, à la conscience de soi. La question est donc de savoir si l'identité subjective, la personnalité intime, ressentie par l'individu, doit interférer avec l'identité juridique. C'est la question de l'interdépendance, ou de l'indépendance des deux identités qui se pose alors. Dans un premier temps, au cours des dernières décennies, le droit a incorporé cette face psychologique de l'identité pour en modifier la face externe de l'identité, l'identité sociale. Ainsi, une certaine perméabilité s'est dessinée laissant une place croissante à la volonté dans la détermination des différents éléments de l'identité sociale (A). A côté d'une interdépendance, l'idée d'une indépendance des identités émerge. L'identité subjective est réclamée, pour elle-même, sans pour autant influencer sur l'identité juridique (B).

A. L'identité juridique fonction de l'identité subjective

Des petits pas vers l'épanouissement personnel. Aujourd'hui, l'épanouissement personnel apparaît comme une fin en soi où chacun essaie de se réapproprier les différents éléments constitutifs de son état. Alors que pour certains de ces éléments²⁰ la liberté a toujours existé, pour

¹⁷ A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux 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. 33

¹⁸ F. Terré, « Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN », *JCP G.*, 2008, 1, 100.

¹⁹ E. Debaets, « 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 Aidan et Emilie Debaets*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2013, p. 197.

²⁰ Comme par exemple la profession, le domicile et la nationalité S'il est exact que seul l'Etat confère la qualité de national à des individus, il n'en reste pas moins qu'il le fait en prenant acte de faits sociaux de rattachement (la

d'autres, au contraire, la liberté n'a été que nouvellement conquise²¹. Petit à petit, le droit a laissé place à une volonté, toutefois contrôlée, de s'immiscer dans les éléments principaux de l'état que sont le nom, le prénom et le sexe. Il s'agit dans ces domaines d'une véritable conquête qui continue à gagner du terrain, à tel point que l'on s'interroge sur une auto-nomination (1) et sur la reconnaissance d'une identité de genre (2).

1. L'identité nominale : la question d'une auto-nomination

La nomination élément essentiel, de l'identité juridique. Pièce maîtresse de l'état civil²², élément référent de l'état des personnes, le nom, et ses accessoires sont d'abord administrés par le droit comme une institution de police civile, c'est-à-dire comme un nom pour autrui avant d'être pour soi²³. La sécurité de l'identification, dans un intérêt public, a fait très tôt prévaloir son organisation au moyen de règles impératives pour faire du nom de famille, légalement déterminé, une marque indélébile de l'identité juridique des personnes. Une fois attribué, le nom – appelé à l'époque nom patronymique, traduisant la préférence indéniable pour la transmission du nom du père – était, en principe, immuable : l'individu avait ainsi vocation à le conserver toute sa vie²⁴. Le choix du prénom quant à lui, était strictement encadré²⁵. « Cette tradition patronymique s'est poursuivie jusqu'à nos jours mais a perdu, égalité oblige, son monopole : depuis quelques années, le nom transmis peut être issu de l'une ou l'autre des filiations paternelle et maternelle, voire les représenter ensemble au moyen d'un nom double »²⁶. Cette dose de liberté ne concerne néanmoins que les auteurs de la transmission du nom, et non celui qui le reçoit.

Le fantasme d'une libéralisation. Il convient en effet de souligner que lorsque l'on parle aujourd'hui de « libéralisation » à propos du choix du prénom²⁷ et du nom, il s'agit d'une

résidence sur le territoire national, le mariage de l'étranger avec un ressortissant national etc.). Or le pouvoir des individus sur ces faits nationaux, ainsi que le poids de leur volonté ne peut être négligé.

²¹ F. Vasseur-Lambry, « L'identité de la personne humaine », *PA*, mai 2004 n° 91, p. 5.

²² Ainsi MM. A. Weill et F. Terre (A. Weill et F. Terre, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 6e éd., Dalloz, 1999) écrivent : "la personne physique demande à être individualisée dans la société. Deux institutions permettent de distinguer l'homme de ses semblables : le nom et les accessoires qui le désignent, et le domicile qui le localise". Plus restrictif encore, M. Ch. Atias écrit : "L'identification des personnes est assurée par un ensemble de mots : nom, prénom, éventuellement pseudonyme et titres nobiliaires. Leur origine est variable, mais normalement elle est familiale. Ces mots servent à désigner la personne" (Ch. Atias, *Les personnes les incapacités*, PUF, 1985. P. 73)

²³ G. Loiseau, « Le nom de famille et le nom d'usage », *Droit et patrimoine*, 2013, n°229.

²⁴ L. 6 Fructidor an II, 2 avr. 1803. J.-L. Thireau, « L'identité des personnes: perspectives historiques », *In Identité politique, op. cit.*, p. 156.

²⁵ Une loi du 11 germinal an XI limitait celui-ci aux noms en usage dans les différents calendriers et à ceux des personnages connus de l'histoire ancienne et interdisait aux officiers d'état civil d'en recevoir d'autres dans les actes d'état civil.

²⁶ Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, intègre l'article 311-21 au code civil.

²⁷ Concernant l'attribution du prénom, la liberté est pleinement acquise depuis la loi du 8 janvier 1993, qui est venu modifier l'article 57 du Code civil. Ainsi, les parents choisissent librement le prénom sous réserve de la contrariété à l'intérêt de l'enfant. L'enfant est donc soumis en matière de prénom à la subjectivité du choix de ses parents limité par le seul contrôle de la contrariété à l'intérêt de l'enfant. V. Dossier spécial, *AJF* 2012, p. 305 et suivant sur le « Nom et prénom ». En France le contrôle du choix du prénom se fait *a posteriori* à la différence de certains pays qui opèrent un contrôle *a priori* instaurant une liste limitative de prénom autorisé à charge pour les parents de demander une autorisation pour donner à l'enfant un autre prénom. (ex : Islande et au Danemark) V. Bruno Ancel, « Le choix de l'identité de l'enfant : nom sensé ou non-sens ? », *LPA*, 30 août 2013 n° 174, p. 6.

libéralisation qui touche assez peu l'individu concerné, nommé et prénommé par d'autres, ses parents²⁸.

Quelle place pour une identité subjective nominale ? Certes, si la volonté des parents s'est immiscée dans les règles de dévolution du nom et du prénom, la question de la subjectivisation de l'identité pose la question de la place que le droit accorde à l'individu dans son auto-nomination ?²⁹

L'adoption simple constitue exemple topique de cette libéralisation des volontés individuelles dans l'auto-nomination. En effet, la nouvelle version l'article 363 du code civil³⁰, conditionne l'adjonction du nom de l'adoptant au consentement l'adopté majeur. Ainsi, peut-il choisir de conserver intact celui qu'il tient de sa naissance³¹. Dans ce cas, rien informe les tiers de son changement d'état. L'individualisme est alors à son comble le sentiment d'identité personnel de l'individu prime sur la représentation familial du nom de famille, le nom se détachant implicitement de la filiation pour devenir un élément personnel d'identité.

L'identification subjective peut résulter en outre d'un nom adopté, le nom d'usage³², qui constitue un variable d'ajustement de l'identification pour soi³³. Mais la véritable auto-nomination pour soi, où le nom résulte d'un choix personnel de l'individu trouve sa source dans la reconnaissance des pseudonymes. Sous certaines conditions les individus peuvent faire usage d'un pseudonyme entendu comme le « nom de fantaisie librement choisi par une personne pour masquer au public sa personnalité véritable dans l'exercice d'une activité particulière »³⁴ et ainsi revendiquer des droits sur cette dénomination librement choisie³⁵. Si cette reconnaissance juridique de droits permet de constater que le pseudonyme est alors devenu un moyen d'identification exclusif et

²⁸ Marie Lamarche, « Identification par choix (Nom, Prénom, Pseudonyme) », *Droit et Patrimoine*, 2013, dossier, n°229 ; J.-J. Lemoulant, « Le choix du prénom et du nom », in, *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 631.

