

Concours : 2ème Concours

Epreuve : Dissertation droit civil et procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



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

Le comité consultatif national d'éthique et le Conseil d'État ont rendu respectivement les 23 juin 2018 et 6 juillet 2018 leurs rapports en prévision de l'élaboration de la loi de bioéthique 2018-2019 et s'interrogent tous deux sur le juste équilibre à trouver entre les nouveaux "droits à" et l'ordre public, s'agissant notamment de la gestation pour autrui, aujourd'hui interdite en France (Article 16-7 du code civil) au nom du principe de non patrimonialité du corps humain (Article 16-1 du code civil).

La notion d'ordre public a toujours occupé une place centrale en droit des personnes ce qui justifie que l'on ne puisse déroger aux règles qui elle motive. L'ordre public dans son acception traditionnelle tend à la protection de l'intérêt général, de la collectivité et pourtant, impose une identification de chaque individu selon des éléments juridiques figés tels que le nom patrimonial ou le sexe et des éléments de fait tels que l'inviolabilité et le non patrimonialité du corps humain. Ces éléments se retrouvent notamment au travers de la loi du 6 juillet 2012 sur II portant que aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autre que ceux exprimés dans son acte de naissance. L'article 1 de cette loi précise que "ceux qui les auraient quittés sont

N°

1...12

tenus de les reprendre". Cette notion d'ordre public est si centrale en droit civil qu'elle a fait l'objet de trois rapports de la Cour de Cassation, en 1996, en 2001 et en 2011. Son application au droit des personnes impose que l'on ne puisse modifier aucun élément contenu dans les actes d'état civil en dehors de la procédure prévue à l'article 99 du code civil.

Cependant, la protection de l'intérêt général se confronte aujourd'hui aux droits des individus au respect de leur vie privée et familiale et à l'évolution des mœurs. L'état civil, autrefois figé, devient modifiable. Le corps humain, autrefois strictement inviolable tend à devenir disponible en certains domaines et interroge aujourd'hui son caractère non patrimonial. La question du débat sur la gestation pour autrui interroge sur le rapport au corps et à sa commercialité. De la même manière, s'agissant du sexe, la réalité biologique n'était considérée en droit des personnes qu'au jour de la naissance. Il n'était pas envisageable qu'une personne puisse changer de sexe au cours de sa vie et pourtant, aujourd'hui, la loi du 18 novembre 2016 permet d'opter pour le sexe que l'on revendique sans imposer de modification physique médicale. Cette évolution de la place de l'ordre public en droit des personnes s'est construite sous l'impulsion de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), qui promeut une prise en compte accrue des droits individuels sous le fondement de l'article 8 de la Convention, sans que l'on ne puisse connaître la limite qui sera posée à l'expansion de ces droits.

Ainsi, face à des intérêts si contradictoires, le législateur et le juge se doivent de rechercher un équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public en droit des personnes et plus particulièrement, s'agissant du nom, du sexe et du corps et l'expansion des droits individuels. En ses trois notions, on constate que l'ordre public prime toujours (1) même s'il recule au bénéfice

des droits individuels (II).

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

L'ordre public tend à protéger l'intérêt général et à maintenir l'ordre dans la société par l'édiction de règles immuables. Il peut intervenir dans le but de protéger la société dans son ensemble (A) ou dans le but de protéger les individus les plus fragiles (B).

A) La protection du nom, du sexe, du corps par l'ordre public : un impératif pour le maintien de l'intérêt général.

La protection de l'ordre public impose une édicition stricte des actes de naissance s'agissant du nom et du sexe et une limitation drastique de la disponibilité du corps humain.

D'une part, l'acte de naissance de tout individu doit impérativement être rédigé par un officier d'état civil (Article 55 du code civil) qui ne peut y inscrire que les éléments dont la liste est strictement établie à l'article 57 du code civil : le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe, le prénom et le nom de l'enfant, les éléments d'identité des parents et le nom de l'officier rédacteur. Les éléments contenus dans cet acte ne peuvent par principe pas faire l'objet d'une modification. Des devoirs sont immédiatement imposés aux parents, comme le rappelle l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 18 janvier 1974 : "tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte".

de naissance". Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 4 mai 2017 a rappelé l'impossibilité d'inscrire en sexe autre que l'acte, le droit demeure toujours caduc.

