

L'IDENTITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES
EN DROIT PRIVÉ
REMARQUES EN GUISE D'INTRODUCTION

PAR

Alain BERNARD

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Le thème de l'identité traverse à l'évidence l'ensemble des sciences sociales¹ et nourrit le débat public. Le droit privé resterait-il à l'écart de ce mouvement ? A consulter l'index des manuels de droit civil consacrés à la personne, on constate que le mot n'y figure qu'exceptionnellement². D'ailleurs, le code civil l'ignore, tout comme il ignore le mot individualisation, apparu en

1. Cf. Lévi-Strauss (C.), *L'identité*, Paris, PUF, 1977, qui 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 qu'étudient les ethnologues..." (p. 9), et il observe, amusé, "à supposer que l'identité ait elle aussi ses relations d'incertitude, la foi que nous mettons encore en elle pourrait n'être que le respect d'un état de civilisation dont la durée aura été limitée à quelques siècles. Mais alors, la fameuse crise de l'identité dont on nous rabat les oreilles acquerrait une toute autre signification. Elle apparaîtrait comme un indice attendrissant et puéril que nos petites personnes approchent du point où chacune doit renoncer à se prendre pour l'essentiel : fonction instable et non réalité substantielle, lieu et moment, pareillement éphémères, de concours, d'échanges et de conflits auxquels participent seules, et dans une mesure chaque fois infinitésimale, les forces de la nature et de l'histoire suprêmement indifférentes à notre autisme" (p. 11).

2. Cf. à titre d'exemple, Cornu (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Montchrestien, 6ème éd., 1993, qui consacre un chapitre à "La distinction des personnes et l'état civil", dans lequel l'auteur traite de "l'état des personnes" et notamment du nom, du domicile et de l'absence. Teyssié (B.), *Droit civil, Les personnes*, Litec, consacre le premier chapitre de son ouvrage à "L'individualisation des personnes physiques" et la section 2 étudie "L'identification de la personne". Le terme "d'identification" se retrouve sous la plume de M. Malaurie [Malaurie (Ph.) et Aynes (L.)], *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, par Ph. Malaurie, éd. Cujas] qui étudie le nom, le domicile et les actes de l'état civil. M.-Ch. Atias

1803. Les juristes préfèrent parler de "l'identification", entendue comme "action d'identifier" ou comme "résultat de cette action". Cette attitude signale déjà que le droit s'intéresse moins à la personne qu'à son réseau de relations et montre à la fois l'intérêt mais aussi les limites du sujet.

En effet, le droit ne fournit pas de réponse à des questions qu'il n'a pas pour mission de résoudre. Evoquer l'identité des personnes dans une perspective juridique ne permettra pas de définir la notion d'identité de façon plus assurée que ne le fait, par exemple, la psychologie ou la sociologie. De même, prétendre que la catégorie de personne permet une définition de l'homme réel constitue une escroquerie (entendue, justement, comme délit facilité par l'usage d'une fausse qualité). En effet, le droit ne s'intéresse pas à l'homme en soi, pour autant que cette expression signifie quelque chose. Robinson ne relève pas de l'empire du droit - peut-être même pas en présence de Vendredi, il manque le juge. La catégorie de "personne" ne recouvre pas le concept d'être humain. En effet, cette catégorie juridique compte aussi des sujets qui ne sont pas des hommes, les personnes morales comme l'État ou les sociétés de commerce. Et, à certaines périodes de l'histoire guère si éloignées, des êtres humains subissaient l'exclusion : les esclaves certes, mais aussi les condamnés à la mort civile. Ainsi, il convient d'éviter la confusion - parfois commise par des juristes eux-mêmes - entre la personne, au sens du droit, et l'individu humain. La qualité de personne n'est qu'une qualité attribuée par le système juridique, elle ne résulte pas du caractère humain, présenté par le sujet, ou d'une propriété naturelle³. Il ne s'agit que d'une qualification, autrement dit d'une manière juridique de construire la réalité afin d'appliquer des normes de droit.

Mais si les catégories juridiques ne peuvent rendre compte du monde des réalités, nul doute qu'elles subissent des influences extérieures. Les catégories juridiques ne se construisent pas en autarcie. Les alluvions de l'histoire se déposent et par couches successives viennent apposer des repeints de pudeur

(suite note 2) (*Les personnes, les incapacités*, PUF) ne fait pas figurer l'identité dans l'index de son ouvrage. Mais "l'identité" sert de titre à une subdivision du paragraphe consacrée à "La protection de la personnalité", subdivision qui évoque les atteintes à la personnalité par l'utilisation du nom, de l'image et de la voix. Par ailleurs, un chapitre traite de "L'identification des personnes" dans lequel sont étudiées les règles relatives au nom. Seul l'ouvrage de M. Carbonnier (*Droit civil, Les personnes*, PUF) fait référence dans son Index à l'identité et renvoie au chapitre intitulé "Individualisation de la personne physique" qui traite du nom, du rattachement à un lieu, des actes de l'état civil et du sexe.

3. Cf. La Pradelle (G. de), *L'homme juridique*, Paris, Maspero, 1979 ; et Grzegorzeczyk (Ch.), "Le sujet de droit : trois hypostases", *A.P.D.*, tome 34, *Le sujet de droit*, Sirey, 1989, 9, article lumineux car il éclaire une question passablement obscurcie par les juristes eux-mêmes dans la querelle de pouvoir qui les oppose aux scientifiques. Cf. par exemple Cayla (O.), "Ouverture : bioéthique ou biodroit ?", in *Biologie, personne et droit*, *Droits* n° 13, PUF, 1991, 3) ou dans le même ouvrage, Edelman (B.), "Génétique et liberté", p. 31 et s. et surtout, "Réponse à Luc Ferry", p. 55 et s., confus en diable et prononçant l'anathème. En tous cas, bien éloignés de la composition traditionnelle des débats doctrinaux. Il est vrai que l'adversaire ne se recrute pas principalement dans la confrérie des juristes, ce qui lève peut-être certaines inhibitions.

lorsque l'affinement des sensibilités l'exige. De ce point de vue la catégorie de la personne, plus qu'une autre peut-être, a subi tant de retouches que le vieux masque romain - d'où le mot tirait son ascendance - paraîtrait méconnaissable à ceux qui s'en affublaient. Les croyances religieuses, la raison philosophique et l'état des mœurs commandent des aménagements successifs. Constaté ces influences exige un effort tout particulier : je suis une personne et je remplis, inconsciemment au moins, cette notion de toutes les représentations que je partage avec mes contemporains. Or, l'individualisme moderne acclimata à propos du sujet des conceptions radicalement neuves mais dont le caractère extraordinaire s'estompe et qui semblent naturelles. La première tâche de ce propos introductif consistera justement à opérer un relevé géologique pour dégager les grandes lignes du processus de sédimentation qui conduisent à la notion de personne juridique et à son individualisation.

Ensuite, la difficulté de la réflexion sur l'identité provient de ce que la théorie de l'identité se construit autour de deux pôles. L'identité apparaît d'abord comme un fait de conscience subjectif, individuel. Un sentiment d'être par lequel l'individu éprouve que son "moi" le distingue radicalement des autres. Par ailleurs, l'identité se construit dans le rapport à l'autre et émerge dans la vie sociale. En effet, la vie collective exige une certaine stabilité des agents sociaux et une prévisibilité de leurs comportements. Elle assigne donc aux individus certaines caractéristiques et façonne leur comportement en fonction de ces attributs. Par exemple, l'individu sera classé chez les femmes ou chez les hommes ce qui déterminera, au moins pour partie, son comportement. Cette recherche de stabilité ou de permanence, qui conduit les individus à considérer que leur existence forme un ensemble orienté par un projet, contribue à ce que M. P. Bourdieu appelle l'"illusion biographique"⁴. Le droit contribue à ce mécanisme fixateur en assurant la permanence de certains éléments de l'identité, le nom par exemple, et en plaçant ces éléments hors de portée de la volonté individuelle.

Mais, par ailleurs, le sujet peut être amené au cours de sa vie à assumer un certain nombre de rôles, relatifs à l'âge, au sexe ou au métier par exemple. La vie sociale semble un théâtre, où chaque acteur doit jouer divers rôles d'un répertoire défini socio-culturellement et qui contribuent à la perception et à la définition de soi⁵. Malgré cette diversité des marques, ou peut-être à cause d'elle, l'individu garde la conscience de son unité. Unité reconnue par autrui, attestée par le droit qui garantit la permanence de certains éléments de l'identité. Avec un peu de lucidité, l'acteur se voit jouer un rôle, ce qui souligne la distance entre le moi "véritable" et ce rôle. Mais surtout, l'individu déploie des "stratégies identitaires"⁶. Il dispose d'une certaine liberté du choix de ses

4. "L'illusion biographique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, juin 1986, p. 69 s.

5. Cf. Goffman (E.), *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, éd. Minuit, 1973, vol. 1, *La présentation de soi*, vol. 2, *Les relations en public* ; ou *Stigmates*, Paris, éd. Minuit, 1975.

6. Titre d'un ouvrage collectif passionnant, Camilleri (C.) et alii, *Stratégies identitaires*, PUF, 1990.

masques et surtout, d'une faculté d'interprétation pour assurer la reconnaissance de son existence et de sa singularité par le milieu social. De ce point de vue, l'observation de Mme H. Malewska-Peyre paraît particulièrement pertinente : *"notre civilisation actuelle de compétition et de mass media met l'accent sur l'acquisition d'une image positive. Elle crée un marché fondé sur une sorte d'obligation de l'acquiescer et de la préserver... Dans cette situation, l'image du soi devient une préoccupation absorbante pour tous"*⁷. Le droit positif consacre, au moins partiellement, cette "quête d'image" par l'individu en la préservant des atteintes portées indirectement par autrui. Par exemple, certains droits de la personnalité - comme le droit à l'image ou le droit à l'honneur - permettent à l'acteur de protéger sa création.

Ainsi, entre l'identité assignée par le droit à l'individu, ne serait-ce que pour le distinguer des autres, et l'identité revendiquée par l'individu, l'identité apparaît plutôt comme une notion fonctionnelle que comme un concept. Après l'individualisation de la personne physique (I) le droit procède à l'identification de ces personnes (II).

I - L'INDIVIDUALISATION DE LA PERSONNE PHYSIQUE

Le droit participe au sentiment d'unité et de cohérence : de continuité temporelle qui doit imprégner la personne du point de vue social. Il faut donc prendre les juristes au mot pour affirmer que les mécanismes juridiques relatifs à l'identité contribuent à *"l'individualisation de la personne"*⁸, autrement dit à la constitution du sujet en individu. En effet, avec la société occidentale moderne, le rapport de l'homme à la société change radicalement. Les autres civilisations reposent sur la communauté. La nôtre voit émerger un concept nouveau - mais devenu consubstantiel à notre être, donc invisible - celui d'individu. A. de Tocqueville⁹ constate : *"l'aristocratie avait fait de tous les citoyens une longue chaîne qui remonte du paysan au roi ; la démocratie brise la chaîne et met chaque anneau à part."*

A partir de l'étude d'une civilisation particulière, la société de castes en Inde, M. L. Dumont¹⁰ décrit l'apparition de l'individu moderne. Dans les

7. "Le processus de dévalorisation de l'identité et les stratégies identitaires", in *Stratégies identitaires*, préc., 111, spéc. p. 140. L'auteur ajoute *"notre image absorbe beaucoup de notre attention qui est détournée des autres intérêts et objectifs. Cette préoccupation nous écarte des Autres et des tâches ayant d'autres objectifs que soi-même et peut-être même de la créativité qui demande une curiosité, une exploration désintéressée. Elle nous enferme dans une forme d'égoïsme solipsiste. Autant un certain degré de positivité, de confiance en soi est nécessaire pour être et agir, autant une inquiétude constante de son image nous plonge dans un univers limité à soi-même."*

8. Selon l'expression du Doyen J. Carbonnier, préc., n. 27.

9. *De la démocratie en Amérique*, II, 2^e partie, chap. 2.