²⁹ Certains auteurs ont pu défendre une plus large autonomie, avec un choix individuel du nom comme : M. Gobert « le nom ou la découverte d'un masque », JCP G. 1980 I, 2966 et « l'attribution d'un nom égalité ou liberté », LPA 2001, n°102, p. 4 ; P. Jestaz, « A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic » *RTD civ.* 1989, p. 269. D'autres sont plus réservés sur le principe de liberté totale et reste tourné vers une liberté cadrée par le principe d'égalité dans la famille (M. Grimaldi, « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Deffrénois*, 1987, art. 34116)

³⁰ Art. 363 al. 1 du code civil : « L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Toutefois, si l'adopté est majeur, il doit consentir à cette adjonction ».

³¹ Adopté à l'âge de 22 ans par le mari de sa mère, Aymeric G. porte depuis sa naissance le nom de celle-ci et souhaite le conserver sans que celui de l'adoptant y soit ajouté. Par habitude, semble-t-il, le tribunal de grande instance, en prononçant l'adoption, a automatiquement imposé cette adjonction que ni l'adoptant ni l'adopté n'avaient sollicitée, ce qui est infirmé par la cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 10 avr. 2014, n° 13/09170 : *JurisData* n° 2014-007377, *Dr. Fam.* n° 7-8, Juillet 2014, comm. 114). V. en sens contraire avant l'adoption de la loi. Cass. 1^{ère} civ., 22 février 2005, *RTD civ.*, 2005, n°2, p. 360 obs. J. Hauser « Adoption simple : l'adopté ne peut pas conserver son nom d'origine et n'a pas à consentir à l'adjonction même s'il est majeur ».

³² V. par exemple l'article 43 de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 autorise l'adjonction du nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis à titre d'usage. Loi no 2013-404 du 17 mai 2013, du mariage pour tous, a inséré dans le Code civil se voit un nouvel article 225-1 qui concerne le nom d'usage des époux.

³³ G. Loiseau, « Le nom de famille et le nom d'usage », *Droit et patrimoine*, 2013, n°229.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1965, n° 62-13427.

³⁵ Il est possible d'imposer son utilisation aux tiers ; quant au titulaire du pseudonyme ou ses héritiers peuvent en interdire l'utilisation par les tiers. L'usage loyal, continu public et paisible emporte création d'un droit patrimonial dont peut se prévaloir le titulaire du pseudonyme.

stabilisé³⁶, il n'est toutefois pas mentionné sur l'acte d'état civil³⁷. L'usage d'un pseudonyme devient alors un ajustement de l'identification pour soi sans pour autant s'imposer comme identification juridique. Toutefois, cette auto-nomination couplée d'une notoriété³⁸ peut conduire à une *renomination* par l'intermédiaire d'une demande de changement de nom³⁹. Certes, les demandes de modification demeurent difficiles, car des contraintes formelles⁴⁰ et substantielles⁴¹ demeurent. En effet, à la différence de certains pays où le changement de nom est accordé quel que soit le motif de la demande⁴², la France conditionne la demande à l'exigence d'un « intérêt légitime » ; la simple convenance personnelle ne saurait suffire. Malgré cette volonté de contrôler les velléités des volontés, par une appréhension assouplie de la notion d'intérêt légitime, l'identité subjective irrigue peu à peu l'identité juridique.

Sensible à l'argument identitaire, la Cour européenne joue de son influence en ce domaine⁴³. Le nom étant un élément primordial de construction de l'individu, il doit pouvoir refléter son identité réelle affective et familiale. Aussi a-t-elle condamné la France pour avoir refusé à un individu de porter le nom de son père en lieu et place de celui de sa mère qui l'avait abandonné à la naissance⁴⁴. Dans cette quête d'identité subjective, l'arrêt en date du 31 janvier 2014 du Conseil d'Etat⁴⁵ mérite d'être évoqué, en ce qu'il a admis que « *des motifs d'ordre affectif peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, caractériser l'intérêt légitime requis par l'article 61 du Code civil pour déroger aux principes de dévolution et de fixité du nom établis par la loi* ». Ainsi, une conception affective du nom, voire « une conception psychanalytique du nom »⁴⁶ se dessine dans le contentieux entourant le changement de nom. Depuis toujours le nom publicisait le lien de filiation indépendamment du sentiment d'identification de l'individu à sa famille. Aujourd'hui une place est laissée pour que l'identité juridique reflète la « réelle identité familiale » de l'individu, l'identité à travers laquelle il se ressent.

³⁶ Marie Lamarche, « Identification par choix (Nom, Prénom, Pseudonyme) », *Droit et Patrimoine*, 2013, dossier, n°229.

³⁷ G. Loiseau, « Le nom de famille et le nom d'usage », *Droit et patrimoine*, 2013, n°229. V. Rép. min. à Leconte, n° 06703, JO Sénat Q. 21 nov. 2013, p. 3389 : Alors que le pseudonyme peut être mentionné sur la carte nationale d'identité sécurisée (sous réserve que sa notoriété soit confirmée par un usage constant et qu'il soit dénué de toute équivoque), sur les passeports français ne peuvent être indiqués que le nom de famille ou d'usage de l'intéressé. Dès lors, pour décliner son identité sous son pseudonyme, une carte nationale d'identité est indispensable.

³⁸ V. en l'espèce le Conseil valide le refus du garde des sceaux notamment au motif d'une notoriété insuffisante limitée à la profession de journaliste. CE, 11 juillet 1990, n°95746

³⁹ V. Lamy Droit des Personnes et de la Famille, V. Les conditions de fond du changement de nom, n°271-28. L'intérêt légitime exigé dans la procédure de changement de nom a été reconnu pour certains pseudonymes sous lequel une réputation a été acquise.

⁴⁰ La procédure de changement est une procédure administrative, la demande doit être adressée au garde des sceaux quant à la demande de changement de prénom la demande est judiciaire formulée devant le JAF (V. art. 60 et 61 du code civil.)

⁴¹ En effet, les deux procédures de changement de nom et de prénom sont limitées à la démonstration d'un intérêt légitime (art. 60 et 61 du code civil)

⁴² C'est le cas au Royaume-Uni, en Belgique, au Portugal et en Turquie. En revanche, en Allemagne, au Luxembourg ou en Suisse, des motifs convaincants sont exigés à l'appui de la demande

⁴³ CEDH 17 juin 2003, *Mustafa c/France*, n°63056/00 : « *en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial* ».

⁴⁴ CEDH 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n° 32265/10.

⁴⁵ CE, 31 janv. 2014, n° 362444, *JurisData*, n° 2014-001622 ; *Dr. famille* 2014, alerte 10, « Changement de nom pour motifs d'ordre affectif, le Conseil d'Etat prend la main et ouvre la boîte de Pandore », M. Lamarche.

⁴⁶ V. M. Lamarche, note ss CE, *Dr. Fam.*, 2014, alerte n°10.

2. L'identité sexuelle ou l'identité de genre ?

L'identité sexuelle, une liberté conditionnée. Face au syndrome du transsexualisme, la question du droit d'adapter son sexe juridique à son sexe psychosocial s'est posée avec difficulté. Sous l'influence européenne⁴⁷, la Cour de cassation est en effet revenue sur sa position de rejet⁴⁸ pour ainsi intégrer le possible changement de sexe à l'état civil au nom du respect dû à la vie privée⁴⁹. Si initialement la réassignation conditionnait le changement de sexe, aujourd'hui incités par une circulaire⁵⁰, les juges exigent seulement la preuve de la réalité du syndrome transsexuel ainsi que le caractère irréversible⁵¹ de la transformation de l'apparence⁵². Affinant dans ces dernières décisions sa position, la Cour de cassation semble vouloir maintenir un cap de fermeté⁵³, puisqu'elle retient que l'hormonothérapie est insuffisante pour obtenir la rectification de la mention du sexe à l'état civil⁵⁴, et qu'il en est de même, *a fortiori*, du simple fait d'être perçu par les tiers comme appartenant à l'autre sexe⁵⁵.

Si l'identité subjective s'imisce dans la détermination du sexe juridique, elle doit composer avec le principe d'indisponibilité de l'état et les réalités de la sécurité juridique⁵⁶.

Identité de sexe, identité de genre : l'autonomisation de l'identité subjective ?

Pourtant, la place de l'identité subjective n'a de cesse que d'interroger, le débat se recentrant désormais sur le passage d'une identité sexuelle à la reconnaissance d'une identité de genre. Notion inconnue du droit français, elle est, pour autant, bel et bien une notion juridique importée du droit international et européen⁵⁷. La définition qui en est donnée est la suivante : « L'«*identité de genre*» fait référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autre) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ». Si pour le moment le droit semble imperméable à l'immixtion de cette notion, certain homme politique⁵⁸ ou encore institution⁵⁹ plaident en sa faveur. Face au constat d'une

⁴⁷ CEDH, Boltella c/France, CEDH 25 mars 1992, série A, n° 231 C.

