

CONCOURS ENM 2019

Droit civil

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

Pierre Legendre, fondateur de l'anthropologie dogmatique, n'a eu de cesse de dénoncer dans toute son œuvre la « débâcle normative » qui caractériserait notre époque, et l'importance pour le droit d'instaurer l'interdit afin d'instituer les personnes et de contenir leurs désirs. C'est dire l'importance d'une réflexion sur la place de l'ordre public en droit des personnes, qu'il s'agisse du nom, du sexe ou du corps.

Fondé classiquement sur l'article 6 du Code civil, dont les prévisions sont relayées par des dispositions éparses du même Code, l'ordre public ne se laisse pas aisément définir. Le professeur Malaurie, après avoir souligné cette difficulté, et les variations doctrinales dans l'appréhension de cette notion-cadre à contenu variable, considère que « l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité ». L'ordre public renvoie ainsi à l'exigence primordiale d'un respect des règles de vie en société, et le droit des personnes a longtemps été en quelque sorte sa terre d'élection : comment en effet concevoir la cohésion du groupe, assurer une cohérence holistique, sans poser un certain nombre d'interdits, qu'il s'agisse du nom, du sexe ou bien du corps de la personne ? Cela appelle d'emblée deux précisions terminologiques. D'une part, bien que l'article 6 du Code civil, à côté de l'ordre public, fasse séparément référence aux bonnes mœurs, les deux notions étaient historiquement liées au point souvent de se confondre, certains auteurs considérant les bonnes mœurs comme une forme d'ordre public moral. La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 a du reste supprimé la référence aux bonnes mœurs, la liberté contractuelle comme le contenu et le but du contrat étant soumis au seul respect de l'ordre public (articles 1102, alinéa 2 et 1162 du Code civil). D'autre part, la distinction classique entre ordre public de direction et ordre public de protection est toute relative en droit des personnes : en posant des principes d'inviolabilité, d'indisponibilité, d'immutabilité, notre droit a cherché à assurer une certaine direction de la société, tout en garantissant la protection de la personne, à son corps défendant en quelque sorte. Or, cet ordre public classique s'est érodé progressivement depuis un demi-siècle, tandis que les bonnes mœurs s'effondraient. C'est devenu un lieu commun que de souligner la montée en puissance des volontés individuelles en droit des personnes, à mesure que les individus souhaitent que leurs désirs deviennent libertés, et leurs libertés des droits, qu'il s'agisse de choisir son identité (sexe et nom) ou de disposer de son corps. Puissants vecteurs de ces revendications, les droits fondamentaux, garantis notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950, et les interprétations audacieuses par les juges nationaux comme par les juges européens, ont contribué à éroder l'ordre public de défense de la société, comme l'illustre aussi bien les évolutions jurisprudentielles et les réformes législatives au regard du choix du nom (loi du 4 mars 2002) ou du changement de sexe (loi du 18 novembre 2016 parachevant une évolution amorcée par la jurisprudence interne et européenne en 1992). Un socle d'interdits traditionnels demeure afin de préserver l'identité et l'intégrité de la personne - comme nous le verrons avec l'interdit du sexe neutre ou de la gestation pour autrui - mais ce socle s'est incontestablement rétréci en droit civil, se repliant vers le droit pénal.

Cependant, est-ce à dire que la place de l'ordre public en droit des personnes est désormais résiduelle, et que le nom, le sexe et le corps de la personne sont désormais sous le seul empire des volontés individuelles ? Certes non, et cela pour plusieurs raisons qui invitent autant à la prudence qu'à la nuance. En premier lieu, les progrès des sciences en général et de la médecine en particulier ont rendu possible ce qui était jadis inconcevable : de là le besoin de nouveaux interdits et de nouveaux vecteurs de l'ordre public, qui figurent à l'article 16 du Code civil mais aussi, de façon moins altière, dans le Code de la santé publique. En second lieu, et précisément, cet ordre public « philanthropique » (D. Fenouillet) tend à promouvoir de nouvelles valeurs telles que la dignité ou l'égalité, qui dessinent un ordre public contemporain plus individualiste certes, mais non dénué d'interdits, ces derniers ayant pour fonction de protéger l'individu plus que la société. L'article 6-1 du Code civil, issu de la loi du 17 mai 2013, est à cet égard emblématique, puisqu'il dispose que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1er du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Mais alors, une interrogation supplémentaire surgit : si l'ordre public contemporain en droit des personnes se

polarise sur l'individu, est-ce encore un ordre ? En d'autres termes, l'ordre public en droit des personnes, après avoir connu une autonomisation par rapport au droit de la famille, n'est-il pas menacé par une atomisation, chaque individu réclamant de se voir reconnaître un « droit à... » ?