10. Dumont (L.), *Homo hierarchicus, le système des castes et ses implications*, Gallimard, 1966, coll. Tel, 1979 ; *Homo aequalis, genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard, 1977.

sociétés de castes, dans toutes les sociétés humaines, sauf la société occidentale, l'homme n'a de réalité qu'en fonction du tout. La place occupée dans l'ensemble social définit l'être humain qui occupe une position déterminée dans une échelle de statuts séparés et indépendants. Pour que l'homme se constitue en individu, une seule possibilité s'offre à lui : s'exclure de tous les liens sociaux, vivre en ermite. Le renonçant indien fournit la figure de cet individu hors du monde. Selon ce modèle, l'avènement de l'individu ne se produit pas dans la vie sociale, il implique la rupture de tous les liens sociaux.

L'homme moderne constitue le second modèle d'individu : l'individu qui affirme et qui vit son individualité, posée comme une valeur, à l'intérieur même du monde, l'individu mondain. Ainsi, *“la perception de nous-même comme individu n'est pas innée mais apprise. En dernière analyse elle nous est prescrite, imposée par la société où nous vivons.”*¹¹

Or, si l'identité n'est qu'un *“foyer virtuel”* sans *“existence réelle”*¹² - hypothèse que le droit confirme par ses définitions fonctionnelles de l'identité - l'histoire démontre que la question de l'identité se cristallise en institutions juridiques élaborées au moment de l'éclosion de *“l'individu mondain”*. Sans doute tout notre droit - ne serait-ce que parce qu'il distingue un droit privé et un droit public - repose sur cette opposition donnée comme allant de soi, de l'individu à la société. L'expérience commune, mais aussi des catégories juridiques, opposent un moi, propre et valorisé, à la société, extérieure au moi, voire hostile. Cette dichotomie irrigue le droit tout entier, le droit privé surtout qui affirme la primauté de l'individu.

Dans cette mesure, il paraît utile de rappeler dans la perspective de N. Elias¹³, comment se constitue cette *“société des individus”* (A), individus qui se glissent dans la catégorie juridique des personnes (B).

A) La société des individus

Prendre conscience du caractère socialement construit de la notion d'individu constitue une tâche difficile. Comme l'observe N. Elias, *“la pensée que des êtres «extérieurs» puissent prendre une part intégrale à la constitution de sa propre individualité semblerait presque de nos jours une atteinte à la libre disposition et au droit de propriété de soi-même”*¹⁴. L'entreprise se heurte donc à plusieurs obstacles. D'abord, à la force des mots qui construisent des couples d'oppositions peu à peu perçues comme naturelles : l'individu et la société, mais aussi le sujet et l'objet ou la conscience et le monde extérieur. Ensuite elle bouscule des investissements idéologiques intenses, comme la pen-

11. Dumont (L.), *Homo hierarchicus*, préc., p. 21 dans l'édition Tel.

12. Lévi-Strauss (C.), préc., p. 332.

13. *La société des individus*, avec un avant-propos, très utile, de R. Chartier, Fayard, Paris, 1991.

14. *La société des individus*, préc. p. 99.

sée libérale qui valorise la liberté des individus et qui constitue comme l'arrière-fond idéologique du droit privé. Enfin, et surtout, elle doit renverser la rétention à l'universel "d'une conception de la conscience de soi et d'une représentation du moi séparé et autonome, propres aux sociétés occidentales d'après le XVIII^e siècle."¹⁵

Le recours à l'exemple des sociétés non-occidentales permet de réaliser à quel point l'homme moderne se distingue dans sa singularité. M. M. Leenhardt¹⁶ fournit une merveilleuse illustration avec l'homme canaque. Il faut le citer longuement :

"Ainsi les gens de la Grande Terre, si riches d'une organisation sociale serrée, et d'une communion intense avec le cercle de nature qui les entoure, demeurent cependant gens fort mal assurés de leur personne. Subtilement éparpillée dans le paysage, dans l'invisible, chez l'homonyme, et en bien d'autres valeurs animées ou inanimées, cette personne, dont le nom est si rarement prononcé, n'arrive pas à se saisir elle-même, à se concentrer. Il manque un élément de polarisation.

Un jour que, sous ces impressions, je voulais mesurer cependant le progrès accompli chez ceux que j'avais instruits de longues années, je dis à l'un d'eux :

- En somme, c'est la notion d'esprit que nous avons porté dans votre pensée.

- Pas du tout, objecta-t-il brusquement, nous avons toujours connu l'esprit. Ce que vous nous avez apporté, c'est le corps.

- ????

Alors, avec condescendance, il expliqua que les siens et lui avaient toujours vécu sous l'influence de l'esprit, participant à l'esprit, suivant les impulsions qui sont données par l'esprit, tantôt poussés à l'adultère par l'action d'un philtre, ou, par un dieu trompeur, à imiter le Blanc en s'exaltant dans l'ivresse de l'alcool.

- Nous ne savions pas, reprit-il, que nous avions un corps. Maintenant nous savons qu'il n'est pas mû par l'esprit des vieux, nous pouvons arrêter ses impulsions, et penser à ce que nous voulons qu'il fasse.

Réplique inattendue et lumineuse ! On a compris que cet esprit affirmé ici correspond à l'influx ancestral mythique et magique, qui agit sur l'indigène, et à ce que l'on désigne sous l'appellation de pensée mystique, mais la signification demeure entière. Cette personne diffuse dont on apercevait par intermittence des aspects épars sans qu'on puisse jamais la saisir ou aider à la dégager, voici un Canaque qui en deux mots expliquait les conditions de sa première fixation : Un corps !

Il n'aurait pu le dire vingt ans plus tôt. Le mot qu'il employa n'avait pas encore ce sens

15. Chartier (R.), préc., p. 12. Cf. également Mauss (M.), "Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi", *Sociologie et anthropologie*, PUF, 9^e éd., 1985, p. 331.

16. *Gens de la Grande Terre*, L'Harmattan, p. 195-196. On pourrait multiplier les exemples de ces identités éclatées dans les sociétés non occidentales. Cf. par exemple, Héritier (F.), "L'identité Samo", in Lévi-Strauss (C.), *L'identité*, préc., p. 51 qui écrit que dans cette société "ce qui fait l'individu est apparemment un feuilletage, un assemblage de composantes matérielles et immatérielles... C'est aussi une concrétisation ponctuelle à une croisée des chemins, à l'intersection de lignes sur-réelles et réelles qui elles-mêmes recourent deux mondes, celui de l'Univers et celui de l'Humanité" (p. 65, souligné par l'auteur). Ou encore Crocker (Ch.), "Les réflexions du soi", id., 157, pour la culture Bororo.

dans la langue : il impliquait une idée de soutien essentiel, comme le manche de l'outil, le pied de la table, le porteur de l'homme. Car l'homme procédait non de sa chair et de ses os périssables, ses soutiens, mais de son existence mythique. Et le mot qui, dans sa langue, indique l'homme même, a pour sens profond : une personne. L'idée de corps humain s'est formée lentement. Elle aboutissait à une découverte.

Après s'être trouvée soi-même dans le monde mythique, inscrite en son lieu social dans le groupe, la personne enfin s'était dégagée de ces domaines millénaires, pour se circonscrire dans l'homme même : -J'ai un corps. Tout à la fois le Canaque aperçoit l'indépendance de son existence corporelle, et enrichit sa langue en versant dans un mot ancien le contenu du concept nouveau, corps. En leur parler, déjà les jeunes délaissent la vieille expression : -Je fais le moi. Ils affirment plus brièvement : -Je fais. Ils traduisent ainsi l'expérience formulée par l'un d'eux. Et en abandonnant le pronom de la troisième personne pour isoler et garder seul celui de la première, c'est l'avènement de leur propre personne qu'ils manifestent."

Cette longue citation aide à comprendre combien l'homme et son identité découlent de la société où il naît, grandit et vit. Le concept de "configuration" utilisé par N. Elias permet de se représenter ce mécanisme.

Cette notion vise les dépendances réciproques qui lient les individus les uns aux autres. Cette dépendance réciproque forme la matrice constitutive de la société. Une image permet de se figurer cette idée : la société serait un gigantesque filet. Un filet se compose de multiples fils reliés entre eux. Pourtant ni l'ensemble du réseau, ni la forme de chaque fil ne s'expliquent à partir d'un seul fil ou de l'ensemble des fils. Ils s'expliquent seulement par leur association, leur relation entre eux. Ainsi représenté, le concept de configuration s'applique à des formations sociales très diverses. Les modalités variables de ces chaînes d'interdépendance - plus ou moins longues, plus ou moins complexes - qui lient les individus composant ces formations sociales permettraient de les distinguer. Ces relations sociales, ces dépendances réciproques, existent aussi réellement que les individus et construisent les sujets eux-mêmes, privés d'existence en dehors de ces relations. "*Chaque sujet pris individuellement naît au sein d'un groupe qui était là avant lui. Mieux encore : chaque individu est par nature fait de telle sorte qu'il a besoin des autres qui étaient là avant lui pour pouvoir grandir. L'une des conditions fondamentales de l'existence humaine est l'existence simultanée de plusieurs êtres humains en relation les uns avec les autres.*"¹⁷

Cette manière de penser le phénomène social autorise deux constats.

D'une part, celui de la densité et de la complexité croissante des liens entre les individus. Cette interdépendance croissante provient d'une différenciation de plus en plus marquée des fonctions sociales qui naît d'un processus de divisions des tâches. Avec la monopolisation de la violence physique par l'Etat se créé un espace public pacifié où s'exerce une compétition accrue.

17. Elias (N.), préc., p. 57.

D'autre part, l'intensité et les modalités des liens d'interdépendance déterminent la structure de la personnalité de chaque individu. N. Elias pense le propre de l'homme comme donné par la présence, dans chaque individu, des structures et de l'histoire du monde social auquel il appartient. "Le social" prend corps dans l'individu, ainsi que le suggère l'exemple néo-calédonien de façon très frappante. L'individu qui - par divers processus, dont l'éducation¹⁸ - s'insère dans un réseau de relations qui lui préexiste.