⁴⁸ Cass. 1^{re}, 21 mai 1990, n°88-12829.

⁴⁹ Cass. ass. plén. 11 déc. 1992, arrêts n° 1992-002867 et n° 1992-02595.

⁵⁰ Circulaire du ministère de la justice du 14 mai 2010 (NOR : JUSC1012994C).

⁵¹ V. égal. Pour la notion du caractère irréversible Rép. min. n° 14524, JO déb. Sénat 30 déc. 2010, p. 3373.

⁵² Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 10-26.947 ; Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490 ; D. 2012. Jur. 1648, note F. Violla ; AJ fam. 2012. 405, obs. G. Vial ; RDSS 2012. 880, note S. Paricard ; RTD civ. 2012. 502, obs. J. Hauser.

⁵³ Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013 n°11-14.515 ; Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013, n°12-11.949, D., 2013, p. 499.

⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013, n°12-11.949.

⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013 n°11-14.515

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013 n°11-14.515 ; Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013, n°12-11.949. La cour de cassation précise que ces deux conditions cumulatives imposées pour la rectification de l'état civil « ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part ».

⁵⁷ L'identité de genre a été introduite en tant que définition précise par un collège d'experts en droit international de tous les continents, pour l'ONU en 2007, dans les principes de Jogjakarta. Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'Homme des Nations-unies en novembre 2011. Ainsi, en 2009, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, a publié un document thématique intitulé *Droits de l'homme et identité de genre*. Hammarberg Thomas, *Document thématique, Droits de l'Homme et identité de Genre*, oct. 2009.

Dans son projet de rapport datant du 17 mai 2013, la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe invite par ailleurs les Etats « à s'assurer que tout nouvel instrument juridique et de politique qu'ils adoptent dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination inclut explicitement l'orientation sexuelle et l'identité de genre (http://www.assembly.coe.int/Communication/feqa24_2013.pdf).

⁵⁸ http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/transsexuels-vers-une-reconnaissance-de-l-identite-de-genre-02-02-2013-1623148_56.php

discrimination constante et d'une atteinte à la dignité des personnes transidentitaires⁶⁰ la Commission se prononce pour l'identité de genre et par voie de conséquence pour une déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de sexe⁶¹. Si pour l'instant la question n'est pas à l'ordre du jour gouvernemental⁶², elle se pose de plus en plus avec acuité puisque droit international, européen et droit comparé⁶³ tendent à une libéralisation de l'identité subjective, comme vecteur de l'identité sexuelle.

B. L'identité subjective indépendante de l'identité juridique

L'accès aux origines, une quête d'identité subjective. L'identité subjective soulève la question de la recherche de ses origines en ce qu'elles constituent un aspect important de la personnalité de l'individu. En effet, connaître l'identité de ses parents biologiques semble primordial pour construire ou parfaire sa propre identité. La souffrance des personnes auxquelles la loi refuse l'accès à leur identité est décrite comme une amputation⁶⁴. Pour un psychanalyste, « interdire le droit de savoir sur ses origines, c'est barrer pour l'enfant un droit à se demander d'où et de qui il vient. C'est peut-être aussi barrer un droit à penser tout court »⁶⁵.

L'identité biologique occultée au soutien de la pérennité de l'identité juridique. Nul n'ignore que le droit éventuel à la connaissance de ses origines est un sujet qui retient

Le sénateur Richard Yung avait proposé de mettre un terme à ce flou juridique, "cause de souffrance d'autant plus forte que ces personnes vivent au jour le jour une identité que leur environnement social leur reconnaît déjà". Il plaide aussi pour la levée de l'exigence d'un suivi psychiatrique préalable au changement d'état civil dans la mesure où, depuis 2010, "la transsexualité est sortie de la liste des affections psychiatriques de longue durée". Pour lui, le seul critère doit être l'autodiagnostic et le vécu identitaire et social des personnes transgenres.

⁵⁹ CNCDH, « Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 23 juin 2013.

⁶⁰ Le terme de « transidentité » exprime le décalage que ressentent les personnes transidentitaires entre leur sexe biologique et leur identité psychosociale ou « identité de genre ». Cette notion englobe plusieurs réalités, parmi lesquelles celle des transsexuels qui ont bénéficié d'une chirurgie ou d'un traitement hormonal de réassignation sexuelle, celle des transgenres pour lesquels l'identité de genre ne correspond pas au sexe biologique et qui n'ont pas entamé de processus médical de réassignation sexuelle ; celle enfin des *queer* qui refusent la caractérisation binaire homme/femme. Pour désigner l'ensemble de ces personnes, la CNCDH a choisi d'employer les termes génériques de « transidentité » et de « personnes transidentitaires », sauf quand sont cités des documents officiels (décisions de la cour de Cassation, circulaires, textes européens ou rapport de la Haute Autorité de Santé) qui emploient eux-mêmes les termes plus spécifiques de « transsexuels » ou « transgenres ».

⁶¹ La CNCDH demande que la procédure judiciaire soit déconnectée de la procédure médicale, et recommande donc la démedicalisation complète de la procédure de changement de sexe à l'état civil. À propos de son volet judiciaire, la CNCDH se prononce pour une déjudiciarisation partielle (une déclaration auprès d'un officier d'état civil avec production d'au moins deux témoignages d'une part, et d'autre part le contrôle et la validation de cette démarche par le juge du siège dans le cadre d'une procédure d'homologation).

⁶² Rép. min. n° 0189G, JO Sénat, 5 juill. 2013.

⁶³ Note sur « La modification de la mention du sexe à l'état civil. Etudes de droit comparé », République française, à la demande de Mme Esther Benbassa, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations LC 223, 2012, p.6. Les lois appartenant à la seconde génération de textes qui traitent de la modification du sexe à l'état civil, c'est-à-dire les plus récentes, ne fixent pas de conditions spécifiques en ce qui concerne la possibilité d'accéder à l'opération de réassignation, comme par exemple l'Espagne. Elles tendent à déterminer, à clarifier ou à alléger la procédure de modification de l'état civil ».

⁶⁴ P. Verdier, « Proposition pour une réforme du secret des origines », *Médecine et droit*, 1998, n°30, p. 28. V. le témoignage de Arthur Kermavezen et Blandine De Dinechin, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008. G. Delaisi De Parseval, « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes », *Médecine et droit*, 1998, n°30, p. 23. M.-Chr Monsallier-Saint-Mieux, note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *JCP éd. G.*, 2000, II, 10409 ; A. Hardy, J. Bourserie et D. Delbard, « La convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français », *RRJ Droit prospectif*, 2001, n°2, p. 907. F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249.

⁶⁵ G. Delaisi De Parseval, « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes », *op. cit.*

actuellement l'attention des juristes⁶⁶. Si le droit à la connaissance de ses origines n'est pas un droit consacré en France à la différence de certains pays⁶⁷, sa reconnaissance suscite encore et toujours de vifs débats⁶⁸.

Le droit organise sa propre vérité pour en faire un ensemble structurel fiable et prévisible, en somme il crée une identité juridique tout en empêchant le passage naturel et obligé de l'identification subjective⁶⁹. Certes, la loi du 22 janvier 2002⁷⁰, jugée conventionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme⁷¹, a institué une réversibilité de ce secret en passant par le consentement de la mère. Cependant, cette modification n'opère en aucun cas un droit à l'accès aux origines mais instaure, simplement, un secret relatif⁷² au seul bénéfice des enfants nés d'un accouchement sous X excluant les enfants nés d'une PMA. Cette différence qui, dans un avis du Conseil d'Etat du 13 juin 2013, n'a pas été jugée inconventionnelle⁷³, pourrait pourtant ne pas recevoir l'aval de la Cour européenne qui a fait entrer à de multiples reprises l'accès des origines

⁶⁶ V. notamment P. Verdier et M. Duboc, *Retrouver ses origines, L'accès au dossier des enfants abandonnés*, 2^{ème}, éd. Dunod, coll. Enfances, 2002 ; F. Furkel, « Le droit de l'enfant à connaître ses origines, variations comparatistes », *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée, Colloque du laboratoire d'études et de recherche appliquées au droit privé*, Université de Lille II, avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 1997, p. 55 ; F. Dreiffus-Netter, « L'accouchement sous X et le droit de connaître ses origines », *In hommages à Marie-Josèphe Gebler, Droit de l'enfant et de la famille*, coll. Droit, politique et société, PU de Nancy, 1999, p. 57 ; J. Vidal, « Un droit à la connaissance de ses origines », *In Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 733 ; I. Théry (ss la présidence), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs, de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p. 213.