On le voit, qu'il s'agisse du nom, du sexe ou du corps, la place de l'ordre public en droit des personnes ne se laisse pas aisément cartographiée : sur certaines aires, c'est un constat d'érosion partielle qui s'impose (I), tandis que sur d'autres c'est à une réelle recomposition que l'on assiste (II).

I- L'ordre public en droit des personnes dans sa fonction de cohésion sociale : une érosion partielle

L'ordre public traditionnel, veillant par des interdits légaux, à la défense de la société, connaît un recul certain, dont il importe de mesurer avec précision la portée, en se méfiant notamment des trompe-l'œil, car on présente parfois certaines solutions comme des exceptions à des principes, alors que ces derniers étaient en réalité mal assurés. Ce recul pourrait donc n'être que relatif (B).

A- Un recul certain de l'ordre public

Il est fréquent de commenter l'érosion de l'ordre public en droit des personnes comme un lent processus de multiplication des exceptions à des « règles impératives » formulées en recourant aux notions d'indisponibilité et d'immutabilité, qu'il s'agisse du nom, du sexe ou du corps. Or, l'observation du droit positif montre que l'ordre public classique en droit des personnes, imposé par la loi, était fondé sur des « principes » dont la consistance était en réalité assez douteuse, des principes friables en somme, ce qui en facilitait l'érosion : « l'indisponibilité du corps humain » apparaît comme un principe chimérique (1), tandis que « l'indisponibilité de l'état des personnes » fait figure de principe fortement malmené (2).

1- « L'indisponibilité du corps humain » : un principe chimérique

Le 31 mai 1991, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, a solennellement condamné le contrat de maternité de substitution, au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil, en considérant que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (Assemblée plénière 31 mai 1991).

La formule, altière, avait de quoi intimider : la Cour de cassation semblait s'inscrire ainsi dans une longue tradition, selon laquelle le corps de la personne serait indisponible. Or, par cet arrêt, la Cour de cassation tentait plutôt de faire exister un principe qui n'avait jamais été explicitement consacré par la loi, et sur lequel la doctrine se montrait fort discrète. Du reste, lorsque la loi dite « bioéthique » du 29 juillet 1994 entérina l'interdit de la gestation pour autrui, à l'article 16-7 du Code civil, elle se garda bien de poser explicitement un principe d'indisponibilité du corps humain au titre de ce nouveau corps de règles qui sont d'ordre public (article 16-9 du Code civil). Rien de surprenant à cela : entretemps, la Cour de cassation avait dû admettre, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 25 mars 1992), qu'une personne ayant changé de sexe puisse obtenir une modification de son état civil (Assemblée plénière 11 décembre 1992). Or, changer de sexe, n'est-ce pas disposer de son corps ? Deux conditions étaient à l'époque exigées : une expertise médicale judiciairement ordonnée et un traitement médico-chirurgical s'analysant généralement comme une opération de réassignation sexuelle totale, c'est-à-dire une reconstruction des organes génitaux.

Après les arrêts de 1992, la Cour de cassation n'avait plus modifié sa jurisprudence, tandis que le législateur restait muet sur la question. Pourtant, les réalités sociales évoluaient : nombreux étaient les transsexuels qui refusaient de se soumettre à une expertise judiciaire et préféraient subir des traitements innovants moins lourds, et moins attentatoires à leur intégrité physique, comme un traitement hormonal éventuellement accompagné d'opérations de chirurgie plastique. Des rapports tant internationaux que nationaux ont en ce sens milité pour un assouplissement des conditions du changement de sexe. Les juridictions de fond étaient profondément divisées sur les conditions du changement de sexe, certaines juridictions prenant acte de

ces évolutions tandis que d'autres conservaient la position initiale de la Cour de cassation. Cette dernière finit par sortir de sa réserve, maintenant sa jurisprudence de 1992 : la rectification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance était subordonnée à la preuve de la réalité du syndrome transsexuel et au caractère irréversible du processus médical du changement de sexe (Civile 1^{ère} 7 juin 2012 ; Civile 1^{ère} 13 février 2013). Cette jurisprudence a été brisée par la loi J21 du 18 novembre 2016 : d'une part, la loi ouvre le changement de sexe non plus seulement aux personnes souffrant du transsexualisme mais à toute personne « majeure ou mineure émancipée » (article 61-5 alinéa 1^{er} du Code civil) ; d'autre part, si la procédure reste judiciaire, les conditions du changement de sexe évoluent profondément. En effet, le législateur a pris soin de ne se référer à aucune condition d'ordre médical. Une disposition spécifique prévoit que « le fait de ne pas subir des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » (article 61-6, alinéa 3 du Code civil). On le voit : le législateur n'a jamais consacré explicitement un principe d'indisponibilité du corps humain ; il s'est au contraire prononcé pour une certaine disponibilité de ce corps au regard du changement de sexe, ce qui l'obligeait, pour être conséquent, à entamer le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, afin de faire correspondre la mention du prénom, du nom et du sexe à l'état civil aux comportements adoptés par la personne en société.