A partir de ces observations, il faut en venir à la question centrale : par quels processus l'individu moderne émerge-t-il ? L'idée de N. Elias, dans *La dynamique de l'Occident*¹⁹, est de considérer que la conception d'un moi séparé, autonome du monde social, naît à un stade particulier du processus de civilisation. Civilisation qui exige une plus grande sévérité dans le contrôle des conduites individuelles. Jusqu'à l'époque moderne, des mécanismes extérieurs à l'individu assuraient ce contrôle des pulsions. Aujourd'hui, les sociétés non-occidentales nous semblent d'une extraordinaire brutalité. En effet, pour l'homme de l'Occident, le nécessaire contrôle des pulsions est transféré de contraintes extérieures à un mécanisme stable d'autocontrainte. L'homme moderne, par une civilisation progressive de ses mœurs²⁰, développe un dispositif intériorisé de contraintes qui guide sa conduite. Par exemple, l'art de se tenir à table suppose l'intégration d'une multitude de règles et une extraordinaire maîtrise corporelle. Par exemple encore, l'utilisation des pendules et des montres qui "sont avant tout des instruments de coordination à distance des

18. Sur le rôle de l'éducation dans la construction de l'identité, cf. D'Iribarne (Ph.), "L'identité individuelle, une notion ethnocentrique ?", in Tap (P.), *Identités collectives et changements sociaux*, Privat, 1986, p. 47. L'auteur observe que, dans les sociétés européennes, l'éducation donne une grande place à l'évaluation individuelle par comparaison à une image de référence sociale et morale. Les images de référence tendent à être intériorisées et engendrer une image idéale de soi qui joue un grand rôle dans la conduite des adultes. Le système demande et valorise la réussite personnelle, permise par le fait que l'autonomie des conduites est encouragée. Cette éducation favorise la constitution d'une image de soi nette et d'un sentiment d'identité individuelle fort. Car "l'effort éducatif accorde une très grande place à une analyse et à une énonciation des caractéristiques de l'individu à fin de comparaison aux caractéristiques de l'image idéale (...). Le fait que les éducateurs réagissent (ou s'efforcent de réagir) en fonction des caractéristiques objectives de celui qu'ils ont en face d'eux, et non en fonction de leur intérêt propre, incite l'éduqué à porter son attention sur ce qu'il «est» lui-même (c'est-à-dire l'ensemble des caractéristiques qui le définissent, son identité). Cette identité conditionnant radicalement les réactions d'autrui, ce qui s'y rapporte prend une place considérable dans la vie" (p. 48). Cette méthode de "canalisation des tendances asociales par la recherche des performances" se distingue très nettement des méthodes éducatives marquées par la crainte ou celles qui recherchent la neutralité affective. Elle "produit" un autre type d'individus.

19. Calmann-Lévy, 1975 (1ère éd. 1939), spécialement la deuxième partie, "Esquisse d'une théorie de la civilisation". Cf. également Chartier (R.), *Les origines culturelles de la révolution française*, Seuil, 1990.

20. Cf. Elias (N.), *La civilisation des mœurs*, Calmann-Lévy, 1969. A l'aide des manuels de savoir-vivre, l'auteur montre comment les mœurs des individus se "civilisent" progressivement pour aboutir au cérémonial de cour extrêmement élaboré et offert en spectacle à l'ensemble de la population.

activités d'une multitude d'individus, tous capables d'un assez haut degré de contrôle de soi."²¹

Cette mutation ne s'opère que si certaines conditions se trouvent réunies : une différenciation poussée des fonctions sociales et la monopolisation par l'Etat de l'exercice de la violence physique.

La différenciation des fonctions sociales rend les hommes de plus en plus dépendants les uns des autres. La vie économique ne s'accomplit que dans un réseau très vaste d'interdépendances. Il faut accorder chacun des multiples maillons de la chaîne pour que l'acte final de consommation se produise. On peut contraindre chacun des hommes qui forment cette chaîne à accomplir leur tâche. Mais "dresser" les individus à l'accomplissement spontané de ces actions apparaît bien plus économique. L'auto-contrôle l'emporte en efficacité sur la contrainte externe²².

Ensuite, la monopolisation de la contrainte physique crée des espaces pacifiés qui placent les individus à l'abri d'attaques brutales. Mais, en contre-partie, ils doivent refouler leurs propres pulsions et maîtriser leurs émotions, ce qui produit un "élargissement de l'espace mental, c'est-à-dire l'habitude de songer aux causes passées et aux conséquences futures de ses actes..."²³. Autrement dit, l'évolution conduit à une rationalisation des comportements.

Ainsi, il existe une corrélation étroite entre la construction de l'Etat moderne et le façonnement d'une nouvelle économie psychique. La construction d'un espace public spécialisé, l'Etat, provoque la constitution d'une sphère privée d'existence, soustraite aux règles gouvernant les conduites publiques et refuge de l'intimité, donc lieu privilégié d'inscription du sujet²⁴. La coupure opérée entre le public et le privé, l'individu et la société, conduit à l'affirmation de l'irréductible originalité du moi. De plus, l'intériorisation des contraintes contribue également à cette construction du "moi". Elle provoque l'apparition d'une "instance", au sens de la psychologie, instance désignée

21. *La société des individus*, préc., p. 187. Dans cette perspective "l'érotisation" de la vie quotidienne, généralement dénoncée par les honnêtes gens, ne montre pas un relâchement des mœurs, bien au contraire. En même temps que les femmes sont de plus en plus belles - par le soin qu'elles portent à leur apparence et à leur corps (bien sûr, les garçons aussi sont de plus en plus jolis !) - elles disposent de la liberté de se montrer quasi-nues dans des endroits publics sans déclencher d'émeute. Le phénomène peut être interprété comme le triomphe de la morale.

22. L'échec des pays communistes de l'Europe de l'Est trouve sans doute là une de ses explications. La dose de contrainte qui pèse sur l'homme prétendument libre de l'Occident est sans doute égale, voire supérieure, à celle qui pesait dans ces pays présentés comme totalitaires. Seulement le contrôle social s'exerce autrement : l'individu s'autocontraint.

23. *La dynamique de l'Occident*, préc., p. 195. La transformation de la noblesse de guerriers en courtisans illustre le phénomène, et les *Mémoires* de Saint-Simon fournissent un exemple de cette transformation.

24. Cf. Chartier (R.), *Les origines culturelles de la révolution française*, préc., p. 32 et s. qui montre que le procès de privatisation, à l'œuvre depuis la fin du Moyen-Age, conduit à l'autonomie des sujets et à l'apparition de l'opinion publique où la "communication postule une égalité de nature entre les différents participants" libérés de la tutelle du prince.

comme conscience ou raison, siège de l'identité de l'individu. Et une loi paradoxale régit cette conscience de soi. Plus les dépendances qui lient les individus augmentent, plus la conscience qu'ils ont de leur autonomie s'accroît. Ainsi s'explique pourquoi la représentation d'un moi séparé et indépendant du monde extérieur s'accroît dans l'Occident du XIX^e et du XX^e siècles. Comme l'écrit M. L. Dumont *"l'idéal de l'autonomie de chacun s'impose à des hommes qui dépendent les uns des autres sur le plan matériel bien davantage que tous leurs devanciers."*²⁵

Ces représentations, propres à l'homme occidental moderne - qu'il ne s'agit bien sûr pas de juger, mais seulement de constater - imprègnent chacun de nous. Elles guident nos conceptions de l'homme et de la société. Elles ne peuvent manquer d'influencer le droit et les juristes dans leurs réflexions sur la catégorie juridique de la personne.

B) La personnalisation de l'individu

De façon plus précise, le droit civil construit une notion qui sert de réceptacle à cet individu, celle de personne qu'il trouve dans le vieux fonds romain et qu'il utilise comme *"catégorie du moi"*, selon l'expression de M. Mauss²⁶.

Historiquement, tout comme la petite enfance se caractériserait par un état fusionnel - la première réalité vécue de l'enfant serait une participation primaire et affective, une adhésion de son être avec celui de sa mère qui lui donne satisfaction et quiétude²⁷ - l'identité de l'être humain serait d'abord une identité communautaire. Identité marquée par une participation affective à une entité collective. Ce *"moi communautaire"* repose sur une participation affective fondamentale à la communauté. Dans les sociétés primitives, le sentiment, l'individualité du *"moi individu"* n'existe sans doute pas, mais seulement un *"moi communautaire"* fait d'une participation collective au groupe mais aussi au cosmos²⁸. ainsi, M. J.-M. Trigeaud observe que lorsque le mot de personne *"n'était pas formé, il n'était guère d'autre terme pour le remplacer. Si la personne s'est toujours entendue de l'homme ou de l'individu, la pauvreté du vocabulaire pour traduire l'homme ou l'individu révèle bien une indigence de*

25. *Homo hierarchicus*, préc., p. 25.

26. "Une catégorie de l'esprit humain", préc., spéc. p. 358 et s.

27. Mucchielli (A.), préc., p. 67 et s.

28. Outre l'exemple calédonien cité *supra* au texte, cf. ceux que donne M. Mauss ("Une catégorie de l'esprit humain", préc., spéc. p. 337). F. Héritier ("L'identité Samo", préc., spéc. p. 69) écrit à propos de la société qu'elle étudie : *"la seule armature véritable, celle qui fait et construit l'identité, est donnée par la définition sociale. La règle sociale collective s'incarne dans l'individu et lui donne son identité en lui assignant une place, un nom et un rôle qui doit être le sien en raison de sa situation généalogique et chronologique dans un lignage donné..."*. Le rôle est imposé à celui qu'on n'ose appeler un acteur, mais plutôt un agent car *"la seule chose qui existe vraiment, qui fait l'identité de l'individu, c'est donc la règle sociale : le social est totalement incarné dans l'individu... tout prouve que l'individu n'a d'autre identité que celle dictée par la volonté collective du groupe qui lui assigne sa place"* (p. 70).

la pensée à l'égard de tout ce qui est susceptible de se rattacher au sujet. La pensée est tournée vers les choses, vers l'univers."²⁹

La personne se dégage très progressivement, par le jeu de circonstances multiples qui se combinent pour éclore dans sa forme moderne dans le sujet cartésien.

Si la Grèce fournit, peut-être, les premiers éléments de l'individu moderne³⁰, Rome fournit le mot de *persona*. *Persona* qui proviendrait directement du toscan ou de l'étrusque *persu*. Mot qui désigne un étrange personnage masqué figurant sur plusieurs tombes de la région de Tarquinia. Sur les parois de ces monuments des jeux cruels sont représentés dont ce personnage serait le guide et l'arbitre. *Persu* "est le masque derrière lequel se dissimule ce sinistre acteur, il est le personnage joué"³¹. Par le biais de l'acteur, de son masque et de son rôle, la transition opère facilement de la scène du théâtre ou de la vie sociale ou à la scène du droit "où chacun reçoit un rôle à remplir en fonction du bien dont il réclame la reconnaissance ou le maintien, où chacun ne prend position par rapport à un autre que par la médiation d'une chose qui fixe objectivement sa conduite et son état, les droits et obligations qui le composent"³². Cette évolution ne signifie pas, pour autant, que *persona* soit devenu synonyme de la vraie nature de l'individu, au sens moderne du terme. L'homme romain demeure un acteur d'un rôle imposé par son statut³³.

Au plan juridique, les corollaires modernes de la catégorie de personne - patrimoine, volonté et responsabilité, pour parler vite - paraissent totalement

29. "La personne", A.P.D., tome 34, *Le sujet de droit*, Sirey, 1989, 103.

30. Cf. Vernant (J.-P.), *L'individu, la mort, l'amour, soi-même et l'autre en Grèce ancienne*, Gallimard, 1989, qui observe : "bien entendu les Grecs archaïques et classiques ont une expérience de leur moi, de leur personne, comme de leur corps, mais cette expérience est autrement organisée que la nôtre. Le moi n'est ni délimité ni unifié... Surtout, cette expérience est orientée vers le dehors, non vers le dedans. L'individu se cherche et se trouve dans autrui... Le monde de l'individu n'a pas pris la forme d'une conscience de soi, d'un univers intérieur définissant, dans son originalité radicale, la personne de chacun" (p. 224-226). Le tournant, pour la Grèce, opérerait entre le III^e et le IV^e siècles "avec le surgissement du saint homme... qui n'est séparé du commun, désengagé du social, que pour se mettre en quête de son véritable moi" car "recherche de Dieu et recherche du moi sont les deux dimensions d'une même épreuve solitaire" (p. 231).