⁶⁷ De nombreux pays européens comme l'Autriche, l'Allemagne, la Russie, la Finlande, la Belgique, le Royaume-Uni, la Suède, tendent à harmoniser leur législation autour d'un droit d'accès aux origines. C. Ensellem, « Accouchement sous X et assistance médicale à la procréation », *Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité*, 2007, n°4, p. 111 ; J. Pousson-Petit, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et incohérences juridiques », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431 ; E. Wenner, « Allemagne : le droit d'accès aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à popos des « casiers à bébé ») », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 797.

⁶⁸ I. Théry (ss la présidence), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs, de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p. 201 et s. ; A. Gouttenoire, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Rapport du groupe de travail protection de l'enfance et adoption, 2014, p. 95. Concernant l'accès aux origines, les conclusions des deux groupes divergent. Le rapport Théry préconise de lever systématiquement l'anonymat à la majorité de l'enfant dès lors que celui-ci en fait la demande, que la mère biologique soit d'accord ou pas alors que dans le rapport Gouttenoire, la mère devra laisser son identité mais cette identité ne pourra pas être transmise à l'enfant sans son accord préalable.

⁶⁹ P. Morin, « Notariat et bioéthique : Quelles questions et quelles réponses ? », *JCP éd. N.*, mars 2004, com. n°1162, p. 555.

⁷⁰ H. Gaumont-Prat, « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. famille*, mai 2003, chr. n°14, p. 4 ; J. Rubellin-Devichi, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. famille*, mai 2002, chr. n°11, p. 7 ; C. Neirinck, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état : La découverte de la face cachée de la lune ? », *RD sanit. soc.*, 2002, p. 189 ; M.-Ch. Le Boursicot, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF*, mars 2002, 3/11, p. 6.

⁷¹ CEDH Odièvre c/ France req. n°42326/98, 13 février 2003, *JCP éd. G.*, 2003, II, 10050, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *JCP éd. G.*, 2003, I, 120, note Ph. Malaurie ; *Petites Aff.*, 3 octobre 2002, n°198, p. 6, O. Roy ; *D.*, 2003, chr., p. 1240, B. Mallet-Bricourt.

⁷² V. Mikalef-Toudic, « Adoption et accès aux origines personnelles », *In L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité, Actes du colloque du 30 novembre 2006*, (dir.) Pascal Bloch et Valérie Depadt-Sebag, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 43.

⁷³ CE, avis, 13 juin 2013, req. n° 362981, *RFDA*, 2013, 1051, E. Creypey ; *AJDA* 2013. 1246 ; *D.* 2013. 1626, obs. R. Grand ; *AJ fam.* 2013. 405, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; S. Hennette-Vauchez, « Hard case en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 12 novembre 2012, n° 38/2012, p. 2119 ; S. L. Badat, « Droit à la connaissance de ses origines (Art. 8 et 14 CEDH) : Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'État », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 juillet 2013.

dans le domaine de la vie privée⁷⁴. Certes, dans le domaine des PMA, la Cour s'appuyant sur l'absence de consensus en ce domaine laisse une plus grande marge d'appréciation aux Etats. Mais les dernières évolutions tendent à faire émerger un consensus progressif autour de la levée du secret ce qui pourrait alors réduire cette marge d'appréciation. Par ailleurs, si l'ingérence de l'État dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale d'une personne ne peut être compatible avec l'article 8 que s'il existe un juste équilibre entre les intérêts concurrents. Aussi, la Cour invite-t-elle à trouver un juste équilibre entre les intérêts divergents en présence, intérêts privés (du donneur, de la mère biologique, intérêt supérieur de l'enfant considération primordiale⁷⁵) et intérêts sociaux. Or, le maintien absolu de l'anonymat des donneurs ne semble pas répondre à cette recherche de juste équilibre des intérêts.

L'accès aux origines, la connaissance d'un fait. Plusieurs projets de réforme se sont succédés, par-delà les alternances politiques⁷⁶. On a cru longtemps que la révision des lois bioéthiques de 2011 allait enfin résoudre le problème. Et finalement, rien n'a changé⁷⁷ au motif d'une confusion certaine entre filiation et origine. Or, il convient de ne pas confondre comme on le fait trop souvent, établissement d'un lien de droit et connaissance psychologique d'un lien de fait⁷⁸. Le fait que l'enfant recherche ses origines ou que le parent cherche à connaître l'enfant ne doit pas conduire à en tirer automatiquement des conséquences génératrices d'effets juridiques⁷⁹. Ici, l'identité subjective serait recherchée pour elle-même indépendamment de l'identité juridique, la question des origines se distinguant de la filiation. C'est justement en dissociant ici les deux faces de l'identité, l'identité pour soi et l'identité pour autrui qu'une réponse pourrait être apportée au soutien de la reconnaissance d'un droit d'accès aux origines. Comment expliquer que la dissociation entre vérité biologique et filiation juridique soit ainsi consacrée dans le Code de l'action sociale et des familles, et que les « origines » n'apparaissent nullement dans le Code civil⁸⁰. On répliquera que c'est précisément parce qu'il ne s'agit pas de filiation ; mais c'est justement cette dissociation qui mériterait une affirmation juridique plus solennelle et plus

⁷⁴ CEDH Jäggi c/ Suisse, 13 juillet 2006, req. n°58757/00, RTD *cin.*, 2006, p. 727 : « les personnes ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ». V. CEDH Godelli c. Italie, 25 septembre 2012, n° 33783/09, CEDH Pascaud c. France, 16 juin 2011, n° 19535/08 ; CEDH Anayo c. Allemagne, 21 décembre 2010, n°20578/07. N. Gallus, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Anthémis, p. 203 et s.

⁷⁵ I. Théry (ss la présidence), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs, de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p. 223 et s.

⁷⁶ Proposition de loi n° 3225 relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes, du 28 juin 2006, présentée. En 2009, dans un rapport intitulé « La révision des lois de bioéthique » le Conseil d'État se prononce à son tour en faveur de l'accès de tout enfant majeur le sollicitant à certaines données non identifiantes et à la levée de l'anonymat du donneur qui y consent (Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, La Documentation française, 2009). La dernière tentative en date pour introduire en droit français un accès aux origines personnelles résulte du projet de loi relatif à la bioéthique n° 2911 déposé devant l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010. Le projet prévoit que tout enfant issu d'un don de gamètes ou d'un accueil d'embryon pourra, à sa majorité, avoir accès à certaines données non identifiantes sur le donneur. Si ce dernier y consent au moment de la demande, l'enfant pourra avoir accès à l'identité du donneur. Il est prévu la création d'une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du donneur de gamètes, un peu à l'instar du CNAOP, chargée à la demande de l'enfant de lui communiquer ces données.

⁷⁷ I. Théry (ss la présidence), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs, de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p. 203.

⁷⁸ J. Philippe, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », In *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417 ; Rapport du Sénat, Les nouvelles formes de parentalités et le droit, 14 juin 2006, n°392, intervention de Martine Gross, www.senat.fr/rap/05-392/r.05-3921.pdf, p. 34 : « L'anonymat du don est actuellement motivé par la confusion, dans les mentalités, entre les aspects biologiques et juridiques de la filiation. Lorsque celle-ci est fondée, comme à l'heure actuelle, sur la vérité biologique plutôt que sur l'engagement parental, la connaissance des origines entraîne un risque de modification juridique de la filiation ».

⁷⁹ J. Hauser, « La réforme de la filiation les principes fondamentaux », *Dr. famille*, janvier 2006, études n°1, p. 6.