2- « L'indisponibilité de l'état des personnes » : un principe malmené

Certes, on ne prétendra pas que la Cour de cassation avait découvert en 1991 le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, car il présentait des assises plus fermes que celui d'indisponibilité du corps humain.

Rappelons que l'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique qui peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit. S'agissant du nom et du prénom, la Révolution a légué un principe ferme : « aucun citoyen ne peut porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance » (Loi du 6 fructidor an II). Les changements permis ne peuvent être que consécutifs à des changements d'état, encore que, pour un enfant majeur, tout changement de nom, même consécutif à un changement d'état, soit subordonné à son consentement (article 61-3, alinéa 2 du Code civil) ou à un changement direct par décret (articles 61 et suivants du Code civil). Depuis 1972, la doctrine avait induit de l'article 311-9 du Code civil, selon lequel les « actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation », le principe de l'indisponibilité des actions d'état, et plus largement de l'état des personnes.

Cela dit, il est difficilement contestable que les applications en droit positif de ce supposé principe, déjà très comptées, allaient en se raréfiant progressivement. Ainsi du nom, que l'on a longtemps dit indisponible et immuable, comme l'état dont il fait partie. En effet, les lois du 3 janvier 1972 et 11 juillet 1975 ont permis des arrangements à son propos et la voie de cette libéralisation a été très tôt suivie par la jurisprudence, qui donna à un individu la possibilité de choisir entre « la règle jurisprudentielle de la prescription acquisitive du nom et celle, traditionnelle, de l'absence de prescription extinctive en cette matière » (Civile 1^{ère} 15 mars 1988). C'était poser un principe de liberté qui assouplissait les principes d'immutabilité et d'indisponibilité du nom, liberté qui n'a cessé de s'affermir depuis lors. D'abord, s'agissant du nom des personnes physiques - car pour le nom commercial il est admis depuis longtemps que l'on peut en disposer, alors même qu'il serait aussi celui d'une personne physique -, le caractère immuable qui découlait de son rôle d'institution de police se vérifie de moins en moins au fur et mesure que le nom semble glisser dans la catégorie des droits de la personnalité et renouer avec des dimensions plus subjectives. Ensuite, et précisément, c'est sur le fondement du respect de la vie privée que la Cour de cassation a admis la modification de l'état civil d'un transsexuel et le changement de la mention du sexe auquel le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne fait plus obstacle (Assemblée plénière 11 décembre 1992) ; c'est aussi parce que le nom fait partie de l'apparence sociale (possession d'état), que la loi du 18 novembre 2016 en facilite le changement pour le transsexuel. Au-delà de cette question du transsexualisme, cette pente libérale se retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui admet que la procédure de changement de nom puisse être fondée sur des motifs purement affectifs (CE 31 janvier 2014). Enfin, cette corrosion des principes d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes en général et du nom en particulier a été amplifiée par la loi du 4 mars 2002. En effet, cette loi donne aux parents une plus grande liberté de choix du nom de leur enfant (article 311-21 du Code civil), voire la possibilité d'en solliciter plus tard la modification (article 311-23 du Code civil). Le glissement est plus sensible encore pour le prénom, dont la liberté

de choix et de changement paraît désormais très décalée par rapport aux principes traditionnels de l'état civil. Les parents peuvent choisir les prénoms de l'enfant (voire son nom, puisqu'une femme qui demande à ce que le secret de son identité soit conservé peut choisir les prénoms de l'enfant, le dernier des prénoms tenant alors lieu de nom) sans que l'officier de l'état civil puisse s'y opposer (article 57, alinéa 2 du Code civil). Il est vrai, tout contrôle n'a pas disparu, mais il ne resurgit qu'*a posteriori* par l'intermédiaire du JAF et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant (article 57, alinéas 3 et 4 du Code civil).