S'agissant du nom de famille, un droit doit également être opéré par les parents dès l'établissement de l'acte de naissance, et ce droit devra être respecté par tous, y compris l'Etat même s'il n'est pas en conformité avec le principe d'immutabilité. Cette règle a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 11 juillet 2006. En l'espèce, un individu demandait la rectification de son état civil en ce que son nom patrimonial avait été abruptement amputé de l'adjonction "De Fort" qui avait été déclarée par son père à l'état civil lors de sa naissance. Ce patronyme avait été adopté par ce dernier dans la Résistance et correspondait à l'exacte identité patrimoniale de l'intéressé et de sa famille. Ainsi, pour respecter la rédaction de l'acte telle qu'elle a été établie à la naissance de l'individu et la possession d'état, pour demeurer en conformité avec la vie privée de l'intéressé, aucune rectification de son acte de naissance ne peut intervenir même si le nom patronymique qui il porte n'est pas conforme au principe d'immutabilité.

D'autre part, le respect de l'ordre public impose à la loi d'assurer la primauté de la personne, d'interdire toute atteinte à la dignité de celle-ci et de garantir le respect de l'être humain dès le commencement de la vie (Article 16 du Code Civil). Cette règle impose au législateur et au juge de lutter contre toutes formes de discriminations. Elle se retrouve également aux articles 14 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Concours : 2^{ème} Concours

Epreuve : Dissertation de droit civil et de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



Ces règles étant d'ordre public, elles s'imposent à tous, y compris les Etats et la CEDH ne marque pas de rappel, notamment dans un arrêt du 27 février 1994 que, en l'espèce la Suisse, ne peut opérer aucune discrimination fondée sur le sexe et pourtant, ne peut refuser à un homme de porter le nom patronymique de son épouse.

De plus, de l'article 16 découle de nombreuses autres règles d'ordre public qui sont détaillées aux articles 16-1 et 16-4 du code civil. L'article 16-1 du code civil dispose en son alinéa 3 que "le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial". Il ne peut donc faire l'objet d'aucun contrat ^{à titre onéreux}. Il ne s'agit ici pas d'une indisposabilité des corps humains mais d'une absence de possibilité de contracter. L'article 16-4 du code civil pose un interdit strict d'atteinte à l'espèce humaine et plus particulièrement de l'eugénisme. Le conseil constitutionnel a rappelé dans un arrêt du 27 juin 2001 que "la loi allongeant le délai de l'IVG ne relevait pas de l'article 16-4 alinéa 2, interdisant la pratique de l'eugénisme".

À cet ordre public de protection s'ajoute un ordre public tendant à la protection des personnes les plus faibles.

N°

S.1.12

B) La protection du nom, du sexe et du corps par l'ordre public : un impératif pour le maintien du bon ordre social

Les mutations sociales et les progrès scientifiques offrent de nouvelles possibilités et appellent à la prise en compte de droits individuels auxquels la jurisprudence et le législateur résistent toujours.

D'une part, l'article 16-7 du code civil dispose que "toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle". Cet article issu de la loi du 29 juillet 1994 fait l'objet de vives contestations en ce qu'il prive des potentiels parents d'un "droit à l'enfant". En effet, nombre de personnes infertiles, stériles ou homosexuelles ne peuvent devenir parents en l'absence d'avanture d'un droit à la GPA. Dans son rapport du 6 juillet 2015, le Conseil d'État actait son opposition à toute réforme de l'article 16-7. Le corps humain reste donc soumis au respect de l'ordre public. Cette règle s'impose, certes, en application de l'article 16-1 du code civil mais aussi parce que les détracteurs de la GPA craignent une technique permettant l'exploitation de femmes économiquement vulnérables qui mettraient leur corps à la disposition d'autrui sans la garantie d'une vie difficile. Le débat sur la GPA a été porté devant le Tribunal administratif de Nanterre dans une affaire Pennesson. La première chambre civile, dans un arrêt du 6 avril 2011 a rappelé l'indisponibilité de l'état des personnes et justifiait ainsi son refus de procéder à la transcription sur un acte d'état français de l'acte établi dans un pays étranger au nom de l'enfant né d'une GPA. Mais le Conseil d'État, en un arrêt du 26 juin 2014 a rappelé que il était des devoirs des états de protéger les enfants nés par GPA, chacun ayant droit à l'établissement d'un acte de naissance.