⁸⁰ F. Dekeuwer-Defossez, « Le lien parental », *Petites Aff.*, 1^{er} juillet 2004, n°131, p. 70.

attentive. La création d'un concept d'« origines » permettant la connaissance de l'identité des parents sans que cette connaissance puisse être transformée en lien juridique de filiation mériterait donc d'être incluse dans le Code civil, code de l'identité de chacun⁸¹. Le droit à la connaissance des origines devrait être garanti afin que la personne puisse se constituer une histoire, condition d'une identité narrative. Ce n'est qu'en admettant une distinction entre parenté et origine, que la peur de l'identité subjective sera dépassée en ce qu'elle n'influencera pas l'identité juridique⁸².

Cette quête de l'identité pour soi conduit dans une certaine mesure à remettre en cause les bastions sécuritaires de l'identité pour autrui. Aussi, l'identité civile, identité pour autrui, subit les affres des changements. Mise à mal, l'exigence de fixité de l'identité constitue encore et toujours une quête sociale. L'accélération récente du développement des méthodes physiques d'identification de plus en plus sophistiquées donne lieu à une tentation collective d'objectivisation de l'identité.

II. L'identité juridique réduite à des données objectivées

Une « biométrisation » de l'identité. Avec l'explosion des nouvelles technologies et les formidables progrès de la science et de la médecine sont apparus de nouveaux systèmes d'identification regroupés sous le vocable générique de biométrie. La biométrie désigne les techniques d'identification et d'authentification, qui consistent à transformer des caractéristiques biologiques, génétiques et morphologiques telles que les empreintes digitales, l'iris, l'ADN, la photographie, le contour de la main ... en une empreinte numérique. Son objectif est d'attester l'unicité de la personne à partir de ces éléments corporels considérés comme « inchangeables et immatrisables » par l'individu⁸³. Toujours guidé par ce souci de sécurité et le fantasme identificatoire, l'Etat va chercher à exploiter ces outils scientifiques comme mesure d'identité (A). Or, ce réductionnisme biologique au service d'une identité fiabilisée conduirait à une dépersonnalisation de l'identité, la personne ni ne contrôlant ni ne construisant plus son identité (B)⁸⁴.

A. Le corps comme mesure d'identité

Ramener l'inconnu à du connu. Devenue instable, l'identité civile n'est plus pleinement en mesure d'assurer la permanence et la continuité de l'identification. Aussi, les Etats se sont-ils tournés progressivement vers la biométrie qui permet ainsi de répondre à l'objectif

⁸¹ F. Dekeuwer-Defossez, « Codifier le droit de la famille », *In Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, éd. Dalloz et Litec, 2004, p. 218 ; Dekeuwer-Defossez Françoise, « Le lien parental », *op. cit.*

⁸² Lorsque les deux liens de parenté paternelle et maternelle sont consacrés, l'enfant doit pouvoir accéder à la vérité biologique, dans l'unique dessein de connaître ses origines. En effet, étant déjà rattaché à ces deux parents, il ne s'agit pas ici de rechercher la vérité biologique dans un but patrimonial mais uniquement pour répondre à un intérêt psychologique. Ainsi, c'est précisément sous l'angle de la construction subjective de l'enfant qu'il faut envisager le droit à la connaissance des origines et non sous l'angle de la parenté.

V. C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Etude critique*, thèse ss la dic. E. Putman, PUAM, 2009, p. 369 et s.

⁸³ A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux 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. 33 ; E. Debaets, « 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 Aidan et Emilie Debaets*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2013, p. 197.

⁸⁴ E. Debaets, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », *op. cit.*

d'identification de l'individu par sa « mêmété »⁸⁵, c'est-à-dire sa permanence dans le temps et dans l'espace.

Une traçabilité biologique de l'individu. Initialement, la biométrie s'est invitée dans le droit pour identifier et « classer des catégories spéciales de personnes considérées comme des « populations à risque » et alimentant ainsi les bases de données »⁸⁶, tel que le Fichier national des empreintes digitales (FNAEG)⁸⁷ pour permettre l'identification des criminels⁸⁸, VISABIO⁸⁹ ou encore AGDREF⁹⁰ (Application De Gestion Des Dossiers Des Ressortissants Etrangers En France) pour l'identification des étrangers sollicitant la délivrance d'un visa ou titre de séjour, les fichiers informatisés pour identifier les demandeurs d'asile ou encore les détenus⁹¹. La biométrie devient le moyen d'authentification, de surveillance et de contrôle pour prévenir la fraude documentaire, combattre le terrorisme, lutter contre l'immigration clandestine et toutes autres formes de criminalités⁹².

Instrument efficace et efficient, la biométrie est attractive et se diffuse. La transformation progressive des titres délivrés par la puissance publique est topique de ces préoccupations d'identification certaine et objective des personnes. L'instauration du passeport biométrique⁹³ et récemment de la carte nationale d'identité biométrique⁹⁴ assure une identification objective de l'ensemble de la population et permet de lutter efficacement contre l'usurpation d'identité⁹⁵.

⁸⁵ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. du Seuil, 1996, p. 195.

⁸⁶ E. Debaets, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », *op. cit.*

⁸⁷ V. L'instauration du FAED (fichier national des empreintes digitales) par le décret n°87-249 du 8 avril 1987, *JORF*, 9 avril 1987 p. 4046. Puis du FNAEG par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, *JORF*, n°139, du 18 juin 1998, p. 9255.

⁸⁸ Un ADN retrouvé sur une scène de crime permet de confondre un criminel avec une précision déconcertante. Le succès n'est cependant possible que si son titulaire est un suspect identifié ou s'il est suffisamment proche de la victime pour que les enquêteurs pensent à lui. Si personne ne correspond, il n'y a plus qu'à espérer que le profil génétique trouvé soit déjà intégré au Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), ou qu'il le sera un jour. E. Lajarthe, « L'identification biologique en matière pénale », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 463.

⁸⁹ Décret n°2007-1560 du 2 novembre 2007 portant création d'un traitement automatisé des données à caractère personnel relatives aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa pris pour l'application de l'article L. 611-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et modifiant la partie réglementaire de ce code, *JORF*, n°255, 3 novembre 2007, p. 18046.

⁹⁰ La France est allée dans le sens des directives européennes. Règlement (CE) n° 380/2008 du 18 avril 2008 a rendu obligatoire la délivrance d'un nouveau modèle de titre de séjour biométrique comportant un composant électronique dans lequel sont insérées la photographie et l'image de deux empreintes digitales du porteur. Décret n° 2011-638 du 8 juin 2011 relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers, *JORF* n°0134 du 10 juin 2011 p. 9850

Décret n° 2013-147 du 18 février 2013 relatif à l'application de gestion des dossiers de ressortissants étrangers en France et au traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa *JORF* n°0043 du 20 février 2013 p. 2887. Décret n° 2013-1082 du 29 novembre 2013 portant modification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) et du décret n° 2011-638 du 8 juin 2011 relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers, *JORF* n°0279 du 1 décembre 2013 p. 19589.

⁹¹ Arrêté du 10 juin 2003 portant création d'un système de reconnaissance biométrique de l'identité des détenus, *JORF*, n°146 du 26 juin 2003, p. 10717.

⁹² E. Debaets, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », *op. cit.*

⁹³ Décret n°2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, *JORF*, n°105, 4 mai 2008, p. 7446.

⁹⁴ Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité, *JORF* n°0075 du 28 mars 2012 p. 5604, Petites affiches, 24 avril 2012 n° 82, P. 6, « loi sur la protection de l'identité est-elle conforme à la Constitution ? », RJPF-2012-5/7 obs. I. Corpart ; C. Guerrier, « La CNI biométrique française : entre préservation de l'identité et protection des libertés », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2012, com. n°82.

⁹⁵ C. Guerrier, « La CNI biométrique française : entre préservation de l'identité et protection des libertés individuelles », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, mai 2012, études n°82. Jusqu'à l'adoption de la loi « Loppsi 2 » du 14 mars 2011, l'usurpation d'identité ne correspondait pas à une infraction spécifique. L'article 226-4-1 du Code pénal

Plus encore que l'usage de la biométrie en elle-même, c'est la conservation de ces données objectives et le fichage des personnes qui tend à gagner chaque jour un peu plus d'ampleur⁹⁶ avec les risques que cela peut générer quant à la préservation des droits et liberté de la personne⁹⁷. Outil de gestion et de contrôle simplifié, le fichage séduit à tel point qu'il tendrait à se généraliser à toute la population⁹⁸, si les hautes institutions n'étaient pas là pour veiller à la sauvegarde des droits fondamentaux et tout particulièrement au respect du droit à la vie privée⁹⁹.