C'est déjà signaler que ce recul de l'ordre public « classique », légal et directif, doit être nuancé, car certaines bornes de la liberté individuelle demeurent, que ces bornes soient posées par la loi ou par le juge.

B- Un recul relatif de l'ordre public

Pierre Legendre considère que la dimension dogmatique et tutélaire du droit est fondamentale, car elle participe de l'institution de la personne, et la protège elle-même contre ses démons, ses « délires » dirait l'auteur. Cette fonction anthropologique du droit, véhiculée par l'ordre public en droit des personnes, n'a pas disparu, et des interdits continuent à être posés et rappelés aux individus. Il n'est pas toujours aisé d'identifier les valeurs sociales promues par cet ordre public classique rémanent, mais on peut considérer schématiquement qu'elles correspondent aux impératifs de protection de la personne, dans son identité (1) et son intégrité (2).

1- L'impératif de protection de l'identité de la personne

L'état des personnes revêt une dimension d'ordre public puisqu'il est lié à la personne elle-même et exclusif de conventions : il fixe son identité et cela intéresse l'intérêt général non seulement parce que cette identité garantit la police d'identification des personnes, mais aussi parce que cela les préserve des troubles psychiques que pourrait leur valoir une absence d'identité, d'arrimage à une famille, un pays, une Nation.

C'est pourquoi le rempart de l'ordre public reste solide en certains endroits, et que le contrôle judiciaire, corrélativement, s'est considérablement développé au fur et à mesure que s'étendaient les espaces de liberté. En effet, l'attribution d'un état civil est d'ordre public : « un intérêt d'ordre public s'attache à ce qu'une personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil » (Paris, 2 avril 1998). À cet effet, l'article 55 du Code civil prévoit que, lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans les cinq jours de l'accouchement, elle pourra être inscrite sur les registres de l'état civil en vertu d'un jugement.

Or, lorsque le juge a à connaître d'une question relative à l'état civil de la personne, il continue, aujourd'hui comme hier, à tenir compte des impératifs de l'ordre public. En premier lieu, ce sont ces impératifs qui ont pu justifier naguère un refus de transcription à l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA pratiqué en Californie (Civile 1^{ère} 6 avril 2011). En deuxième lieu, lorsqu'il examine ces impératifs d'intérêt général au titre d'un changement de nom, le juge opère une balance des intérêts en présence et tient compte des « risques de déconstruction de la personnalité et de lourdes répercussions psychologiques » (Civile 1^{ère} 11 juillet 2006). En troisième lieu, le juge ne saurait se substituer au législateur pour instituer de nouvelles catégories juridiques relatives à l'état des personnes, comme l'a montré de façon exemplaire l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017 relatif à la demande en modification d'état civil d'une personne intersexuée (Civile 1^{ère} 4 mai 2017). Dans cette affaire, le requérant, qui est né avec des organes génitaux ne correspondant ni à ceux d'un homme ni à ceux d'une femme et n'a subi aucune intervention chirurgicale, demandait à ce que son état civil soit modifié pour porter la mention d'un sexe neutre. Rejetant la demande du requérant, la Cour de cassation a considéré que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Certes, l'article 57 du Code civil qui fait état des mentions obligatoires devant figurer sur l'état civil ne se réfère aucunement à une dualité sexuelle féminin/masculin, ce qui laissait *a priori* la porte ouverte à la reconnaissance d'un sexe neutre. Cela dit, si l'article 57 du Code civil demeure silencieux sur ce point, la binarité sexuelle résulte d'autres dispositions législatives, telles que l'article 388 du Code civil qui évoque « l'un ou l'autre sexe ». En d'autres termes, s'il est permis aux transsexuels de modifier leur état civil pour refléter leur identité sexuelle, il n'est en revanche pas question d'une autre catégorie sexuelle permettant de refléter l'ambiguïté des personnes intersexuées. En effet, comme le soutient à juste titre la Cour

de cassation, la reconnaissance d'un sexe neutre aurait eu « des répercussions profondes sur les règles du droit français ». Or, si les juges assument de prendre leur part au contrôle de l'ordre public, ils se sauraient empiéter sur les compétences du législateur en créant une nouvelle catégorie d'état des personnes qui serait d'origine purement prétorienne.

2- L'impératif de protection de l'intégrité de la personne

Traditionnellement, notre droit refuse de considérer le corps humain comme une simple chose. Le corps n'est pas un simple assemblage de cellules et d'organes : il est le support de la personne en tant qu'être. On en a toujours déduit un principe d'ordre public selon lequel le corps humain est inviolable (article 16-1, alinéa 2 du Code civil).