31. Trigeaud (J.-M.), préc., p. 105. Cf. également Mauss (M.), préc., spéc. p. 350 et s.

32. Trigeaud (J.-M.), préc., p. 107.

33. M. Mauss, préc., écrit : "jusqu'au bout, le Sénat romain s'est conçu comme composé d'un nombre déterminé de pères représentant les personnes, les images de leurs ancêtres" (p. 353). Cf. également, N. Elias (*La société des individus*, préc., p. 210-211) qui affirme que si à Rome on savait bien que chaque personne humaine a ses particularités, "on ne ressentait manifestement pas le besoin d'une notion globale et universelle exprimant que chaque homme, quel que fût le groupe auquel il appartient, constituait une personne indépendante, unique, différente de tous les autres hommes, et qui rendît compte en même temps de l'extrême valeur accordée à cette unicité. L'identité collective de l'individu, son identité du nous, du vous, du ils ou elles, jouaient dans la pratique des sociétés antiques un rôle encore bien trop important par rapport à celui de l'identité du je pour qu'ait pu se manifester ce besoin d'un concept universel désignant la personne humaine en tant qu'être quasiment détaché de tout groupe."

étrangers à la pensée juridique romaine. Pour ne prendre qu'un exemple, la notion générale et abstraite de responsabilité émerge bien plus tard. Il n'y a pas pour un citoyen romain "d'action dont il doit par principe répondre, mais une liste d'actes définis pour lesquels il versera une pœna, et qui ne peuvent jamais se réduire aux notions génériques de faute ou de dommage", car jamais "la société romaine n'a dégagé la notion d'agent universel, d'homme abstrait responsable, par principe de son fait et comptable de sa faute."³⁴

La vision actuelle de la responsabilité s'enracine dans la religion et pénètre le droit sous l'influence des théologiens. Si "*recherche de Dieu et recherche de moi sont les deux dimensions d'une même épreuve solitaire*"³⁵, la pensée chrétienne constitue une étape décisive dans la construction du concept de personne. Car la question se posait de l'unité de la personne, de l'unité de l'Église, par rapport à l'unité de Dieu. C'est la querelle trinitaire qui tranche le Concile de Nicée : *Unitas in tres personas, una persona in duas naturas*. A partir de la notion de personne est créée la notion d'un, à propos des personnes divines, mais aussi pour la personne humaine. Comme l'écrit M. J.-C. Galloux, "*il faudra attendre le christianisme pour qu'une notion décisive l'emporte, fondée sur l'image des personnes divines, d'un individu humain comme un tout indissociable dont l'unité prime la multiplicité des réalités, parce qu'elle prend racine dans l'absolu*"³⁶. Le mot de personne prend un sens moderne - en rupture avec le réalisme antique, simple statut commandé par le respect d'une nature des choses externes - pour exprimer l'homme dans sa substance propre, comme individu.

Il faudrait pouvoir retracer tout le long travail des Église - la catholique mais aussi la protestante³⁷ - et de leurs théologiens, des philosophes scolastiques et ceux de la Renaissance hantés par la question de savoir si l'âme est une substance ou supportée par une substance. Ces longs débats prépareront la voie à la pensée cartésienne qui, pourtant, passe par une rupture avec la pensée religieuse. *Les Méditations*³⁸ dessinent le chemin parcouru par Descartes du noir désespoir enfanté par un doute radical³⁹ à la découverte

34. Thomas (Y.-P.), "Acte, agent, société : sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine", A.P.D., Paris, Sirey, 1977, p. 83. L'auteur ajoute : "c'est que l'universalité du sujet est née sur un terrain juridique qui n'était que l'expression formelle, dans l'Europe moderne, de l'universalité de l'économie de marché : le sujet de droit, forme juridique de l'agent économique, est naturellement libre de contracter des rapports infinis, comme il est naturellement obligé de répondre de tous ses dommages. La réduction des choses en valeur d'échanges et des personnes en sujets interchangeables produit une vision de l'homme qui est nécessairement universelle."

35. Vernant (J.-P.), préc., p. 231.

36. *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p. 15.

37. Cf. par exemple, Abel (O.), "Les racines protestantes et la notion de sujet de droit", A.P.D., n. 34, *Le sujet de droit*, Sirey, 1989, p. 33.

38. Descartes (R.), *Méditations métaphysiques, objections et réponses suivies de quatre lettres*, Flammarion, 1979. Pour la seconde méditation, p. 69 et s.

39. "Je penserai que le ciel, l'air, la terre, les couleurs, les figures, les et toutes les choses extérieures que nous voyons, ne sont que des illusions et tromperies, dont il (le mauvais génie)

d'un fait enfin incontestable : "il y a un je ne sais quel trompeur très puissant et très rusé, qui emploie toute son énergie à me tromper toujours. Il n'y a donc point de doute que je suis, s'il me trompe ; et qu'il me trompe tant qu'il voudra, il ne saurait jamais faire que je ne sois pas, tant que je pensera être quelque chose. De sorte qu'après y avoir bien pensé et avoir soigneusement examiné toutes choses, enfin il faut conclure et tenir pour constant que cette proposition : je suis, j'existe, est nécessairement vraie, toutes les fois que je la prononce, ou que je la conçois en mon esprit". Ainsi le sujet connaissant se trouve placé au centre de la philosophie de la connaissance, autrement dit lorsqu'il s'agit de savoir si le réel peut constituer un objet de connaissance pour le sujet.

La réponse imaginée par Descartes intéresse d'abord la philosophie. A partir des *Méditations*, l'acte de connaissance se constitue en deux pôles : d'un côté le sujet pensant, de l'autre l'objet qui est soit le monde extérieur soit la propre réalité interne de l'homme. Cette opposition entre le sujet et l'objet, de la conscience et de la machine, traduit une exclusion mutuelle. "Seuls les êtres vivants possèdent une conscience, encore qu'il faille distinguer chez l'homme entre sa pensée et son corps. L'homme est véritablement humain par sa conscience, tandis que son corps n'est qu'une machine. Cette distinction détruit l'unité de la personne humaine, qui est sujet seulement dans sa dimension de la pensée et de la connaissance, mais reste objet par sa corporalité."⁴⁰

Par ailleurs, la représentation de la conscience fournie par les *Méditations* caractérise le passage "d'une pensée d'infrastructure fortement religieuse à des représentations profanes de soi-même et du monde"⁴¹. En effet, jusque là l'homme se considérait comme un élément de la création divine, ce qui déterminait à la fois le type de question qui le préoccupaient - l'unité de dieu ou la nature de l'âme - et le type de réponses possibles, fondées sur la croyance ou l'autorité. Observations individuelles ou réflexions personnelles ne servaient pas à grand chose pour répondre à des questions de ce genre. La pensée de Descartes signale une perte de pouvoir des institutions dépositaires de cet héritage intellectuel, une "laïcisation" de la société française⁴², et consacre la conscience que les hommes peuvent trouver l'explication de phénomènes naturels, en tirer profit, par le seul fait de leurs observations, de leur seule activité

(suite note 39) se sert pour surprendre ma crédulité... Je me considérai moi-même comme n'ayant point de mains, point d'yeux, point de chair, point de sang, comme n'ayant aucun sens, mais croyant faussement avoir toutes ces choses."

40. Grzegorzczk (Ch.), "Le sujet de droit : trois hypostases", *A.P.D.*, tome 34, préc., p. 10.

41. Elias (N.), *La société des individus*, préc., p. 140.

42. Chartier (R.), *Les origines culturelles de la révolution française*, préc., p. 116 et s. Pour les causes du phénomène, l'auteur observe qu'avec les divisions religieuses, la croyance devient une simple opinion, donc discutable ; ensuite, il constate une coupure entre la religion des clercs et celle du peuple ; enfin, la paroisse s'efface comme cadre d'existence. A cette époque s'opère donc un changement fondamental "qui substitue la politique - celle de la raison d'Etat et de l'absolutisme - à la religion comme principe d'organisation et comme cadre référentiel de la société française" (p. 132). Changement qui provoque un "transfert sacré" vers des valeurs nouvelles, familiales, civiles ou patriotiques.

intellectuelle. Cette redécouverte, au regard de l'Antiquité classique, *“fit passer au premier plan de l'image que les hommes se donnaient d'eux-mêmes leur propre activité de pensée - objectivée sous le nom d'«entendement» - et leurs propres facultés perceptives - les «sens»”*⁴³.

La théorie de l'homme qui se forge à partir de cette philosophie de la connaissance ne pouvait manquer d'exercer son influence sur les juristes dans leur élaboration de la catégorie de personne⁴⁴.

Dans l'ordre politique, les idéaux cardinaux de la société des individus sont l'égalité et la liberté. Le droit privé les poursuit également, puisque les “lois civiles” serviraient de rempart protecteur à l'individu. Ainsi, Portalis, dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*⁴⁵ affirmait que les lois civiles *“atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de la vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen du sacrifice que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était lui seul, la cité toute entière”*. Ainsi, la coupure entre le privé et le public traverse le droit tout entier. De plus, cette citation le montre bien, l'individualisme moderne a pénétré très vite le discours des juristes (l'individu, à lui seul, est *“la cité toute entière”*) et le droit privé se voit assigner comme mission la protection de sa sphère d'autonomie, de liberté.

Par ailleurs, le droit privé se préoccupe également d'égalité, ne serait-ce que par la promulgation d'un droit unique sur tout le territoire⁴⁶. L'unité de législation et la disparition des ordres et des communautés instaurent une société dans laquelle chaque individu, abstraitement considéré, équivaut à tous les autres. Avec la Révolution de 1789 et le Code Napoléon, le monde social devient, en droit, un espace homogène et unifié. Le relâchement des liens communautaires se trouve consommé.

Mais surtout le concept juridique de personne est *“centré sur son aspect volitif, actif et autonome”*⁴⁷. Cette nouvelle vision, directement issue de la philosophie du XVII^e siècle et de celle des Lumières se caractérise par deux traits : humaniste - autrement dit, anthropocentrique - et individualiste.

43. Elias (N.), *La société des individus*, p. 142.

44. Cf. Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. IX.

45. In *Écrits et discours juridiques et politiques*, P.U. Aix-Marseille, 1988, p. 23.

46. Jean-Etienne-Marie Portalis (*Discours préliminaire*, préc., p. 21) constate, pour la déplorer, *“la prodigieuse diversité des coutumes que l'on rencontrait dans le même empire : on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune ; et les états, particuliers et distincts : le territoire était un, et les nations diverses”*. *“Des magistrats recommandables avaient plus d'une fois conçu le projet d'établir une législation uniforme. L'uniformité est ce genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre, saisit quelquefois les grands esprits, et frappe infailliblement les petits”* (souligné par l'auteur).

47. Grzegorzczk (Ch.), préc., p. 13.

Progressivement, l'homme occupe le centre et devient le maître de l'univers, il dispose de la faculté de s'approprier "les choses". Ensuite, "auteur" de sa pensée, exprimée par la volonté, il devient de ce seul fait, capable d'accomplir des actes juridiques. Enfin, maître de ses actions, cause unique de ce qui lui arrive, il en est responsable. L'homme, devenu son propre maître, peut invoquer la notion d'autonomie de la volonté et subit l'éthique de responsabilité, morale implicite du droit privé.