La certification scientifique. La biométrie introduit un changement fondamental dans le processus d'identification qui ne résulterait plus d'une certification sociale mais uniquement d'une certification scientifique. La biométrie suppléante alors l'état ou les éléments qui le composent. On songe ainsi aux empreintes génétiques pour conforter le lien de filiation en matière de regroupement familial ou encore aux tests osseux dans la détermination de l'âge juridique¹⁰⁰ en matière de droit des mineurs étrangers¹⁰¹.

Pour attester de la minorité de l'étranger, le protocole¹⁰² prévoit que le parquet peut, faire procéder à une expertise médicale (examen physique et examen osseux)¹⁰³, en dernier ressort, si le

stipule que le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage de donnée(s) permettant d'identifier le tiers afin de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui est puni depuis 2011, que ces faits soient commis ou non sur un réseau de communication au public en ligne, de un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende..

⁹⁶ Par exemple V. V. Gautron, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal* 2007 p. 57. Ainsi le FNAEG a déjà subi quatre réformes et voit la liste des infractions établies à l'article 706-55 du code de procédure pénale s'élargir à tel point qu'il est permis de se demander si l'énumération - censée être limitative - a toujours un sens. Outre les infractions de nature sexuelle et le délit d'exhibition sexuelle, des infractions contre les personnes, dont les crimes contre l'humanité, les atteintes volontaires à la vie, les violences, le proxénétisme, le trafic de stupéfiants, etc., la liste comprend aujourd'hui de nombreuses infractions contre les biens, la sûreté de l'État et le régime des armes. La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a également été déterminante en ce qu'elle a ajouté à la liste des personnes dont le profil génétique est enregistré « les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale ».

⁹⁷ Comité consultatif national d'éthique n°98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n°98, publié le 20 juin 2007.

⁹⁸ On songe ainsi à la création d'un fichier central, nommé officiellement Titres Électroniques Sécurisés (TES), rebaptisé au fil des débats "fichiers des gens honnêtes" qui a été censuré par les Sages du Conseil constitutionnel. CCel, 22 mars 2012, DC n° 2012-652, *AJDA*, 2012, p. 623, obs. R. Grand « le Conseil constitutionnel censure le « fichier des gens honnêtes » ».

⁹⁹ CEDH 18 avr. 2013, n° 19522/09, *Dalloz actualité*, 14 mai 2013, obs. M. Léna ; *D.* 2013. 1067, et les obs. ; *RSC* 2013. 666, obs. D. Roets. Ainsi, le régime de collecte et de conservation des données lui paraît problématique : elle note, tout d'abord, que la finalité du fichier, nonobstant le but légitime poursuivi, a nécessairement pour résultat la conservation du plus grand nombre de noms possibles et balaie d'un trait de plume l'argument du gouvernement français faisant valoir que la conservation des données pouvait également servir les intérêts du requérant en lui permettant de se mettre hors de cause en cas d'usurpation d'identité : « La Cour estime que retenir l'argument [...] reviendrait, en pratique, à justifier le fichage de l'intégralité de la population présente sur le sol français, ce qui serait assurément excessif et non pertinent » (sic). Surtout, la Cour relève dans la réglementation du FAED : 1°) l'absence de distinction quant à la nature ou à la gravité des infractions... ; 2°) l'absence de distinction fondée sur l'existence ou non d'une condamnation par un tribunal, voire d'une poursuite par le ministère public... ; 3°) l'effacement, qui constitue selon elle en l'état du droit interne une garantie « théorique et illusoire »... ; 4°) enfin, la période d'archivage de vingt-cinq ans, « en pratique assimilable à une conservation indéfinie ou, du moins, à une norme plutôt qu'à un maximum ». V. également CEDH 18 sept. 2014, Brunet c. France, req. n° 21010/10, J. Gaté, *Dalloz actualité* 29 septembre 2014, « STIC : la France doit respecter un certain droit à l'oubli dans ses fichiers policiers ».

¹⁰⁰ Laurent Gros, « L'âge juridique », *AJDA* 2012, p. 2045.

¹⁰¹ A. Meier-Bourdeau, Dossier « Mineurs isolés étrangers » : La détermination de la minorité, *AJ Famille* 2014 p. 97. Ainsi, Article L. 311-1 du CESEDA : « Tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour ». A contrario, les mineurs en sont dispensés. Il ne peut notamment pas faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français en vertu du 1° de l'article L. 511-4 du CESEDA.

¹⁰² En ce sens, Circ. 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, NOR : JUSF1314192C ; V. égal. Rép. min. n° 07819, JO Sénat 2 janv. 2014, p. 40

¹⁰³ La méthode scientifique d'évaluation de l'âge la plus couramment utilisée se fonde sur la radiographie de la main et du poignet gauche par comparaison avec une table de référence, établie dans les années 1930 et 1940, d'une

doute persiste à l'issue de l'évaluation de l'âge par le biais d'entretiens (psychologiques et/ou socio-éducatifs) et de la vérification de l'authenticité des documents d'état civil détenus par l'intéressé. Toujours critiqué¹⁰⁴, il s'avère cependant qu'en pratique des tests osseux continuent à être systématiquement ordonnés dans le ressort de nombreux tribunaux de grande instance, alors même que les jeunes isolés étrangers sont en possession d'un acte d'état civil ou d'une pièce d'identité¹⁰⁵.

Concernant le regroupement¹⁰⁶, la loi du 20 novembre 2007¹⁰⁷, a légalisé le recours à l'identification par les empreintes génétiques comme une solution susceptible de permettre aux familles de prouver les liens de filiation lorsqu'elles ne sont pas à même de produire des documents d'état civil fiables¹⁰⁸. Validée par le Conseil constitutionnel¹⁰⁹, la disposition fut presque oubliée le Gouvernement ayant renoncé au décret d'application, jusqu'à la décision récente de la Cour européenne en date du 10 juillet 2014¹¹⁰. Alors, que le Gouvernement français invoquait l'inapplicabilité du dispositif en l'absence de décret, la Cour, sans écarter ce mode de preuve, relève au contraire l'existence de ces tests comme « éléments importants » n'ayant pas été pris en compte par l'Etat français et retient au terme de son analyse « que le processus décisionnel n'a pas présenté les garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité requises pour faire respecter le droit des requérants au respect de leur vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention ».

population américaine « d'origine caucasienne » (atlas de Greulich et Pyle) ou d'une population britannique moyenne des années 1950 (méthode de Tanner et Whitehouse). Il existe deux autres méthodes : la radiographie dentaire et l'examen clinique des signes de puberté.

¹⁰⁴ V. Comité consultatif national d'éthique 23 juin 2005, *Avis n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques* ; Nations unies, Comité des droits de l'enfant 22 juin 2009, 51ème session, *Observations finales : France*, CRC/C/FRA/CO/4, § 87 ; Académie nationale de médecine, *Rapport du 16 janvier 2007*, www.academie-medecine.fr ; HCSP 23 janvier 2014, *Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé* ; l'Avis du 9 août 2011 de Thomas Hammarberg ; recommandation n° 3 du défenseur des droits, décision n° MDE/ 2012-179 ; Avis CNCDH, « Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation) », 26 juin 2014

¹⁰⁵ Avis CNCDH, « Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, 26 juin 2014

Dans son avis, la CNCDH dénonce la marge d'appréciation des juridictions. La commission retient qu'une « grande marge d'appréciation est ainsi laissée aux juridictions qui se croient autorisées à refuser quasi-systématiquement tout caractère probant aux actes de l'état civil établis à l'étranger. Ce refus est essentiellement fondé sur deux types de considérations :

- soit le juge ne prend pas en compte les actes de l'état civil faits à l'étranger, en raison ou bien d'une suspicion de falsification des actes, ou bien d'une impossibilité de vérifier la régularité d'un acte au seul motif qu'il a été établi à l'étranger ;

- soit le juge estime qu'il n'est pas prouvé que le document produit, certes authentique, correspond bien à la personne qui le détient, du fait notamment de l'absence de photographie sur l'acte (CA Paris 5 mars 2013, n° 1219907 : « *si l'authenticité des documents produits semble certaine, ils ne peuvent cependant pas, étant démunis de photo, être rattachés de façon certaine à sa personne et faire preuve de son identité* ») ».