Le corollaire de cette inviolabilité est que toute atteinte à son intégrité suppose le consentement préalable de l'intéressé (article 16-3, alinéa 2 du Code civil). Il est fait spécialement application de ce principe pour le prélèvement et la collecte des éléments et produits du corps humain (article L. 1211-2 du Code de la santé publique). Ces principes fermes de l'ordre public classique ont une assise légale certaine et s'inscrivent dans une tradition historique indéniable : *Noli me tangere*... Ils concourent à la protection de l'intégrité du corps humain, considéré comme le substrat de la personne.

Sous cette lumière, la démedicalisation du changement de sexe peut être relue comme une protection de l'intégrité de la personne. En effet, la jurisprudence antérieure à la loi du 18 novembre 2016 conduisait à soumettre les transsexuels qui souhaitaient obtenir un changement de leur état civil à une opération à la fois très invasive et nécessairement stérilisante. Les revendications en faveur d'un changement de sexe sans condition d'opération médicale apparaissent en quelque sorte comme une révolte contre cet état du droit positif, les personnes intéressées se refusant à consentir à des atteintes aussi fortes à leur intégrité. La Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a eu à connaître de cette jurisprudence antérieure à la loi du 18 novembre 2016, n'a pas dit autre chose : « conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants qu'elles ne souhaitent pas subir revient à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit à l'intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention » (CEDH 6 avril 2017). On ne saurait mieux dire, et l'on perçoit ici non seulement la pluralité des ordres publics mais encore les trompe-l'œil qui faussent les perspectives : le changement de sexe à l'état civil était conditionné de façon drastique au nom d'un ordre public évanescent (l'indisponibilité du corps et l'immutabilité de l'état des personnes), tandis que la déconstruction de ces conditions garantit un ordre public plus consistant, celui qui est attaché à l'intégrité du corps.

Il apparaît ainsi que le déclin de l'ordre public classique mérite d'être nuancé, et cela d'autant plus que l'influence des droits fondamentaux et de leur protection dynamique par la Cour européenne des droits de l'homme concourent à la recomposition des espaces de l'ordre public et des valeurs qu'il véhicule.

II- L'ordre public en droit des personnes comme garantie du respect de l'individu : une dynamique de recomposition

Si l'ordre public classique, assuré par un droit national souverain, est soucieux du respect de la société, l'ordre public contemporain qui émerge sous l'influence du droit international, est soucieux avant tout du respect des individus. Ainsi, sous l'influence des droits fondamentaux, émerge un ordre public philanthropique fondé le respect des personnes, plus précisément dans leur dignité (A) et pour assurer leur égalité (B).

A- La promotion d'un ordre public philanthropique fondé sur la dignité

Longtemps considérée comme une notion philosophique, de droit naturel, la dignité a acquis une certaine juridicité à partir de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 (DC 27 juillet 1994), sans que les sages en précisent le contenu et la portée. Depuis lors, les occurrences à la notion ont fait florès, tant en droit interne qu'en droit international, même si la consistance de la notion est parfois sujette à caution : les

ambiguïtés ne manquent pas, que l'on considère la dignité de la personne (1) ou la dignité de tout être humain (2).

1- La dignité de la personne humaine

La loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à sa dignité (article 16 du Code civil). Nouveau vecteur d'un ordre public « philanthropique » (D. Fenouillet), l'ensemble formé par les articles 16 et suivants veille au primat de l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

Ces dispositions, expressément qualifiées comme étant d'ordre public (article 16-9 du Code civil), ont permis à la jurisprudence de protéger efficacement le corps humain, lorsqu'il était saisi dans son entier, du vivant de la personne. Ainsi de l'interdiction du « lancer de nain » (CE 27 octobre 1995), d'un affichage publicitaire (affaire Benetton, Paris 28 mai 1996), d'un spectacle (affaire Dieudonné, CE, référé, 9 janvier 2014) ou bien encore d'une publication lorsqu'elle n'est pas justifiée par les nécessités de l'information (Civile 1^{ère} 1^{er} juillet 2010). Ces riches déclinaisons ne doivent pas occulter les ambiguïtés que recèle la notion de dignité. Tantôt, en effet, la dignité est saisie dans son acception collective : cela permet alors de compléter la protection de l'intégrité en limitant la liberté de l'individu, comme ce fut le cas de façon exemplaire dans l'affaire des lancers de nains ; tantôt, au contraire, la dignité est saisie dans une acception individuelle qui exalte la liberté afin de mieux légitimer des atteintes à l'intégrité. Or, aucune décision du Conseil constitutionnel ne vient affirmer la primauté de la dignité collective sur la dignité individuelle, et l'on notera que depuis 1994 aucune loi n'a été invalidée pour manquement à la dignité.