Cette règle a été reprise par la Cour de Cassation dans un arrêt du 3 juillet 2015 et connaît une application constante depuis lors (Civile 1^{ère} 5 juillet 2017 et assemblée plénière 5 octobre 2018). On justifie aisément ce choix de la Cour Européenne des Droits de l'Homme car l'ordre public impose que l'Etat puisse identifier chacun de ses ressortissants. De plus, l'enfant n'a pas à être sanctionné pour la faute commise par ses parents, qui relève, de, d'un délit pénal.

D'autre part, les règles de dévolution familiale imposent une fixité du nom patronymique choisi par les parents lors de la déclaration de naissance à l'état civil. Les règles de dévolution du nom de famille sont édictées aux articles 311-21 et suivants du code civil. Le choix du nom de famille ne peut être exercé qu'une seule fois. Ainsi, il n'est pas possible pour les parents de changer d'avis après que l'acte de naissance ait été dressé. Cette règle s'impose pour assurer une pérennité et une stabilité du nom de famille d'un individu tant dans sa propre identité que il n'est compliqué pour un individu de se construire en changeant plusieurs fois d'identité mais aussi dans l'intérêt de l'Etat qui a besoin d'identifier ses ressortissants par une identité fixe. La Cour de Cassation a donc rappelé que "le choix des parents d'accepter leurs deux noms est irrévocable" (Civile 1^{ère} 8 mars 2017), sauf à procéder à une demande de changement de nom prévue à l'article 61 du code civil.

Enfin s'agissant du sexe de l'individu, la loi a longtemps imposé aux articles 61-5 et suivants que la personne transsexuelle ait suivi un traitement hormonal et une intervention chirurgicale pour accéder au changement de sexe. Ainsi, la réalité

physique s'empasait à la réalité juridique. Cela a été rappelé à de nombreuses occasions par la Cour de cassation et notamment dans un arrêt du 13 février 2013. Cependant, il s'agit à présent de l'une des procédures où l'intérêt individuel l'a emporté sur l'intérêt collectif sans l'impulsion de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

II - Le nom, le sexe, le corps: le recul de l'ordre public en droit des personnes

La prise en compte d'intérêts individuels peut se justifier d'une part dans le but d'associer une réalité juridique à une réalité factuelle (A) et d'autre part, dans le but d'offrir aux individus de nouveaux droits démontrant ainsi une plus grande confiance en sa capacité de représenter ses propres intérêts et ce au détriment de l'ordre public (B).

A) La nécessité de corrélier la réalité juridique à la réalité factuelle impose un recul de l'ordre public

L'ordre public impose une fixité en droit des personnes: fixité du sexe, fixité du nom, fixité du corps. Cependant, lorsque le corps change, et que l'individu n'est plus dans les faits du même sexe que juridiquement, le droit doit accepter cette rectification. De la même manière, une personne se faisant appeler couramment sans en avoir de famille différent de celui de son état civil pourrait demander une rectification.

Concours : 2^{ème} Concours

Epreuve : Dissertation de droit civil et de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



S'agissant des modifications du corps humain entraînant des changements de sexe, la loi du 18 novembre 2016 est allée bien plus loin que ce que le CEDH exigeait dans son arrêt du 6 avril 2017. En effet, alors qu'auparavant, la loi imposait une opération chirurgicale et un traitement hormonal, l'actuel article 61-5 du code civil ne pose plus que trois conditions non cumulatives pour obtenir un changement de sexe par devant le tribunal de grande instance : ^{se} présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; être connue sous ce sexe-là par son entourage ; avoir obtenu un changement de prénom à l'état civil. On pourrait considérer dans ces conditions que l'ordre public est renforcé puisque la réalité juridique sera en parfaite concordance avec la réalité factuelle. Cependant en n'imposant plus de changement biologique irréversible, la loi permet donc de faire primer les intérêts du requérant sur celui de l'ordre public puisque ce dernier pourra revenir à son ancien sexe s'il le souhaite et demander à nouveau un changement. L'absence de contrôle peut entraîner une instabilité. De plus, la procédure mise en place par la loi du 18 novembre 2016 n'est pas tant à fait abouti puisque elle permet de déclarer le sexe revendiqué lors de la naissance d'un enfant postérieur au changement de sexe autorisé par le tribunal mais elle ne permet pas de rectifier le sexe du parent transsexuel.