Ainsi dénonce –telle le fait que les mineurs isolés étrangers se voient obligés de présenter non seulement un acte de l'état civil authentique, mais encore une pièce d'identité pourvue d'une photographie (L. Gebler, « La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants », AJ Famille 2014, p. 92), ce qui est très rarement le cas en pratique.

¹⁰⁶ N. Ferré, « Le regroupement familial et la filiation », AJF 2009, P. 250.

¹⁰⁷ Loi du 20 novembre 2007, n° 2007-1631 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JO n° 270, 21 novembre 2007, p. 18993, p. 147. V. not. J. Rochfeld, « Famille, personne, identité : entre appauvrissement et discrimination symbolique », RTD. civ. 2008. 169 et L. Grosclaude, « Bref (et libre) propos sur la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile », Dr. fam. nov. 2007. 7.

¹⁰⁸ Art. L. 111-6 du CESEDA

¹⁰⁹ CC^{cl} DC n° 2007-557 du 15 nov. 2007. Le Conseil pose des réserves d'interprétation, à savoir que la disposition litigieuse doit respecter la loi étrangère applicable au lien de filiation, que le recours aux tests ADN ne concerne pas les filiations adoptives et qu'il demeure possible de justifier d'un lien de filiation par d'autres moyens

¹¹⁰ CEDH, Affaire senigo longue et autres c. France, 10 juillet 2014, req n°19113/09, AJDA 2014, p. 1463.

Dérogeant aux principes de l'article 16-11 du code civil, les empreintes génétiques sortent du contentieux de la filiation pour devenir un moyen de preuve de cet élément de l'état.

La biométrie atteint son paroxysme lorsque reine des preuves ne se contente pas d'attester les éléments identifiants, mais s'immisce dans leur construction.

« **Biologisation** » du social. Depuis la décision fondatrice du 28 mars 2000¹¹¹, la Cour de cassation considère que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder¹¹². L'expertise s'imposant au juge tenu d'y procéder, l'élément biologique devient alors la "clef de voûte" du droit de la filiation. En effet, l'élément du corps s'impose alors comme preuve d'un élément classique d'identification qu'est la filiation.

L'identification biologique n'est pas toujours une mauvaise chose dès lors qu'elle est maîtrisée et assignée à une fin¹¹³. Très récemment, l'identification biologique a été invoquée au soutien de la reconnaissance de la filiation paternelle dans le cadre des gestations pour autrui. La CEDH s'appuyant sur le droit à la vie privée de l'enfant incluant le droit d'établir son identité affirme l'importance du lien biologique. Dès lors qu'il est établi et revendiqué comme tel par les requérants, il doit donner lieu à une reconnaissance juridique¹¹⁴. L'identification biologique n'est qu'un soutien à l'identité subjectivement vécue et un appui à sa reconnaissance juridique. Tout autre est en revanche, la priorisation de la biologie au détriment de la construction sociale du lien.

A ce titre, la haute juridiction semble s'orienter vers cette instrument objectif et impersonnel qu'est l'expertise pour résoudre le contentieux de la filiation¹¹⁵. En l'espèce, la mère engage une action en contestation de la reconnaissance paternelle dont a été l'objet sa fille et sollicite à cette fin une expertise biologique. La cour d'appel pour rejeter l'action et refuser la demande d'expertise énonce que « *celle-ci ne produit aucune pièce autre que l'acte de naissance de l'enfant et son livret de famille, qu'elle n'invoque pas avoir entretenu des relations intimes avec un autre homme pendant la période de conception, qu'il n'est pas contesté qu'elle ait vécu en concubinage avec [L'auteur de la reconnaissance] pendant la période de conception, que ce dernier s'est toujours occupé de l'enfant, enfin qu'il n'est ni justifié ni allégué que la contestation soit formée dans l'intérêt de l'enfant, de sorte qu'il existe un motif légitime de s'opposer à la mesure d'expertise sollicitée* ». Ces divers arguments n'ont pas fait écho devant la Cour de cassation qui balaye l'argumentation retenue reprochant aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé un motif légitime de refuser l'expertise.

Ainsi, tous les arguments sociaux, et notamment l'intérêt supérieur de l'enfant n'ont pas permis d'écarter la reine des preuves. Si la preuve scientifique est incontestablement une valeur

¹¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *Juris-Data* n°001227 ; *Bull. civ.*, 2000, I, n°103 ; *JCP éd. G.*, 2000, II, 10409, concl. C. Petit, note M.-Ch. Monsallier-Saint-Mleux ; *Rep. Défrénois*, 2000, art. 37194, p. 769, note J. Massip ; *Dr. famille*, juin 2000, com. n°72, p. 13, note P. Murat ; *RJPF*, mai 2000, 5/38, p. 23, note J. Hauser ; *D.*, 2000, jur., p. 731, note Th. Garé ; *D.*, 2001, som., p. 976, obs. F. Graneta ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, *JCP éd. G.*, 2000, II, 10410, note Th. Garé, Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n° 12-15901.

¹¹² V. Les motifs légitimes restent une notion vague difficile à cerner permettant toutefois au juge de recouvrir une partie de ces pouvoirs d'appréciation. J. Pousson-Petit, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et incohérences juridiques », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431.

¹¹³ J. Pousson-Petit, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et incohérences juridiques », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (ss. Dirc Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431.

¹¹⁴ V. CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* : *JurisData* n° 2014-015212 CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France* : *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. Fam.* n° 9, Septembre 2014, comm. 128, C. Neirinck ; *D.*, 2014, p. 1806, obs. L. D'avout ; *D.*, 2014, p. 1797, F. Chénéde.

« ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§99). « Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance » (§100).

¹¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n° 12-15901.

sûre, la preuve génétique réduit la parenté à sa seule composante biologique. Or, cette vérité est une caractéristique imparfaite de la personne humaine puisqu'elle ne renseigne pas sur la composante sociale et affective que « seule la vérité juridique, libérée du poids du réalisme biologique, est en mesure d'exprimer »¹¹⁶. Elle méconnaît alors une donnée essentielle : la filiation, comme toute relation humaine, est un faisceau de relations complexes qui ne peuvent, sans dommage, être réduites à une composante unique¹¹⁷.

C'est déjà en partie s'interroger sur une dé-personnalisation de l'identité.

B. Le corps comme élément de dépersonnalisation de l'identité

Les dérives d'un progrès. L'utilisation universelle de la biométrie pour définir l'identité des personnes se développe irrésistiblement pour répondre aux besoins affirmés d'une sécurité accrue¹¹⁸. Certes, elle constitue un outil sécuritaire sans précédent mais non sans risque. Le comité consultatif d'éthique s'inquiétait déjà des dérives possibles telles que l'accumulation, d'un stockage de données "à toutes fins utiles", la perte des données, le croisement des données, le tout rendant possible de graves discriminations, des pratiques d'exclusion¹¹⁹, ou d'identification de minorités ethniques¹²⁰. Par ailleurs, certains craignent une totalisation de la personne, définie comme la tentation « de construire des paramètres dynamiques (l'identité d'un sujet agissant) à des paramètres stables (celles de son corps objectif) comme si l'avenir se laissait toujours déduire du passé »¹²¹. Le sujet est alors ramené à ses caractéristiques inaltérables qui ne laissent que peu de place à l'appréciation des circonstances particulières. C'est ici faire également écho du risque de stigmatisation de l'individu contre lequel la Cour européenne se défend¹²².

Enfin, parmi les dérives, le Comité s'inquiétait également de l'impact de la biométrie sur l'identité même de l'individu.

Dé-symboliser l'identité. En effet, que penser de cette « biométrisation de l'identité » ? Quels en sont les enjeux sur l'identité juridique et sur l'identité subjective de l'individu ?

Madame Debaets écrivait « En dépit de l'usage de plus en plus répandu de numéros personnels d'identité, le nom conserve un rôle déterminant pour l'identification des gens¹²³. Cette conclusion de la Cour européenne pourrait à terme devenir obsolète face au développement sans

¹¹⁶ A. Milanova Alice, « Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine », *RRJ Dr. prospectif*, 2003, n°3, p. 1755.