Outre ces ambiguïtés, la notion de dignité de la personne paraît singulièrement inadaptée lorsqu'on considère le corps humain non dans son entier, mais au regard des éléments et produits détachés du corps : difficile, en effet, de considérer le sang ou un rein comme le substrat de la personne. Or, ici encore, les faux-semblants affleurent. Tel est le cas avec le supposé principe de non-commercialité du corps humain que la doctrine induisait de l'article 1128 du Code civil, désormais supprimé par l'ordonnance du 10 février 2016. On considèrerait ainsi que le corps entrerait dans la catégorie des choses hors du commerce et ne pouvait, à ce titre, faire l'objet d'aucun contrat. Cette indisponibilité supposée était trompeuse : en réalité, les choses corporelles peuvent faire l'objet de contrats, mais dont la validité est soumise à des conditions qui ne se limitent pas à celles du droit commun (consentement, capacité, contenu certain et licite). Ces conditions figurent non seulement dans le Code civil (on songe à la non-patrimonialité de l'article 16-5 du Code civil, qui ne doit pas être confondue avec la non-commercialité) mais encore dans le Code de la santé publique. Il faut dire que les progrès réalisés dans le domaine de la médecine et de la biologie ont modifié l'appréhension du corps. Le corps humain apparaît davantage aujourd'hui comme une juxtaposition d'éléments auxquels les possibilités de transplantation ont donné une valeur qu'ils n'avaient pas jusqu'alors. Face à cette évolution, le législateur a estimé que les grands principes d'autrefois n'étaient plus suffisants et devraient être relayés par une réglementation plus précise, protégeant les choses corporelles de façon graduée, selon les intérêts en présence : une greffe de rein sera entourée d'une réglementation impérative plus dense qu'un don de sang, lequel est plus encadré qu'une cession de phanères...

2- La dignité de tout être humain

Non seulement la dignité peut renvoyer à une dignité individuelle ou collective, mais elle peut aussi aller au-delà de la protection de la personne et concerner tout être humain, en amont de la naissance ou après la mort, une fois la personnalité juridique abolie. Du reste, le Conseil constitutionnel, après avoir semblé cantonner la dignité à la personne (CC 27 juillet 1994), admet désormais qu'elle puisse protéger tout être humain, y compris le corps de l'enfant à naître (CC 27 juin 2001 IVG II).

S'agissant du cadavre, de nouveaux équilibres peuvent être observés, qui sont autant de révélateurs des intérêts protégés par ce nouvel ordre public philanthropique. D'une part, s'agissant des prélèvements d'organes ou de tissus, cellules et produits sur une personne majeure décédée, ils peuvent être effectués dès lors que, de son vivant, la personne concernée n'a pas fait connaître son refus (article L. 1232-1, al. 3 du Code de la santé publique). D'autre part, la loi du 19 décembre 2008 a ajouté dans le Code civil un article 16-1-1 pour imposer respect, dignité et décence dans le traitement du corps humain après la mort. Cette extension de la

protection de la dignité au corps humain après la mort a trouvé à s'appliquer de façon aussi exemplaire que médiatique dans l'affaire « Our body/ À corps ouverts » : la Cour de cassation confirme la solution des juges du fond et l'interdiction en référé d'une exposition qui présentait des corps humains plastinés, considérant « qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence » et « que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence » (Civile 1^{ère} 16 septembre 2010).

La dignité s'impose dès lors comme un nouveau fondement de l'ordre public en droit des personnes qui, en dépit de ses ambiguïtés (ou grâce à elles ?), permet de poser de nouveaux interdits, en proscrivant ce qui autrefois était proprement inconcevable. Cette dignité des individus est d'autant mieux garantie qu'aucune discrimination n'est opérée, au nom cette fois de l'égalité.

B- La promotion d'un ordre public philanthropique fondé sur l'égalité

S'il est une notion qui fait figure de nouveau vecteur de l'ordre public international, c'est bien celle de non-discrimination, promue notamment par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Là où la conception française traditionnelle avait tendance à considérer qu'une différence de traitement pouvait être légitimée au nom d'une différence de situations, la conception européenne - que les juridictions nationales tendent aujourd'hui à relayer - vise à araser toutes les différences de traitement entre les individus, afin de promouvoir la plus grande égalité possible entre eux. Cela se vérifie, d'une part, au regard de l'égalité des familles, indépendamment de l'orientation sexuelle des personnes qui les fondent (1) ; d'autre part, au regard de l'égalité des personnes dans leur vie privée et familiale (2).