Ainsi, la notion de personne et de ses attributs se constitue lentement, par sédimentation d'influences diverses et en fonction du milieu social. Il s'agit donc essentiellement d'une représentation, d'une catégorie. En effet, cette personne construite par le droit n'est pas une figure du monde des réalités, mais une simple qualification. Le sujet de droit "a le même statut conceptuel qu'une figure d'un jeu (par exemple, le roi aux échecs) : sa seule définition passe par un ensemble de postulats précisant son fonctionnement au sein de ce jeu même, en dehors duquel il n'est qu'un morceau de matière... Les sujets de droit n'existent qu'en droit, ils possèdent une existence institutionnelle, propre et irréductible aux êtres qui peuvent leur servir de support physique... On n'est pas sujet de droit en vertu de certaines propriétés intrinsèques, on le devient par l'opération de cette interprétation juridique..."⁴⁸

Dans cette perspective penser la catégorie juridique de "personne" et les règles dérivées de cette qualification comme des représentations fidèles de l'homme "réel" paraît une grave entorse à la logique du droit. Par exemple, la division du monde sensible par le droit en deux catégories, celles des personnes et celles des choses, permet le fonctionnement des mécanismes de notre système juridique. Il s'agit pourtant d'un simple postulat - une proposition avancée, qu'on ne démontre pas - historiquement daté et géographiquement localisé. D'autres sociétés que la nôtre, et sans doute moins ravageuses de l'homme et de la nature, ne partagent pas nos catégories⁴⁹. De la même façon, combattre l'homme construit par la science et à la biotechnologie au nom de "l'homme juridique" sur le terrain de la raison paraît une entreprise impos-

48. *Id.*, p. 22.

49. Cf. N. Rouland (*Aux confins du droit*, Ed. Odile Jacob, 1991, p. 243) qui observe que "les sociétés traditionnelles établissent un continuum entre les choses et les personnes, alors que le droit moderne et certains droits anciens les séparent. Dans le droit romain des origines, les juristes englobent les personnes et les choses dans les mêmes catégories. Ainsi la familia comprend à la fois les gens et les biens d'une maison : parents soumis à la puissance du père de famille, mais aussi terres, bâtiments, fonds d'exploitation, esclaves". Dans cette perspective historique et anthropologique on peut ne pas partager l'avis de M. J.-C. Galloux (Thèse, préc., p. 6) qui considère que la division entre les personnes et les choses serait axiome - au sens de proposition si évidente qu'on ne trouve pas de proposition plus évidente pour le démontrer - non un postulat. L'auteur écrit : "Cela semble le cas pour la séparation de la réalité entre choses et personnes : la pensée courante la pratique naturellement, et le droit lui-même n'a pas varié dans cette analyse qu'il partage avec la morale, la philosophie et la métaphysique". Outre, justement, que le droit a varié, la catégorie de la "pensée courante" est historiquement et socialement construite.

sible. Penser, comme l'écrit, M. O. Cayla⁵⁰, qu'il soit pertinent de procéder au "dévoilement législatif de la nature humaine" paraît passablement farfelu. Il faudrait imaginer que la nature se laisse dévoiler et que ce soit au législateur de le faire. En fait, deux représentations de l'individu s'affrontent, que la raison ne peut départager. La seule supériorité du droit dans cette affaire, c'est qu'il peut imposer sa conception par la loi, il peut donner selon l'expression de M. P. Bourdieu⁵¹, "l'interprétation officielle du monde" sans que pour autant la nature humaine soit véritablement dévoilée. Enfin, dernier exemple du caractère abstrait de la catégorie juridique de personne, la distinction de l'entendement et du corps. Ecrire par exemple que "la propriété de l'homme - par rapport au reste du vivant - réside dans l'intentionnalité autonome qui préside au mouvement de son corps, désormais soustrait à l'empire de la nécessité (sic). Un tel corps, ainsi doté d'une animation significative est dès lors perçu comme acteur de gestes, c'est-à-dire comme agent exécutant, avec plus ou moins d'obéissance, les décrets de la pensée et de la volonté, éléments indissociables de cet auteur qu'est l'esprit"⁵², permet d'observer comment une représentation passe pour le réel même. Distinguer aussi radicalement l'esprit et le corps conduit à dénier la qualification de personnes aux corps humains privés d'entendement, proposition juridiquement inexacte. Mais surtout, dire que le corps est le siège de la pensée et de la volonté revient à dire que le langage a son siège dans la bouche ! En fait, cette citation démontre à quel point la représentation de l'individu élaboré à l'époque moderne⁵³ a pénétré le discours des juristes, au moins de certains d'entre eux⁵⁴.

50. "Ouverture : bioéthique ou biodroit ?" in *Biologie, personne et droit, Droits*, n° 13, p. 15. L'analyse de l'auteur prend appui sur la philosophie jusrnaturaliste et procède par une série d'affirmations toutes aussi indémontrables les unes que les autres ("l'homme, que la nature a rendu libre"; "une radicale et indiscutable (sic) singularité de l'homme dans l'ordre physique"; le "principe majeur de dignité de la personne"). En fait, il s'agit plus prosaïquement d'un combat que mènent les juristes pour récupérer un pouvoir, celui de dire le droit à propos du corps, dont ils se sentent dépossédés par les biologistes ou les médecins. Cf. Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), *La doctrine en droit privé*, PUF, CURAPP, 1993.

51. "La force du droit", *Actes de la Recherche en sciences sociales*, n° 64, p. 6.

52. Cayla (O.), préc., p. 16, qui décidément fournit plus d'un exemple de délire - au sens propre du terme de négation de la réalité - juridique en prenant des représentations pour l'expression exacte du réel.

53. Cf. N. Elias (*La société des individus*, préc., p. 164) qu'avec la nécessité de contrôler ses pulsions, celles-ci "ne peuvent se traduire en actions que sous une forme atténuée, retardée, indirecte et en tout cas dans le cadre d'un contrôle de soi puissant et bien établi, l'individu a nécessairement le sentiment d'être séparé des autres et du reste du monde par un invisible rempart. Et dans la logique de la pensée affective où des choses objectivement inconciliables sont présentées comme conciliables parce qu'imprégnées du même sentiment, ce rempart invisible se confond, dans la façon dont il est ressenti, avec le corps tangible : c'est le corps, se dit-on alors, qui sépare comme un mur, l'homme des autres hommes - même si l'on sait pertinemment que c'est le corps qui les réunit."

54. En général, les juristes font preuve de plus de sagesse. Cf. par exemple, J. Carbonnier (*Droit civil, Les personnes*, PUF, 18ème éd., 1992, n. 4) qui écrit : "Le corps humain est le substratum de la personne. Il est vrai que dans la philosophie volontariste, qui fut celle du Code Napoléon et des juristes libéraux du XIXe siècle, mettait l'essence de la personnalité dans la volonté plutôt que dans le corps. Cependant, comme le fou et l'enfant en bas âge, corps dépourvus de volonté, n'en sont pas moins des personnes, comme, de surcroît, la volonté ne

Ce long détour par l'histoire permet de saisir quels postulats - souvent implicites - commandent la représentation de l'individu et la catégorie juridique de personne. Personne qu'il s'agit maintenant d'identifier.

II - L'IDENTIFICATION DES PERSONNES

La notion d'identité postule l'unité entre le moi et la personne. Malgré le caractère mouvant de l'identité, ne serait-ce que parce qu'un acteur peut tenir plusieurs rôles à la fois, le sujet garde la conscience de son unité. Autrui parie sur cette permanence nécessaire au déroulement des relations sociales et le droit y contribue. Pourtant le mot d'identité ne figure pas dans le vocabulaire courant du juriste. Il n'apparaît qu'associé à un autre : carte d'identité ou contrôle d'identité. Un certain nombre d'expressions voisines ou proches permettent d'en éviter l'utilisation. Facteur supplémentaire de complexité lorsque l'identification d'une personne s'avère nécessaire, le droit utilise divers procédés autorisés par la multitude des identifiants possibles pour un même individu. L'identité souffrirait plutôt d'excès que de manque. La richesse du langage (A) s'expliquerait par la pluralité des fonctions (B).

A) Une notion indéterminée

L'abstention prudente du droit s'explique par le fait que le juriste dispose de mots moins maléfiques, apprivoisés par l'usage. Comme la condition, le statut ou l'état.

La condition serait "*la situation d'une personne... l'ensemble des règles relatives à une certaine sorte de personne ou de choses*"⁵⁵. On parlerait, par exemple, de la condition des gens mariés.

Le terme de statut aurait un sens voisin. Il désignerait "*soit un ensemble de règles établies par la loi, soit la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personnes ou une institution*". Par exemple on parle du statut de femme mariée ou du statut du fonctionnaire.

L'expression "statut personnel" utilisée par le droit international privé désignerait "*le droit, considéré globalement, qui régit une catégorie donnée de matières*". Par exemple les français sont régis par leur statut personnel. Cela désigne l'ensemble "*des règles gouvernant la condition civile des personnes physiques*", ce qui comprend l'état et la capacité des personnes, voire les régimes matrimoniaux ou les successions.

(suite note 54) nous apparaît jamais que liée à un corps, il n'est pas déraisonnable de poser au principe que le corps humain fait la personne."

55. Les définitions sont tirées du *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu et sous l'égide de l'Association H. Capitant, PUF, 1987, 3ème éd. 1992.

Condition et statut se distinguent donc d'identité. Ils ne signalent pas une caractéristique de la personne, mais un ensemble de règles découlant d'une caractéristique de la personne. Il n'en demeure pas moins que ces notions entretiennent des liens étroits - si identifier des personnes, c'est aussi les classer - opposer les célibataires aux personnes mariées par exemple. La classification a une visée opératoire. Elle aboutira à désigner un ensemble de règles ayant vocation à s'appliquer. L'identification permettrait une "qualification" de la situation juridique du sujet.

La notion d'état se rapprocherait de l'identité. L'état viserait, de façon générale, une "*situation de fait ou de droit*". Pour une personne, ce serait, d'une part, "*la situation de fait dans laquelle elle se trouve ; sa situation économique ou financière, sa condition sociale*". D'autre part, le terme viserait la "*situation juridique*" qui "*peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit*". L'état "civil" lui marque la "*situation de la personne dans la famille et la société*". Il s'agirait de l'"*ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets... Les principaux éléments qui différencient chaque personne des autres au plan de la jouissance et de l'exercice des droits civils sont : la nationalité, le mariage, la filiation, la parenté, l'alliance, le nom, le domicile, la capacité et même le sexe.*"

Un certain nombre de ces éléments, peut-être pas tous, se retrouvent dans l'identité. L'identité - qui vient du latin, *idem*, le même - serait, du point de vue du juriste "*pour une personne physique : 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.*"

Comme l'état, l'identité apparaît comme un ensemble de caractéristiques, mais composé autrement. L'identification d'une personne ne suppose pas, par exemple, de s'interroger sur sa capacité. Cela conduit donc à la question de savoir quels éléments pertinents concourent à l'identification d'une personne. Là encore, le droit déçoit par son manque de précision voire son mutisme. Aucun texte ne dresse la liste des éléments qui concourent à l'identité de la personne, à son identification. En effet, si la liste des référents identitaires, ce par à rapport à quoi on identifie, peut s'avérer extrêmement longue⁵⁶, le droit définit une identité à partir de quelques uns de ces critères seulement. Ce

56. Cf. par exemple, A. Muchielli (*L'identité*, PUF, 1992) qui distingue quatre catégories. Les référents matériels et physiques, comme les possessions (le nom par exemple) ; les potentialités, physiques ou intellectuelles ; les apparences physiques. Puis les références historiques, les origines (actes fondateurs, nom, naissance, filiation, alliance, parenté, mythes de création par exemple) ; les événements marquants ; les traces historiques. Ensuite les référents psychoculturels, catégorie qui comprendrait le système culturel, comme la croyance, la religion, l'idéologie ou le système de valeurs culturelles ; la mentalité, comme la vision du monde ou les habitudes collectives ; le système cognitif, attitudes ou système de valeurs par exemple. Dernière catégorie, celle des référents psychosociaux, comprenant les références sociales, comme le nom, le statut, l'âge, le sexe, la profession, les rôles sociaux ; les attributs de valeur sociale, compétence ou estimation diverses par exemple ; les potentialités de devenir.

souci d'économie de moyens s'explique car la structure schématique tracée suffit à identifier l'individu. Mais la liste des critères pertinents varie avec l'histoire et en fonction des circonstances dans lesquelles le droit tâche d'identifier les personnes.