N°
9.1/2

Sur les actes de naissance des enfants dédaient antérieurement au changement.

S'agissant de la possibilité de changer le nom, plusieurs lois l'admettent sur différents motifs. En effet, la loi du 2 juillet 1973 permet de perpétuer le nom de citoyens morts pour la patrie alors que la loi du 25 octobre 1972 permet la francisation du nom de famille lors de l'acquisition de la nationalité française en vue de faciliter l'insertion de l'individu dans la société. La loi du 8 janvier 1993 permet quant à elle à "toute personne qui justifie d'un intérêt légitime de demander en changement de nom" (article 61 du code civil). Cette modification peut intervenir dans un intérêt familial; suite à l'extinction d'un nom de famille; mais elle peut aussi intervenir dans l'intérêt exclusif de l'individu lorsque ce dernier peut justifier d'une possession acquisitive (CE 28 juillet 2000). Ici, l'intérêt de l'individu prime sur l'ordre public en ce qu'il permet, sur la base d'éléments concrets, de rectifier un nom sans qu'aucune anomalie lors de l'enregistrement à l'état civil n'ait été relevée. Cela correspond donc au principe d'immutabilité. Le Conseil d'Etat décide à son tour en proportionnalité et nécessité de décisions rendues sur la motivation par le garde des sceaux. Par un arrêt du 31 janvier 2014, il a reconnu la possibilité à plusieurs individus de changer de nom de famille car ils portaient celui de leur père qui les avaient abandonnés et souhaitaient porter en lieu et place le nom de leur mère.

A cette reconnaissance d'intérêts individuels s'ajoutent de nouveaux droits permettant de disposer de son corps de de son nom.

B) La reconnaissance de droits contractuels
permettant à l'individu de bénéficier d'un
recours de l'ordre public.

Le cour de Cassation et le législateur ont offert aux individus de nouveaux droits individuels marquant ainsi la confiance de l'Etat dans leur capacité de disposer de leur corps, de leur nom et de leur sexe.

S'agissant du nom de famille, le cour de cassation a reconnu qu'il pouvait être l'objet d'un contrat à titre onéreux.

L'article 6 du code civil dispose que "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois, qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

De ce fait le conseil d'Etat a interdit par un arrêt de 1995 Nersany sur Orge les attractions dites "de lancer de mains". Cependant, par un arrêt Bodin, le cour de cassation a reconnu qu'il pouvait être possible de disposer de son nom pour des besoins commerciaux.

S'agissant du sexe et du corps, l'article 16-6 du code civil interdit la vente de produits du corps humain. Cependant, il n'interdit pas d'en disposer à titre gratuit. C'est en cela que le corps humain reste un élément non patrimonial et non pas non commercial. Un individu peut donc librement faire don d'éléments de son corps tels que son sang, ses cheveux mais aussi des ovules ou du sperme qui permettront à des couples ne pouvant pas avoir d'enfants de bénéficier d'une procréation médicalement assistée.

Cependant, si le don est gratuit, l'exploitation qui peut en être faite par l'organisme receveur ne l'est pas forcément. Ainsi, le sang donné l'est gratuitement, mais il est exploité

revendu par l'organisme aux différents
hopitaux. On le voit ainsi, les produits
du corps humain ne sont pas totalement hors
du commerce.

En conclusion, on constate que l'ordre public
demeure même s'il est menacé par la prolifération
de nouveaux droit, individuels. La question
se pose aujourd'hui de savoir si, en droit des
personnes, un statut sera affecté à l'enfant
d'adoption apparaissant sur les actes de
naissance d'enfants issus de GPA. GPA pourrait
avoir des incidences sur la dévolution du nom
de famille puisque cette dernière pourrait demander
à ce que l'enfant porte son nom.