1- L'égalité des personnes pour fonder une famille

L'article 6-1 du Code civil, issu de la loi du 17 mai 2013, dispose que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent Code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

Ainsi, si le mariage n'est pas d'ordre public - puisque la loi admet d'autres formes d'unions (concubinage et pacte civil de solidarité) et que le célibat est permis - le droit au mariage et la liberté du mariage ont certainement un caractère d'ordre public. Ce droit est consacré par plusieurs conventions internationales, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (article 12) et par le Conseil constitutionnel (qui voit dans la liberté du mariage l'une des composantes de la liberté individuelle, CC 13 août 1993 et 20 novembre 2003). La liberté du mariage est donc assurément une liberté fondamentale sur laquelle on ne pourrait convenir. La dynamique égalitaire a été accélérée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui a notamment considéré que le transsexuel ne doit pas être privé du droit de se marier avec une personne de sexe opposé à son sexe apparent en application des articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme : « le fait que le droit national retienne aux fins de mariage le sexe enregistré à la naissance constitue en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. » (CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c./ Royaume-Uni*). Depuis l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, le droit de se marier du transsexuel ne se limite plus à la personne de sexe opposé à son sexe apparent : le transsexuel peut décider de se marier avec une personne de sexe opposé ou de sexe identique à son sexe apparent.

En effet, l'article 6-1, introduit par la loi du 17 mai 2013, a vocation à poser un principe général qui s'impose au législateur, puisqu'il figure dans le titre liminaire qui traite « De la publication, des effets et de l'application des lois en général ». Cette transversalité assure un très grand rayonnement à la disposition : l'égalité de traitement qui est ici promue s'impose dans le cadre de l'application de l'ensemble des autres lois, même postérieures, et des actes réglementaires. L'objectif des rédacteurs de ce texte a été d'assurer la pleine efficacité de la réforme en interdisant au juge toute interprétation qui pourrait en freiner le rayonnement. Cela dit, il faut désormais se demander ce qui est réellement d'ordre public dans cette liberté et ce qu'elle concerne exactement. Si la liberté de se marier entre deux personnes de sexe différent faisait partie depuis longtemps de l'ordre public, faut-il admettre que cette liberté s'étend en toute hypothèse jusqu'à l'union de deux personnes de même sexe ? La question a été tranchée, en droit interne, par la loi du 17 mai 2013, mais elle demeure de façon délicate en

droit international. La liberté de se marier de deux personnes de même sexe est-elle si importante qu'elle fasse désormais partie de l'ordre public international français ce qui permettrait de l'imposer aux autres, y compris aux États ayant signé des conventions qui l'excluent *a priori* ? Si tel était le cas, le mue de l'ordre public en droit des personnes serait très importante : nous évoluerions alors d'un ordre public défensif à un ordre public offensif, cherchant à convaincre les autres pays (extérieurs au Conseil de l'Europe) de la pertinence de nos choix de société. Choix qui ne font pas toujours l'unanimité en France, comme en témoigne la réception doctrinale de l'arrêt du 4 décembre 2013 ayant conduit à la validation d'un mariage incestueux au terme d'un contrôle de proportionnalité et au mépris des articles 161 et 184 du Code civil (Civile 1^{ère} 4 décembre 2013).

2- L'égalité des personnes dans leur vie privée et familiale

Une fois la famille fondée – et quelle soit l'orientation sexuelle de ceux qui l'on fondée – le même puissant principe d'égalité s'impose entre personnes dans leur vie privée et familiale. Cette égalisation des conditions, que le droit interne connaissait certes déjà avant que l'influence des droits fondamentaux ne se fasse sentir, a été toutefois considérablement accélérée par cette fondamentalisation.