Ainsi, Domat, dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* au XVII^e siècle, distingue deux sections⁵⁷, "De l'état des personnes par la nature" et "De l'état des personnes par les lois civiles". Il écrit, dans l'introduction de la première section : "*Les distinctions qui font l'état des personnes par la nature, sont fondées sur le sexe, sur la naissance, et sur l'âge de chaque personne, en comprenant sous les distinctions que fait la naissance, celles qui dépendent de certains défauts ou vices de conformation qu'on a de naissance : comme sont, le double sexe dans les hermaphrodites, l'incapacité d'engendrer et quelques autres. Et quoique quelques-uns de ces défauts puissent aussi survenir par des accidents après la naissance ; de quelque manière qu'on les considère, les distinctions qu'ils font des personnes, sont toujours de l'ordre de celles que fait la nature*". Et Domat consacre ses développements à douze rubriques : Distinction des personnes par le sexe ; Distinction par la naissance et de la puissance paternelle ; Légitimes et bâtards ; Morts-nés ; Avortons ; L'enfant qui n'est pas né ; Posthumes ; Ceux qui naissent après la mort de leur mère ; Hermaphrodites ; Eunuques ; Insensés ; Sourds et muets, et "*autres qui ont de pareilles infirmités*" (les monstres, par exemple, à propos desquels Domat écrit "*Les monstres qui n'ont pas forme humaine, ne sont pas réputés du nombre des personnes, et tiennent pas lieu d'enfants à ceux de qui ils naissent*").

En introduction de la section 2, Domat écrit : "*Les distinctions de l'état des personnes par les lois civiles, sont celles qui sont établies par les lois arbitraires, soit que ces distinctions n'aient aucun fondement dans la nature, comme celle des personnes libres et esclaves, ou que quelque qualité naturelle y ait donné lieu, comme sont la majorité et la minorité*". Dans cette section, Domat retient cette fois quinze rubriques : Esclaves, libres, Causes de l'esclavage ; Affranchis ; "Quels sont les pères de familles et les fils de famille" ; "L'émancipation n'altère pas le droit naturel de la puissance paternelle" ; "Qui sont ceux qu'on appelle maîtres de leur droit" ; Adultes et impubères ;

57. Livre 1er, *Des personnes*, Titre II.

58. Il convient de noter que la distinction par ordres n'apparaît pas dans cette liste, pourtant fort longue. Domat s'en s'explique dans l'introduction de la section 2 : "*Nous avons en France une distinction des personnes qui n'est pas du droit romain, ou qui est bien différente de ce qu'on y en trouve. Et comme par cette raison elle ne sera pas mise dans les articles de cette section, et qu'elle est considérée comme regardant l'état des personnes, on expliquera ici cette distinction en peu de paroles : c'est celle que fait la noblesse entre les gentils hommes et ceux qui ne le sont pas, qu'on appelle roturiers*". De la sorte, un principe essentiel de l'organisation sociale se trouve minoré par l'autorité du droit romain et sa portée réduite, la noblesse seule attacherait quelque importance à la distinction. Dès le XVII^e siècle le principe de l'égalité civile apparaît sous la plume des plus grands juristes. Mais l'homme était philosophe ou, au moins, ami de certains d'entre eux. Cf. Gautier (P.-Y.), "Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal", *R. T. D. Civil*, 1992, 529.

Majeurs, mineurs ; Prodiges ; régnicoles et étrangers ; Mort civile ; Religieux profès (qui “*sont dans une autre espèce de mort civile volontaire, où ils entrent par leurs vœux qui les rendent incapables de mariage, de toute propriété de biens temporels et des engagements qui en sont les suites*”) ; Ecclésiastiques ; Communautés⁵⁸.

Ainsi Domat retient une liste importante de référents identitaires que l'histoire n'a guère décaillée. La doctrine contemporaine de droit civil se montre passablement partagée.

Un premier courant, représenté par M. G. Cornu⁵⁹ poursuit la tradition de Domat. Comme lui, l'auteur oppose les “*facteurs d'ordre naturel*” et les “*considérations d'ordre social*”. Comme lui, l'auteur retient qu'un nombre important d'éléments constitue l'état des personnes. Le sexe ou l'âge accompagnent la santé comme facteurs “*d'ordre naturel*”⁶⁰. Alors que les “*considérations d'ordre social*” comprendraient la condition matrimoniale, l'origine

59. Préc., p. 196 et s.

60. Classification bien sûr contestable. Ainsi, à propos de santé, retenir “*l'altération des facultés mentales*” comme facteur naturel supposerait quelques explications. La société, plus que la nature, impose les formes mêmes de ma folie. Cf. G. Devereux (*Essais d'éthnopsychiatrie générale*, Paris, Gallimard, 1970 ; *Ethnopsychanalyses complémentaristes*, Paris, Flammarion, 1972) pour qui la culture fournit un cadre global de pensée et de désirs, d'inconscient et des fonctions du Moi. Concevoir des identités, ou des troubles de l'identité, en dehors d'un modelage social apparaît impossible. De même pour l'âge, dont la Nouvelle Calédonie fournit un exemple de modelage social différent du nôtre. Ainsi J.-M. Tjibaou (cité par G. Nicolau, “*Le fil du temps, le sceau du droit et la Nouvelle-Calédonie aujourd'hui*”, in *L'homme et le temps*, C.O.R.A.I.L., 1989, 171, spéc. p. 182) affirme : “*On parle du temps, on réfléchit dessus parce qu'on est dans une société industrielle où la notion de temps est liée à la technique et à l'économie. Dans le monde canaque, le temps n'est pas objet de pensée, il est seulement vécu... On dirait que les Européens ont déconnecté le temps du rythme des saisons, ils ont extrait le temps du ventre du cosmos, pour en faire une chose, un objet, un outil qui permet d'imprimer au monde et aux hommes un rythme nouveau*”. Cette perception du temps conduit à un aménagement particulier de ses conséquences. Ainsi, Melle G. Nicolau observe un découpage riche et minutieux du temps de l'enfance dans la coutume canaque. Mais, en concurrence avec l'âge, le nom de l'enfant détermine son statut social, parfois “supérieur” à celui de ses parents. L'auteur écrit : “*une des personnes ayant eu la gentillesse de m'éclairer sur ce point soulignait pour illustrer le propos le cas de ses propres fils et petit-fils qui par la coutume étaient devenus d'un rang supérieur au sien. Si un visiteur venait à lui remettre une coutume (entendue dans son acception de présent d'usage), il devrait à son tour la remettre à son fils, qui lui-même la remettrait à son propre fils. Ce dernier, en vertu d'une ironie de la coutume, aura de par son nom, et du haut de ses cinq ans une préséance dans les cérémonies coutumières*”. Cet exemple montre bien que si l'âge se constate, en cela il serait “naturel”, des éléments comme le nom peuvent jouir, dans d'autres organisations sociales, le rôle dévolu dans la nôtre à l'âge. Enfin, pour le sexe, les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 admettent une modification d'état civil après métamorphose thérapeutique du transsexuel (J.C.P. 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau). Mais il est vrai que M. G. Cornu n'apprécie guère la solution à cette question “*pitoyable et pirandellienne*” (qui fait que “*la médecine gagne sur tous les tableaux*” ; et s'explique par le fait que la France “*s'aligne sur l'Europe*”) et qui fait que “*l'Etat devient débiteur ne disons pas de mensonges, mais d'écrans et de voiles, fournisseur de masques*” alors que “*l'état civil a pour fonction officielle, non de refléter une image sociale fluctuante, mais de préconstituer et de pérenniser la preuve authentique de faits historiques.*”

familiale et d'"autres éléments" comme la profession, le milieu social, la condition sociale ou le niveau de fortune qui ne seraient que "des considérations d'appoint". A ces éléments s'ajoutent le nom et le domicile, finalement essentiels et traités chacun dans une section spéciale.

M. Ph. Malaurie⁶¹ représente une voie moyenne en écrivant : "l'identification d'une personne est un élément de son état civil, c'est-à-dire de la place qu'elle occupe pendant sa vie, dans la société et dans la famille auxquelles elle appartient. L'état traduit ses qualités permanentes, celles qui ne changent pas selon les lieux où elle se trouve : la nationalité, la filiation, le mariage et le sexe". Et l'auteur précise : "bien qu'ils soient aussi des éléments importants de la personnalité, l'âge, la santé, la religion, la profession et la vie privée ne font pas partie de l'état, soit parce qu'ils sont trop changeants (l'âge⁶², la santé), soit parce qu'ils dépendent trop de la volonté (la profession), soit à cause de la laïcité de notre droit (la religion)". Au total, six identifiants - la nationalité, la filiation, le mariage et le sexe, auxquels il convient d'ajouter le nom et le domicile, auxquels l'auteur consacre des développements séparés - permettraient de reconnaître et de distinguer les personnes⁶³.

La doctrine, le plus souvent, s'inscrit dans ce courant intermédiaire, entre le trop et le peu. Elle retient, en apparence, trois identifiants : nom, domicile et état civil. Ce troisième élément, qui n'est pas à proprement parler un identifiant, réunit un certain nombre des caractéristiques de la personne. Ainsi, par exemple, M. G. Goubeaux⁶⁴ écrit : "L'organisation de la vie en société implique une individualisation des personnes. Tout particulièrement, la technique des droits subjectifs a cette exigence : il ne suffit pas de dire que tout homme est sujet de droits ; pour déterminer précisément qui est titulaire de tel ou tel droit, une identification précise de chaque sujet est nécessaire. Trois institutions du droit civil remplissent cette fonction :

- le nom, qui désigne l'individu et le relie à sa famille ;
- le domicile, qui le situe géographiquement ;
- les actes de l'état civil, qui l'insèrent dans la chronologie et enregistrent sa position familiale."⁶⁵

Enfin, un courant restrictif enseigne que deux éléments, voire un seul suffisent au droit pour identifier les personnes : le nom, toujours, le domicile,

61. Préc. n. 101.

62. Certes, l'âge change à chaque instant. En revanche, la date de naissance, elle, ne change pas. Elle peut donc contribuer à identifier la personne : elle compose le numéro de sécurité sociale de l'assuré social, elle figure sur l'acte de naissance et les papiers d'identité.

63. Dans le même sens restrictif, cf. J. Carbonnier (préc. n. 27) qui retient "le nom au sens large", le "rattachement à un lieu", le sexe et les actes de l'état civil "qui, en enregistrant son existence et son état de famille, le situent dans le temps et sur un arbre généalogique".

64. *Traité de droit civil*, dirigé par Ghestin (J.), *Les personnes*, L.G.D.J., 1989, p. 116.