¹¹⁷ Y. Flour, « Rapport Dekeuwer : Les projets de réforme du droit de la famille », *Gaz. Pal.*, 31 août 2001, doct., p. 1332.

¹¹⁸ Comité consultatif national d'éthique n°98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n°98, publié le 20 juin 2007.

¹¹⁹ D. Lyon, « La frontière est partout : encartement, surveillance et altérité. Réflexions autour du projet anglais de carte d'identité intelligente », *Les Cahiers de la sécurité*, n°56, 1er trimestre 2005.

¹²⁰ Comité consultatif national d'éthique n°98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n°98, publié le 20 juin 2007, p. 13 et s.

¹²¹ Michaël Foessel et Antoine Garapon, « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Revue Esprit*, juillet-août 2006, p. 7.

¹²² CEDH 18 avr. 2013, n° 19522/09, *Dalloz actualité*, 14 mai 2013, obs. M. Léna ; D. 2013. 1067, et les obs. ; *RSC* 2013. 666, obs. D. Roets). Dans cette affaire, la France avait été condamnée pour violation du respect de la vie privée. Rép. min. n°40425, *JOAN* 7 janv. 2014 Le ministre de l'intérieur indique, dans une réponse ministérielle, qu'un projet de décret modifiant le décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) est en cours de rédaction afin de tirer les conséquences de l'arrêt M. K. c. France. Le projet de décret « vise à prendre en compte cet arrêt sur la nature des infractions permettant de relever les empreintes digitales et le droit à l'effacement des données des personnes qui n'ont jamais été reconnues coupables d'infractions et qui se retrouvent donc exposées à un risque de stigmatisation, et ce en dépit du droit au respect à la présomption d'innocence ».

¹²³ CEDH, 25 nov. 1994, *Sterjna c. Finlande*, n°18131/91.

précédent de la biométrie »¹²⁴. Comme le note Antoine Garapon, « l'identité ne s'établit plus désormais par une nomination par la puissance publique, mais se reconnaît sur le corps transformé en code numérique »¹²⁵. Le Professeur Loiseau résume parfaitement les dangers de cette « biologisation » de l'identité. Il écrit : « Les techniques d'identification ne sont pas neutres et affectent substantiellement la façon d'appréhender l'identité personnelle. Elles réduisent en effet l'identité à un processus d'identification technique et constituent sa négation en tant qu'elle participe à la perception que l'individu a de lui-même. L'objectivation de l'identité, qui est ici à son comble puisqu'elle s'appuie exclusivement sur des déterminants d'ordre biologique, détourne l'être de son identité psychique. D'une certaine manière et paradoxalement, cette sur-individualisation de la personne à partir de données objectives conduit à une dé-personnification de l'être dans sa réalité subjective »¹²⁶.

La biométrie serait ainsi le vecteur d'un passage de l'identité à l'identification avec pour conséquence fondamentale une dépersonnalisation de l'identité.

À ce titre, la pensée de Paul Ricœur peut apporter un éclairage intéressant à ce sujet. Elle distingue deux pôles de l'identité¹²⁷ : « identité *mêmeté* », et identité *ipse*. Si l'on applique cette formule à l'identification biométrique, « l'identité *idem* » peut renvoyer à l'information contenue sur les gènes d'un individu, la partie inchangée du corps comme par exemple l'empreinte de la rétine, de l'iris, de la main. L'identité biométrique est reconstituée à partir d'un système de marques qui se trouve inscrit à même le corps objectivé de l'individu¹²⁸. Cette réduction du corps à des paramètres biométriques a pour effet de privilégier exclusivement l'« identité *mêmeté* » au détriment de « l'identité *ipséité* »¹²⁹. Or, passer de l'ipséité à la *mêmeté*, c'est passer « de la souplesse, propre au maintien de soi dans la promesse, à la rigidité inflexible d'un caractère »¹³⁰. Or, Ricœur rappelle que l'on ne peut se contenter de définir l'identité seulement à travers « l'identité *idem* ». « Il faut penser à « l'identité *ipse* », qui est la définition du soi par rapport à soi-même, et par rapport à l'autre reconnu dans son altérité. Or, les systèmes biométriques, par leur focalisation sur l'identification de l'individu à travers les parties inchangeables du corps réduisent l'identité à l'*idem*, sans un lien direct avec l'*ipse* »¹³¹. La biométrie assigne une personne à sa *mêmeté*, déniait à celle-ci sa construction identitaire sociale, personnelle et familiale. Cette tendance objective à la « biométrisation » tend à transformer l'identité en un processus d'identification.

En effet, les paramètres biométriques identifient un individu sans considération pour sa biographie¹³². Comme le souligne Dominique Boullier¹³³, les données biométriques sont issues de la biologie et de la technologie et ne disent finalement pas grand chose de l'identité sociale. La biométrie donnée brute qui donne l'illusion de garantir l'identité¹³⁴ ne constitue en réalité qu'une garantie tronquée en ce qu'elle nie l'identité *ipséité* et ainsi la construction subjective de sa propre identité. La biométrie ne serait en réalité que la garantie d'une identification individuelle et

¹²⁴ E. Debaets, « 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 Aidan et Emilie Debaets*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2013, p. 197.

¹²⁵ A. Garapon, « Audition par la CNIL », le 14 avril 2005, cité par Ayse Ceyhan, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cultures & Conflits* [En ligne], 64 | hiver 2006, <http://conflits.revues.org/2176>.

¹²⁶ G. Loiseau, « L'objectivation de l'identité », *In l'identité juridique de la personne humaine, sous la direction de Géraldine Aidan et Emilie Debaets*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2013, p.229.

¹²⁷ Cf. supra, p. 1.

¹²⁸ M. Foessel et A. Garapon, « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Revue Esprit*, juillet-oct 2006, p. 7.

¹²⁹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, le Seuil, 1990. A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux 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. 33.

¹³⁰ P. Ricœur, *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Éd. du Seuil, 2000, p. 99.

¹³¹ A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux à l'heure de la biométrie », *op. cit.*

¹³² M. Foessel et A. Garapon, « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Revue Esprit*, juillet-oct 2006, p. 6.

¹³³ D. Boullier, « Tout devient-il donnée personnelle ? », *CNIL, Cahier IP, vie privée à l'horizon 2020*, p. 32.

¹³⁴ P. Piazza, « Biométries : le nouveau sémame ? », *CNIL, Cahier IP, vie privée à l'horizon 2020*, p. 24.

non d'une identité qui correspond à un tout socialement construit et qui renseigne sur l'identité, personnelle, familiale et sociale de l'individu.

En assignant la personne à sa mêmété, la biométrie écarte la construction identitaire sociale de l'individu. Ainsi, la conquête d'une identité juridique miroir d'une identité subjective est indirectement mise à mal par cette prégnance de la biométrie. Par exemple à quoi bon vouloir faire état de son genre, dans son identité juridique lorsque la biométrie vous rattrapera et assignera toujours la personne à son sexe d'origine. Plus encore à quoi bon définir la parenté comme une construction sociale si par la suite la vérité biologique détermine le parent juridique. Selon le Doyen Cornu, « le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe... »¹³⁵. Le professeur Malaurie retient l'idée selon laquelle « ce qui fait un parent tient davantage à l'attention et aux soins portés à l'enfant qu'à sa conception »¹³⁶. Or, réassigner une identité aux individus en fonction uniquement d'un référent biologique désocialise l'identité et la perception sociale que l'individu a de lui-même. Dès lors, l'être biologique est disloqué de l'être social, à tel point que l'on s'interroge sur une déshumanisation de la personne¹³⁷.

Conclusion : Cette façon de réduire l'identité à son élément naturel s'oppose à la conception pluraliste de l'identité liée à un ensemble de caractéristiques personnelles et relationnelles non physiques qui sont historiquement et socialement construites. Dans cette perspective, si la biométrie est un outil indéniable d'identification elle ne doit pas se substituer à l'identité qui doit être la résultante d'un juste équilibre entre identité subjective et identité juridique socialement construite.

Caroline Siffrein-Blanc
MCF Aix-Marseille-Université LDPSC
EA42-90

¹³⁵ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^{ème} 2006, n°201.

¹³⁶ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La Famille*, Defrénois, coll. Droit civil, 2004, n°806.

¹³⁷ Comité consultatif national d'éthique n°98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*, avis n°98, publié le 20 juin 2007, p. 6.