Les juges strasbourgeois raisonnent en termes de protection de la vie privée (article 8 de la Convention, souvent conjugué avec l'article 14), afin de considérer si des différences de traitement sont proportionnées ou non aux objectifs que la législation interne se proposait d'atteindre. Certes, la Cour européenne prend rarement le parti de désavouer frontalement une règle de l'ordre public national « classique » et use régulièrement de la notion de « marge d'appréciation » (CEDH 9 juin 2016 *Chapin et Charpentier contre France* : affaire des « mariés de Bègles »). Cela ne l'empêche pas d'entrer en voie de condamnation, par le biais d'une technique singulière, que la Cour de cassation a récemment adoptée, celle du contrôle de proportionnalité ; cela lui permet, au nom des droits fondamentaux, de contourner les règles de l'ordre public national classique, pour promouvoir un nouvel ordre public égalitaire. Ainsi du principe d'égalité dans l'attribution du nom : la Cour européenne est sensible à cette égalité (CEDH 22 février 1994 : à propos d'une loi suisse considérée comme une différence de traitement manquant de justification objective et raisonnable), le droit français est à l'unisson : en cas de désaccord entre les parents, l'enfant se verra attribuer le nom de ses deux parents, accolés dans l'ordre alphabétique (article 311-21, alinéa 1^{er}, *in fine*, du Code civil modifié par la loi du 17 mai 2013).

En effet, dans la hiérarchie des normes, il n'est pas fait de distinction entre les règles légales d'ordre public et les autres, toutes faisant partie d'un même bloc de légalité, uniformément inféodé au bloc de conventionnalité. Dès lors, on pourrait penser observer de multiples contournements de l'ordre public national, au motif que telle règle impérative ou d'indisponibilité, applicable en l'espèce, ne serait pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. On doit toutefois observer que la Cour de cassation fait montre d'une plus grande prudence, comme l'illustre le contentieux de la gestation pour autrui. On sait que la haute juridiction a été appelée à statuer sur la conformité des dispositions nationales prohibant la GPA aux articles 3, § 1, de la Convention de New York (intérêt supérieur de l'enfant) et 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale). Dans un arrêt du 13 septembre 2013, elle a affirmé que les dispositions de l'un et l'autre de ces textes internationaux « ne sauraient être utilement invoquées » pour neutraliser la portée de l'article 16-7 du code civil (Civile 1^{ère} 4 décembre 2013). Cela dit, la Cour de cassation a voulu malgré tout compléter sa position pour permettre une transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français d'état civil (Assemblée plénière 3 juillet 2015 ; 5 octobre 2018) : se bornant à une lecture de l'article 47 du Code civil, interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation se réfugie dans une analyse formelle de l'acte étranger dont la transcription est sollicitée, sans porter le moindre jugement de valeur sur l'article 16-7 du Code civil. Ce jeu d'équilibriste permet de considérer comme contraire au droit au respect de la vie privée et familiale, sinon l'article 16-7 lui-même, du moins l'un de ses effets, soit l'interdiction d'établir la paternité du commanditaire-générateur : les enfants issus d'une gestation pour autrui doivent être traités de façon égalitaire, même si la gestation pour autrui est illicite.

Conclusion : Au terme de cette étude, on perçoit combien il existe des ordres publics, et non un ordre public en droit des personnes : pluralité des vecteurs (articles 6, 6-1 et 16 du Code civil et articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme notamment), pluralité des valeurs (défense de la société certes, mais aussi respect de l'individu, au nom des principes de dignité et d'égalité). En somme, la place de l'ordre

public évolue, mais elle ne disparaît pas. C'est moins l'ordre public en soi qui se rétracte, que l'ordre public dans sa version traditionnelle, légale et défensive. À la place, on voit émerger un ordre public contemporain, judiciaire, et souvent offensif, cherchant à promouvoir des valeurs individualistes plutôt qu'à défendre la société. Cette nouvelle Cité idéale ne fait pas l'unanimité : certains auteurs, tenant d'un droit national au service de la souveraineté, s'affligent de la montée en puissance d'un droit international au service des minorités. Cette critique, politique, se double d'une inquiétude, sur un plan plus technique : sans vouloir jouer sur les mots, des ordres publics, n'est-ce pas un facteur de désordre ? Est-ce encore un ordre ? Peut-on encore fonder une cohésion sociale sur la protection de désirs individuels ? Cette question intéresse au premier chef les juges judiciaires, dont les raisonnements sont amenés à évoluer. Le contrôle dit « de proportionnalité », ayant aujourd'hui les faveurs de la Cour de cassation, pourrait jouer un rôle dans cette évolution. Dès lors que le juge considère que l'application du texte national porte excessivement atteinte, non pas à tel droit fondamental conçu abstraitement (contrôle de conventionnalité classique), mais à celui, concret, du plaideur, il l'écarte ; mais il pourra statuer autrement à l'occasion d'une affaire ultérieure, dans laquelle, au contraire, la disproportion ne lui paraîtra pas caractérisée au regard des faits de l'espèce. Viendrait alors le temps d'une casuistique de l'ordre public en droit des personnes !