65. Cf. également Mazeaud (*Leçons de droit civil* par F. Chabas, *Les personnes, la personnalité*, 6ème éd., Ed. Montchrestien) qui après une section consacrée à "L'état des personnes", étudie d'une part le nom et d'autre part le domicile. B. Teyssié (préc.) à propos de "L'identification de la personne" étudie le nom, le domicile et les actes d'état civil.

parfois. Ainsi MM. A. Weill et F. Terre 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”*⁶⁶. 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.”*⁶⁷

Alors que les juristes parent le droit de la qualité de précision, ce qui le distingue favorablement des sciences humaines ou sociales, l'observation conduit, au contraire, à conclure que le droit se construit bien souvent sur des notions vagues.

Si la doctrine aime parfois disputer à l'infini de questions microscopiques, à gaspiller son temps et son intelligence - selon l'expression du Doyen J. Carbonnier - manifestement la question de l'identité ne figure pas parmi les thèmes valorisés par l'Ecole. Plus exactement, les juristes s'attèlent à l'étude de telle ou telle question relative à l'identité, le changement de nom ou la transsexualité par exemple, mais aucune tradition ne vient fixer la façon académique de présenter l'ensemble du savoir juridique en la matière. Le désordre du vocabulaire, du au nombre d'expressions voisines ou concurrentes, le flou du contenu n'entravent pas l'essentiel : l'identification des personnes.

L'indétermination de l'identité en droit s'expliquerait alors par la diversité des fonctions qu'elle joue dans la vie juridique.

B) Une pluralité de fonctions

L'étude du droit positif ne dissipe pas l'incertitude engendrée par la diversité des conceptions doctrinales sur l'identification des personnes. En effet, selon les circonstances, le droit utilise des procédés différents et exige un nombre d'informations variables pour établir l'identité du sujet. Trois exemples permettent d'observer cette diversité : les mentions contenues dans les actes de l'état civil, la carte nationale d'identité, enfin l'identification judiciaire⁶⁸.

66. *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 5e éd., Dalloz, 1993, p. 3. Cf. également, Conte (Ph.) et Petit (B.), *Les personnes*, P.U.G., 1992.

67. *Préc.*, p. 73.

68. Il aurait été possible de recourir à d'autres exemples : pour être éventuellement cause de nullité du mariage, l'article 180 alinéa 2 dispose que l'erreur qui a vicié le consentement d'un des époux doit avoir porté sur la personne du conjoint. Or le mot est ambigu : il peut désigner l'identité physique, l'identité civile ou de simples qualités. Traditionnellement, trois types d'erreurs sont retenues : l'erreur sur les qualités sociales, civiles ou religieuses par exemple ; l'erreur sur les qualités morales, comme le passé pénal du conjoint ; ou l'erreur sur les qualités physiques ou psychiques [Cf. Lemouland (J.-J.), *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse, Bordeaux I, 1984, p. 436 et s.]

Pour les actes de l'état civil, l'article 57 du code civil dispose : "*l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des pères et mères, et, s'il y a lieu, ceux du déclarant...*". A la fin de l'histoire, l'article 79 s'applique : "*L'acte de décès énoncera : 1° le jour, l'heure et le lieu du décès ; 2° Les prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile de la personne décédée ; 3° Les prénoms, noms, professions et domiciles de ses père et mère ; 4° Les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée, veuve ou divorcée ; 5° Les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant et, s'il y a lieu, son degré de parenté avec la personne décédée.*"

Ainsi, ces deux actes de l'état civil dressés pour chaque personne collectent un nombre important d'informations. La date et le lieu de la naissance et du décès. Le nom et les prénoms, le domicile mais aussi le sexe ou la profession de l'intéressé. Mais encore la parenté ou l'alliance. La doctrine civiliste ne se considère pas comme tenue par ces textes. Le plus souvent, elle s'en libère. Ou elle les intègre de façon implicite en étudiant l'état des personnes ou les actes de l'état civil. Pourtant ces documents servent de preuve de l'identité à l'occasion des relations privées. Ainsi, par exemple, la célébration du mariage suppose la remise par chacun des futurs époux à l'officier de l'état civil chargé de la célébration de l'expédition de leur acte de naissance (art. 70 c. civ.).

La carte nationale d'identité permet, certes, d'établir l'identité dans des relations privées. Mais elle sert surtout à établir l'identité physique à l'occasion des contrôles et des vérifications d'identité au cours des procédures d'interpellation menées par la police⁶⁹. Etablie sur présentation d'extraits authentiques d'acte de l'état civil, aucune disposition n'impose aux personnes de détenir un tel document car la liberté de preuve demeure la règle (art. 78-1 et s. du C.Pr.P.). Ce document qui sert à établir l'identité d'une personne en reconnaissant sa qualité de nationale, condense dans une "*synthèse portative*"⁷⁰ les éléments d'identification d'une personne. Certes, cette carte reprend des éléments "civils" de l'identité : nom, prénoms, date et lieu de naissance ou domicile. Mais elle porte aussi des identifiants différents : la taille, les signes particuliers, la signature ou encore la photographie de son titulaire⁷¹.

Enfin, dernier exemple de la diversité des identifiants utilisés par le droit : l'identification judiciaire. En effet, le mutisme gardé par un délinquant embarrasse le droit pénal. Peut-on condamner un inconnu, alors que la

69. Cf. Ferre (N.), *Les contrôles d'identité au miroir des étrangers*, thèse, dactyl., Paris X, 1993, très riche en informations.

70. Selon l'expression du Doyen J. Carbonnier, préc., n. 27.

71. Dans cette mesure l'affirmation du doyen J. Carbonnier : "*La carte nationale d'identité est une synthèse portative des éléments civils de l'identité*" (préc.) mérite d'être complétée. La carte nationale d'identité comporte d'autres identifiants. On n'imagine guère l'intéressé signer son acte de naissance. Les actes de l'état civil ignorent le procédé photographique. Et le sexe mis à part, l'état civil reste indifférent aux caractéristiques physiques de la personne.

récidive et la personnalité fournissent des éléments importants d'appréciation aux magistrats et que la condamnation doit figurer au casier judiciaire de l'intéressé ?

Un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1849⁷² fixe la position de la jurisprudence et mérite une longue citation : *“Attendu qu'un des éléments essentiels d'une instruction criminelle est sans doute la constatation des véritables noms et antécédents de l'inculpé, dont l'effet est de préciser exactement quelle est la personne à laquelle s'appliquera la décision à intervenir et d'établir sa position légale sous le rapport, soit des poursuites ou des condamnations antérieures dans les liens desquels se trouverait le prévenu, et qu'il aurait encore à subir, soit de l'application du principe de la récidive aux faits nouveaux qu'il a commis... ; que cependant, si toutes les recherches possibles sont restées sans succès et si l'individu à qui doit s'appliquer le jugement se trouve matériellement indiqué par la détention de sa personne, le mystère dont il parvient à s'envelopper ne peut être en droit ni en équité un motif de la soustraire à la peine due à son crime ou à son délit ; que la justice doit alors remplacer la mention des noms, professions et demeure du prévenu par toutes les énonciations propres à établir son individualité actuelle et à fournir les moyens de reconnaître plus tard son identité, telles que celles de l'âge apparent, du signalement, des signes particuliers, et autres indications personnelles à l'inculpé.”*

Ce modèle de littérature judiciaire fixe la jurisprudence⁷³ et dégage bien les enjeux de l'identité pour le droit pénal. D'une part, rechercher les situations de récidive et permettre au casier judiciaire de jouer son rôle de mémoire répressive. D'autre part, éviter de condamner l'individu qui ne serait pas l'auteur de l'infraction. De ce point de vue, les magistrats statuent “corps présent” (en présence de l'intéressé, dans le langage judiciaire), X, contre qui plainte a été portée, est bien X, mais demeure anonyme. Le corps seul fait preuve de l'identité.

Par ailleurs, la recherche même des délinquants et de la récidive expliquent les moyens dont se dote la police judiciaire pour identifier le coupable. La démonstration de l'identité permet d'éviter la condamnation sous un faux nom et de poursuivre avec une sévérité redoublée le délinquant d'habitude. Reprenant une technique utilisée à Rome, sous l'Ancien régime, les magistrats utilisent la marque au fer chaud en inscrivant une fleur de lys à l'épaule des condamnés. La technique permet de repérer le récidiviste mais n'offre pas la possibilité de s'assurer de l'identité du coupable qui utilise de faux documents, souvent dérobés à la victime. Aussi les magistrats recourent aux modes de preuve traditionnels, témoignages, présomptions ou expertises, guère adaptés

72. D. 1849, 1, 135.

73. Cf. par ex., Trib. corr. Le Puy 11 janvier 1966 qui reprend mot à mot l'attendu de principe de l'arrêt de 1849 (J.C.P. 1966, II, 14803, note P.-J. E.) ; ou Trib. corr. Chambéry 21 déc. 1973, J.C.P. 1974, II, 17678 note A. Lécivain.

à la nature du contentieux. La suppression de la marque au fer rouge en 1832 ne facilite pas la tâche des pouvoirs publics.

Le signalement anthropométrique imaginé à la fin du XIX^e par Alphonse Bertillon marque l'entrée de l'identification judiciaire dans l'ère de la science et de la technique. La méthode prend pour référence les éléments caractéristiques de l'individu au plan anatomique et non l'état civil. Elle s'appuie largement sur l'usage de la photographie. La méthode Bertillon déclinera avec la dactyloscopie, qui consiste à identifier les individus grâce à leurs empreintes digitales. Le support informatique permet l'utilisation des empreintes digitales⁷⁴.

De l'état civil, à la carte d'identité et à l'identification judiciaire, le rôle de l'identité et les techniques d'identification changent de nature. L'identification judiciaire et les contrôles d'identité permettraient, selon Mlle N. Ferre⁷⁵, *“d'assurer une présence étatique constante. L'existence de ces opérations policières et surtout leur développement sont liés à l'évolution de l'Etat-nation. Les contrôles d'identité demeurent le symbole d'une présence policière constante et justifiée”* par la protection des honnêtes citoyens et le contrôle de certaines catégories de la population, étrangers, ouvriers ou délinquants. L'état civil en revanche, semble une institution plus éloignée des préoccupations étatiques. Il concernerait essentiellement les rapports privés des individus et un acte d'état civil se définirait selon la jurisprudence *“comme un écrit par lequel l'autorité publique constate d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes”*⁷⁶. Cet état civil, qui s'oppose à l'état politique, constaterait la situation de la personne en droit privé - de la naissance au décès en passant par le mariage - c'est-à-dire, la situation de famille, telle qu'elle résulte de la filiation et du mariage. Dans cette mesure, les registres et les copies dressées par les depositaires assurent une double fonction : la publicité et la preuve. Si les actes doivent renseigner avec exactitude sur l'état et la capacité des personnes, ils remplissent ce rôle en étant publics, accessibles à tous. Certes, les particuliers ne peuvent pas consulter les registres eux-mêmes⁷⁷. Mais des copies intégrales, pour l'intéressé et ses proches, ou des extraits⁷⁸ fournissent les informations recherchées.

74. Le décret n. 87-249 du 8 avril 1987 autorise le traitement automatisé des traces et des empreintes digitales pour faciliter la recherche et l'identification, par les services de police et de gendarmerie, des auteurs de crimes et de délits.

75. Thèse préc., p. 22.

76. 1^{ère} civ. 14 juin 1983, *Bull. civ. I*, n. 174.

77. Le décret du 3 août 1962, qui réglemente la matière, interdit la consultation par le public pour les registres datant de moins de cent ans.

78. A l'origine, tout intéressé pouvait obtenir copie intégrale de l'acte de naissance d'un autre individu. Cette pratique présentait l'inconvénient de révéler aux tiers les particularités d'une filiation. Depuis le début du XX^e siècle des réformes successives (L. 30 nov. 1906 ; D.L. 29 juillet 1939 ; O. 23 août 1958) tentent de gommer l'inconvénient. Les articles 10, 11 et 12 du décret du 3 avril 1962 instaurent un système complexe de restrictions dans l'accès aux informations. Cf. Weill (A.) et Terre (F.), préc., n. 126 et s.

Cet état civil satisfait à l'évidence des intérêts d'ordre privé. Il facilite la preuve, par l'intéressé, des événements constatés dans l'acte. Il permet aux tiers, qui établissent des relations juridiques avec lui, d'obtenir des informations sur sa situation juridique exacte. Dans cette mesure, l'institution peut mériter la qualification de "civile", non publique. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit totalement privée. Tout au contraire. L'histoire démontre que l'Etat - dans sa phase de constitution sous la forme moderne, dans la période de montée de l'absolutisme - s'intéresse très tôt à ces registres, outils de défense de l'ordre public et de contrôle des individus à des fins administratives, militaires ou fiscales.

Les premiers registres paroissiaux apparaissent au début du XVe siècle dans l'Ouest de la France et se répandent à la fin du siècle et au début du suivant. Ils poursuivent un but de police religieuse : lutter, en matière de mariage, contre le non-respect des empêchements de parenté⁷⁹. L'utilité de ces documents apparaît rapidement au pouvoir royal. Pour mettre de l'ordre dans la collation des bénéfices ecclésiastiques - les candidats fraudent sur leur âge pour les obtenir - les articles 50 et 51 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts prescrivent la tenue du registre des baptêmes, pour fournir la preuve de l'âge et non de l'état, et du décès, point de départ de la vacance du bénéfice. La mainmise progressive du pouvoir monarchique sur l'institution des registres paroissiaux, pour aboutir à leur transformation en véritable registre de l'état civil, opère en deux étapes, 1579 et 1667.

L'ordonnance de Blois reprend en partie les prescriptions du concile de Trente qui transforme le mariage en acte public et solennel et ordonne la tenue de registres des baptêmes et des mariages. L'ordonnance généralise la tenue des registres mais laisse le soin à l'Eglise d'en régler le contenu. Mais l'article 181 prescrit l'obligation de dépôt des registres au greffe des juridictions pour éliminer la preuve testimoniale qui permet trop de fraudes qui troublent la paix des familles⁸⁰.

L'ordonnance civile de 1667 réalisera cette entreprise en faisant de la preuve par les registres paroissiaux le mode normal de preuve : la nature même de ces registres change. Ils ne servent plus seulement à faire la preuve de l'âge mais aussi de l'état de la personne, ils se transforment en registres de l'état civil. Aussi, l'ordonnance prescrit des règles détaillées de rédaction et organise la délivrance des extraits. La transformation progressive des curés des paroisses en "officiers d'état civil" se réalisera au cours du XVIII^e siècle et s'achèvera dans les dernières décennies de la monarchie⁸¹.

79. Sur l'évolution historique, cf. Lefebvre-Teillard (A.), *Le nom, droit et histoire*, PUF, 1990, p. 91 et s.

80. Cf. le film, *Le retour de Martin Guerre*, de Daniel Vigne (1981) d'après l'arrêt mémorable du procès de Martin Guerre, du magistrat Jean de Coras de 1561.

81. L'Edit de Fontainebleau de 1685 déniait l'existence en France des protestants. Les baptêmes et les mariages se célébraient au Désert [cf. Carbonnier (J.), "L'amour sans la loi", *Bulletin de la société d'histoire du protestantisme français*, 1979, p. 57.]. Comme l'état civil devient progressivement une institution indispensable, l'édit du 17 novembre 1787 concerne

Avec la collaboration de l'église, institution puissante de contrôle social, l'État accapare l'identité des personnes. Mme A. Lefebvre-Teillard observe que *“si la création de l'état civil profite aux particuliers, en leur facilitant la preuve de leur état, elle profite aussi à l'Etat qui se dote d'un puissant moyen d'encadrement et de contrôle de la société... La création de l'état civil représente une étape décisive dans la transformation du nom en institution de police (au sens large du terme)”*⁸².

Dès lors, constater à la fois une diversité des identifiants - des caractères jugés pertinents pour distinguer les personnes - et des mécanismes juridiques destinés à l'identification des personnes ne surprend guère. La notion d'identité étant difficile à cerner en raison de son caractère polysémique et de la richesse de ses connotations.

Elle évoque d'un côté, l'identité de la personne : ce serait *“essentiellement un «sentiment d'être» par lequel un individu éprouve qu'il est un «moi», différent des «autres»*⁸³. De ce point de vue, il s'agirait d'un fait de conscience, d'un fait subjectif, car la personne a l'impression que son identité est une donnée substantielle, qui la constitue et s'impose à elle comme sa réalité même. Cette première face du phénomène identitaire correspondrait à l'identité personnelle⁸⁴.

Mais d'un second point de vue, celui de l'identité sociale - qui relèverait d'une appréhension objective - l'identité désigne l'ensemble des caractéristiques qui définissent un sujet et permettent son identification par autrui. Dans cette perspective, celle du droit, l'identité résulterait de la position du sujet dans sa société d'appartenance.

Cette distinction entre *“l'être individuel”* et *“l'être social”* - pour reprendre le vocabulaire d'E. Durkheim⁸⁵, ces facettes multiples de la notion d'identité se retrouvent sous la plume des juristes⁸⁶. Bien entendu, elles ne

(suite note 81) *“ceux qui ne font pas profession de la religion catholique”* et laisse le choix de la déclaration soit au juge principal des lieux soit au curé qui agit alors comme officier d'état civil : il déclare les époux unis *“au nom de la loi”* (art. 18 de l'édit de 1787).

82. Préc., p. 96.

83. Taboada-Leonetti (I.), *“Stratégies identitaires et minorités : le point de vue du sociologue”*, in *Stratégies identitaires*, PUF, 1990, p. 43.

84. Lipianski (E.-M.), *“Identité subjective et interaction”*, in *Stratégies identitaires*, p. 173.

85. *Education et sociologie*, PUF, 1977.

86. Cf. par exemple, M. Ph. Malaurie (préc., n. 100) qui écrit : *“Parce qu'ils sont des procédés permettant d'identifier la personne, le nom, le domicile et les actes de l'état civil sont des institutions de police civile, dominées par des considérations d'intérêt public. Mais ils ne sont pas que cela. En droit civil, l'identification d'une personne dépend de ses relations avec sa famille ; ce qui est évident pour le nom, mais aussi, quoique de façon plus diffuse, pour le domicile. L'identification de la personne est aussi l'expression de la personnalité. Ce qui explique que le nom, le domicile et les actes de l'état civil aient, de manières diverses et inégales, un triple aspect ; ils sont, à la fois, des instruments de police civile, des éléments du statut familial et des attributs de la personnalité”*. Cette page condense à merveille toute la richesse et la difficulté du sujet.

peuvent être dissociées : l'identité a une face psychologique, interne, et une face sociale, externe. En effet, le "moi" n'est ni une substance, ni un donné immédiat. Il émerge, se transforme par une opération complexe, une "dynamique d'aménagement permanent"⁸⁷ dans laquelle la conscience de soi résulterait des relations sociales de l'individu.

En effet, la psychologie sociale à orientation cognitiviste conduit à envisager la notion d'identité dans une perspective culturelle et socio-historique. G.H. Mead⁸⁸ est un des premiers à envisager la conscience de soi comme un ensemble en rapport étroit avec les liens sociaux dans lesquels le sujet se trouve engagé. Pour Mead, l'individu ne s'éprouve pas directement lui-même comme tel. Mais seulement en adoptant le point de vue des autres ou du groupe social auquel il appartient. Il ne se perçoit comme sujet qu'en se considérant comme objet, qu'en prenant envers lui-même les points de vue des autres à l'intérieur d'une situation sociale. La conscience de soi se construit donc progressivement dans les mécanismes d'interaction, elle "se développe chez un individu donné comme résultat des relations que ce dernier soutient avec la totalité des processus sociaux et avec les individus qui sont engagés... Le Soi, en tant qu'objet pour soi, est essentiellement une structure sociale et naît dans l'expérience sociale"⁸⁹. Les sciences humaines se placent généralement dans cette perspective pour étudier le concept d'identité. M. C. Lévi-Strauss, par exemple, 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"⁹⁰.

87. Selon l'expression de Camilleri (C.), "Identité et gestion de la disparité culturelle : essai d'une typologie", in *Stratégies identitaires*, préc., p. 86.

88. *Mind, self and society*, Chicago University Press, 1934 ; trad. française, *L'esprit, le soi et la société*, PUF, 1963.

89. *L'esprit, le soi et la société*, préc., p. 115.

90. *L'identité*, préc., p. 99. Cf. également P. Tap ("Identités collectives et changements sociaux", préc., Introduction, p. 11) qui écrit : "L'identité se construit dans la confrontation de l'identique et de l'altérité, de la similitude et de la différence. Si l'on a pu, dans certains cas, la réduire à n'être qu'entité ou référence d'absolu, essence individuelle ou âme collective, structure stable ou répétition par la filiation, elle me paraît, au contraire, un système dynamique de sentiments axiologiques et de représentations par lesquels l'acteur social, individuel ou collectif, oriente ses conduites, organise ses projets, construit son histoire, cherche à résoudre les contradictions et à dépasser les conflits, en fonction de déterminations diverses liées à ses conditions de vie, aux rapports de pouvoir dans lesquels il se trouve impliqué, en relations constantes avec d'autres acteurs sociaux sans lesquels il ne peut ni se définir ni se (re)connaître". Cette idée traverse toutes les traditions théoriques de la sociologie. Tant celle, issue de Durkheim, qui privilégie l'axe temporel (*Education et sociologie*, préc.) et qui relie et oppose la sociologie et la psychologie génétique. Que celle issue de M. Weber (*Economie et société*, Paris, Plon, 1971) qui considère plus les identités des acteurs sociaux comme des "effets émergents des systèmes d'action que comme des produits de trajectoires biographiques" [Dubar (C.), "Formes identitaires et socialisation professionnelle", *Revue Française de Sociologie*, 1992, 505].

De ce point de vue, le droit constitue un mécanisme essentiel de ce processus social. L'état civil fournit un noyau identitaire minimum assigné à la personne. Il offre une structure, un canevas biographique, dans lequel la vie inscrira une trajectoire. Il offre, mais aussi il impose, il assigne à identité comme, parfois, il assigne à résidence. Au dernier jour, au dernier acte, une existence humaine pourra être lue d'un regard comme unité et comme totalité. Car, ainsi que l'observe M. P. Bourdieu, "*le monde social, qui tend à identifier la normalité avec l'identité entendue comme constance à soi-même d'un être responsable, c'est-à-dire prévisible ou, à tout le moins, intelligible, à la manière d'une histoire bien construite... dispose de toutes sortes d'institutions de totalisation et d'unification du moi*"⁹¹. Le prétendu principe de l'indisponibilité de l'état, bien écorné pourtant, consacrerait les nécessités sociales d'unité, de cohérence et de continuité temporelle imposées aux individus. Voilà pourquoi celui qui change de nom ou change de sexe met le droit si mal à l'aise. Non que ce changement soit impossible à mettre en œuvre techniquement. Qu'on songe simplement au changement de nom de la femme qui se marie et prend le nom de son conjoint. Dans une certaine mesure, il donne raison à Shakespeare : "*Life is a tale told by an idiot, full of sound and fury and signifying nothing*". Et le droit ne supporte pas que la vie ne signifie rien.

91. "L'illusion biographique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, juin 1986, p. 70.